



UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

TESIS DOCTORAL

**EL ACOGIMIENTO FAMILIAR DEL CÓDIGO
CIVIL EN EL SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN
DE MENORES**

Presentada por **María Félix Rivas Antón** para optar al Grado de
Doctora por la Universidad de Valladolid

Dirigida por la Dra. Dña. **Esther Muñiz Espada**, Catedrática de
Derecho Civil

Valladolid 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
JUSTIFICACIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	5

CAPÍTULO PRIMERO

I - COORDENADAS ACTUALES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y SUS PARADOJAS..... 17

1. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y SU UBICACIÓN EN EL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL MENOR	17
2. LA PERSONA DEL MENOR: CONFUSIONES EN TORNO A SU CONSIDERACIÓN COMO SUJETO DE DERECHO....	24
3. LAS RELACIONES ENTRE LA AUTONOMÍA DEL MENOR Y LA PROTECCIÓN: DEL IMPERATIVO DE PROTECCIÓN A LA EMERGENCIA DE UNA AUTONOMÍA	38
4. PATRIA POTESTAD-RESPONSABILIDAD PARENTAL: LA INJERENCIA DE TERCEROS EN SU EJERCICIO Y SU HUIDA DEL DERECHO.	53
5. LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR: UNA RELACIÓN DIRECTA ENTRE EL MENOR Y EL ESTADO.	79
5.1. <i>Estado necesario o Estado corrector</i>	85
5.2. <i>La protección del menor a la luz de la organización territorial del Estado</i>	107
5.3. <i>Ordenamiento jurídico autonómico y el principio de igualdad</i>	118

II EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO EJE DE LA FUNCIÓN TUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

PÚBLICA

1. EL VALOR DEL INTERÉS DEL MENOR COMO TÍTULO LEGITIMADOR	131
2. EL INTERÉS DEL MENOR Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.....	149
3. LA CONCRECIÓN PRÁCTICA DE ESTE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.....	163
4. EL INTERÉS DEL MENOR ¿CONCEPTO JURÍDICO UNIVERSAL O RELATIVO?.....	172
4.1. <i>Exigencia de criterios de concreción del interés del menor</i>	180
5. LAS NECESIDADES DE LOS MENORES COMO ELEMENTO BÁSICO DE LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.	195
5.1. <i>La participación del menor en la concreción de su interés</i>	204

CAPÍTULO SEGUNDO

I LOS ARTÍCULOS 172 Y SS. DEL CÓDIGO CIVIL Y LA POTESTAD ADMINISTRATIVA..... 215

II EL ACOGIMIENTO FAMILIAR COMO RECURSO DE PROTECCIÓN

1. EL ACOGIMIENTO DEL MENOR Y LAS ESTRUCTURAS DE SUSTITUCIÓN DE LA FAMILIA DE ORIGEN	229
2. COMPLEJIDAD DE LA FIGURA LEGAL DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR	233
3. REFLEJO JURÍDICO DEL CONCEPTO DE ACOGIMIENTO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO.....	238
4. SU REGULACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	241

5.	CARENCIA DE DEFINICIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	245
6.	CARACTERÍSTICAS QUE SE DEDUCEN DE SU REGULACIÓN.....	247
7.	LOS EJES METODOLÓGICOS DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA EN EL ACOGIMIENTO FAMILIAR.	251

III EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y SU CONFIGURACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO 257

1.	LA APLICACIÓN DEL ACTUAL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO AL ACOGIMIENTO FAMILIAR	257
2.	EL DEBATE DE SU NATURALEZA JURÍDICA CON POSTERIORIDAD A LA LEY 21/1987	272
3.	EL NECESARIO REPLANTEAMIENTO DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR.....	279
4.	EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y LA COMPLEMENTARIEDAD DEL SISTEMA INTEGRADO DE SERVICIOS SOCIALES	288

CAPÍTULO TERCERO

I LOS LÍMITES IMPUESTOS POR EL CÓDIGO CIVIL A LA POTESTAD ORGANIZATIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA. SU REVISIÓN CRÍTICA..... 309

1.	DETERMINACIÓN DEL SUJETO DESTINATARIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR	309
1.1.	<i>Introducción.....</i>	309
1.2.	<i>Depuración lingüística.....</i>	318
1.3.	<i>Concreción del usuario del servicio de acogimiento familiar del Código civil</i>	326
1.4.	<i>El nasciturus y la regulación de la guarda del artículo 172 del Código civil</i>	331
1.5.	<i>La universalidad y la competencia territorial.....</i>	337
1.6.	<i>Situación especial del menor extranjero no acompañado.....</i>	340
2.	ACCESO AL SERVICIO PÚBLICO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR	351
2.1.	<i>El concepto de riesgo como requisito previo al status de menor acogido.....</i>	351
2.1.1.	Distinción entre declaración de situación de riesgo y las situaciones establecidas en el artículo 172.1 y 172.2 del Código civil.....	361
2.2.	<i>Requisitos de acceso al acogimiento familiar del Código civil. Procedimiento de calificación de la situación de menor acogido</i>	365
2.3.	<i>Fases comunes al artículo 172.1 y2: detección, investigación, evaluación diagnóstica y resolución de la situación jurídica del menor</i>	375
2.3.1.	Detección y recepción del caso.....	376
2.3.1.1.	Investigación previa	381
2.3.1.2.	Intervención en las situaciones de urgencia	384
2.3.2.	Evaluación diagnóstica	386
2.3.2.1.	La especial relevancia de los informes técnicos	388
2.3.2.2.	Participación de los interesados en el proceso.....	395
2.3.2.3.	Consideración de la audiencia al menor en el procedimiento.....	400
2.3.3.	Toma de decisión y planificación de la intervención	404
2.3.3.1.	Especiales requisitos de la notificación o comunicación.....	413
2.3.3.2.	Consideración sobre la obligación de la entidad pública de resolver	416
2.3.3.3.	El derecho del menor a la existencia de su expediente o Plan del Caso.	423

2.3.4.	Efectos de la resolución de la entidad pública en el acceso del menor al acogimiento familiar	426
3.	EL OBJETO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR: LA GUARDA DEL MENOR	433
3.1.	<i>Marco legal de la guarda de los artículos 172 y ss.</i>	433
3.2.	<i>Consecuencias de la asunción de la guarda por la entidad pública</i>	438
3.3.	<i>Aproximación al concepto jurídico de guarda de las personas</i>	441
3.4.	<i>Guarda del menor en las crisis familiares</i>	455
3.4.1.	La guarda en las crisis familiares en la legislación civil autonómica	481
3.5.	<i>La guarda del menor asumida por la entidad pública</i>	486
3.5.1.	Recepción por el Código civil de instituciones administrativas: Su recentralización.....	486
3.5.2.	La guarda del 172 y ss.: Carencia de referentes doctrinales propios	494
3.5.3.	La guarda administrativa del Código civil: ¿Guarda y custodia compartida entre la entidad pública y el acogedor?	499
3.5.4.	Titularidad y ejercicio de la guarda institucional.....	504
3.6.	<i>La guarda de hecho: acogimiento familiar informal</i>	514
3.6.1.	El acogimiento informal y su impacto en la situación de desprotección	514
3.6.2.	Diferencias con otras figuras	529
3.6.2.1.	Diferencias con el cónyuge o asimilado del progenitor custodio	529
3.6.2.2.	Diferencia entre acogedor informal y cuidador informal.....	531
3.6.2.3.	Confusión del acogedor familiar del artículo 173 y el acogedor familiar informal ...	534
3.6.3.	El acogimiento informal y las obligaciones impuestas por el artículo 172 a la entidad pública.....	537
4.	DERECHOS COMO USUARIO DEL SERVICIO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR	556
4.1.	<i>Derechos del menor acogido ante la entidad pública</i>	559
4.1.1.	El derecho del menor al plan de retorno familiar	561
4.1.2.	El derecho a un régimen de comunicación con su familia	573
4.1.3.	La necesaria complementariedad del servicio de los “Puntos de Encuentro”	580
4.2.	<i>Derechos del menor ante los acogedores</i>	584

II EL ACOGIMIENTO FAMILIAR, ¿UN SERVICIO PÚBLICO GARANTIZADO? LA RESPONSABILIDAD

PATRIMONIAL DE LA ENTIDAD PÚBLICA	599	
1.	GARANTÍA DE LOS SERVICIOS SOCIALES VINCULADOS AL ARTÍCULO 172.1 Y 2 DEL CÓDIGO CIVIL.....	599
1.2.	<i>La dificultad de garantizar el servicio público de acogimiento familiar: adjudicación de un recurso escaso</i>	615
1.2.	<i>El servicio de acogimiento familiar profesional</i>	622
2.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ENTIDAD PÚBLICA	630
2.1.	<i>Responsabilidad de la entidad pública por el funcionamiento del servicio público de acogimiento</i>	630
2.2.	<i>Responsabilidad por inexistencia del servicio de acogimiento</i>	644

2.3.	<i>Responsabilidad de la entidad pública derivada de la resolución ex artículo 172 del código civil</i>	647
2.4.	<i>Jurisdicción competente</i>	653
CONCLUSIONES		657
JURISPRUDENCIA		667
BIBLIOGRAFÍA		677
	AUTORES.....	677
	OTRAS FUENTES	758

ABREVIATURAS

ADC: Anuario de Derecho Civil.
AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
AFDUDC: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
AP-HP: Assistance publique—Hôpitaux de Paris.
Art.: artículo.
ATC: Auto del Tribunal Constitucional.
aut.: autor
BOJA: Boletín oficial de la Junta de Andalucía
C. E.: Constitución española
C. P.: Código Penal
c.: contra.
CAPV: Comunidad Autónoma del País Vasco.
Cc: Código civil.
CC: Código Civil.
CDFA: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
CDN: Convención de Derechos del niño
CE: Constitución Española.
C.E.: Comunidad Europea.
CECS: Centro de Estudios de Cambio Social.
CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.
CESDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
CIE: centros de internamiento de extranjeros
CIS: Centro de Investigaciones Sociológicas.
Civ.: Civil
CJS: Corte Superior de Salta.
CLAD: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.
colab.: Colaborador/a
coll.: colección.
comps.: Compiladores.
coord.: Coordinador/a.
coords.: Coordinadores/as.
CORTS. ADP.: Corts: Anuario de Derecho parlamentario.
D.G.R.N.: Dirección General de los Registros y del Notariado.
DA: Revista Documentación Administrativa.
DGAIA: Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Generalitat de Cataluña.
dir.: director/a.
dirs.: directores/as.
dir. téc.: director técnico.
EDERSA: editorial revista de Derecho privado.

edc.: edición.
ed.: editores.
eds.: editores.
FD: fundamento de Derecho.
FIIAPP: Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas.
FJ: fundamento jurídico.
ICAA: Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción de la Generalitat de Cataluña.
IDADFE: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.
IDH: Corte interamericana de Derechos Humanos.
IFAM: Infància i Família en Ambients Multiculturals.
INAP: Instituto Nacional de Administraciones Públicas.
InDret: Revista para el análisis del Derecho.
ISN: Interés superior del niño.
IUNDIA: Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia.
L.G.D.J.: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
L.O.: Ley orgánica.
L.T.H.R.A.: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
L.T.T.M: Ley Tribunal Tutelar de Menores
LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
LOEX: Ley Orgánica de Extranjería.
LOEXIS: Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España.
LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
LOPJ: Ley Orgánica del poder judicial.
LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
LTAIPBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
MENAs: Menores extranjeros no acompañados.
MIT: Instituto Tecnológico de Massachusetts (Massachusetts Institute of Technology).
MMNA: Menores Migrantes no Acompañados.
MSH: Maison des sciences de l'homme.
n.: número
nº: número.
ONCE: Organización Nacional de Ciegos Españoles.
ONGs: Organizaciones no Gubernamentales.
p.e.: por ejemplo.
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PUCP: Pontificia Universidad Católica del Perú.
PUF: Presses Universitaires de France.
R.V.A.P.: Revista Vasca Administración Pública.

RA: recurso de apelación.
RC: recurso de casación.
REAF: Revista de economistas y asesores fiscales.
REAF: Revista d'Estudis Autònòmics i Federals.
REALA: Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica.
RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
ReDCE: Revista de Derecho Constitucional Europeo.
reedic.: reedición.
RTDciv: Revue Trimestrielle de droit civil.
RTVV: Radio-Televisión Valenciana.
SAP: sentencia de la Audiencia Provincial.
SEPYPNA: Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente
SEREM: Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos.
SS.SS: Servicios sociales.
SSTC: sentencias del Tribunal Constitucional.
SSTS: sentencias del Tribunal Supremo.
STC: sentencia del Tribunal Constitucional.
STCo: Sentencia Tribunal Constitucional.
STS: sentencia del Tribunal Supremo.
t.: tomo.
TC: Tribunal Constitucional.
TCo: Tribunal Constitucional
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TSJCAT: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
UdeG: Universidad de Guadalajara, Méjico.
UDELAR: Universidad de la Republica, Montevideo, Uruguay.
UNED: Universidad Nacional a Distancia.
UNESCO: Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura de las Naciones Unidas (en español), United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (en inglés).
UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (en español), United Nations International Children's Emergency Fund (en inglés).
v.: volumen.
VVAA: Varios autores.
Vs.: versus.

JUSTIFICACIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

La presente tesis doctoral tiene como objetivo el análisis de la actuación tuitiva de los poderes públicos, que se ha consolidado desde la aprobación de la Constitución, como una pretendida respuesta integral y eficaz a los problemas de aquellos menores que, por determinadas circunstancias asociadas al comportamiento parental, necesitan de una intervención pública externa a la familia que repare los estados carenciales, materiales o morales que pongan en peligro el desarrollo equilibrado de su personalidad.

Entre todas las instituciones de protección del menor ninguna tan compleja y tan necesitada de una profunda revisión jurídica como la figura del acogimiento familiar, lo que justifica una urgente reforma, si es que queremos dar respuesta verdaderamente coherente a la protección de sus derechos, y por ello a los aspectos más esenciales de las necesidades del menor, cuando la actitud de sus progenitores o tutores le conducen a una situación de desprotección que exige su separación del domicilio familiar; estas consideraciones constituyen la justificación de este tesis; con la advertencia de que, habida cuenta de la diversidad de instrumentos legales que encuentran acomodo bajo esa denominación, nos centraremos en el acogimiento familiar regulado en el artículo 173 del Código civil, como una de las figuras jurídicas de protección de los menores sobre los que haya recaído resolución administrativa de protección fundada en el artículo 172. 1 y 2 del Código civil (cuyos supuestos de hecho se corresponderán con los artículos 172 y 172 bis en caso de prosperar el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹, actualmente en tramitación parlamentaria); el Código civil plantea en el artículo 172 dos supuestos diferentes de protección del menor, que responden a circunstancias, en principio, distintas y con efectos jurídicos disimiles, asunción de la tutela *ex lege* por la entidad pública, vinculada a la declaración de desamparo o asunción de la guarda a petición de los padres o tutor, pero desde el punto de vista del estudio del acogimiento familiar nos va a interesar dos efectos

¹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

comunes a ambas: la “fragmentación” de la patria potestad o de la tutela ordinaria como consecuencia de la necesaria separación del menor de su domicilio familiar y su colocación en otra estructura de protección y la adjudicación de la titularidad de la guarda a la entidad pública.

El estudio del acogimiento familiar que nos planteamos se hace bajo la revisión de la influencia de los nuevos parámetros de la protección del menor y que el legislador tendrá que afrontar con renovada orientación ante la decepción del nuevo texto que se nos presenta con la propuesta del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Las dificultades para ello comienzan desde su sistematización, dándose cita cuerpos legales de disciplinas diversas y en ocasiones con conceptos jurídicos no coincidentes, así como el problema de la coordinación de su regulación por el Código civil con las normativas autonómicas que desarrollan esta materia, y con la necesaria presencia del Derecho administrativo, o del juego de la autonomía de la voluntad con las funciones encomendadas a los progenitores o tutores por el Código civil y las potestades públicas de las que goza la entidad pública en este campo y su necesario sometimiento al principio de legalidad, el respeto al derecho fundamental a la vida familiar del menor y a su intimidad y la contradicción cuando, precisamente para proteger al menor, debe transgredirse; asimismo, en esta figura coinciden el derecho del menor a vivir con sus padres, el derecho /deber de los padres a vivir con sus hijos menores y el derecho del menor a un desarrollo integral en el que está implicado la obligación de los poderes públicos de procurar los medios para que ese desarrollo sea posible, incluso, contra sus padres.

A todo ello se une el hecho de que el menor es separado de sus progenitores o tutores para ubicarlo en el domicilio privado de unas personas a las que se les encomienda su cuidado. Es decir, es difícil encontrarse con otra institución tutiva en los que se den cita ámbitos jurídicos tan diferentes, disciplinas aglutinadoras tan dispares de la realidad y donde, en la mayoría de las situaciones, los implicados sean titulares de intereses tan enfrentados. Este estado de cosas, justifica, asimismo, la extensión de esta obra.

Sin que pueda olvidarse que en esta figura jurídica también convergen distintas posiciones ideológicas, científicas y doctrinales sobre qué debe entenderse por protección del menor y, en concreto, de la finalidad última que se predica del acogimiento familiar, cuestiones todas ellas que condicionan la elaboración legislativa, su aplicación en la práctica y su ubicación sistemática en las dos grandes ramas del Derecho, el Derecho privado y el Derecho público.

Para abordar el objeto de esta tesis hay que analizar, en primer lugar, el contexto actual de la protección del menor y de su consideración por el Derecho, destacando el protagonismo que debe desempeñar en él el Derecho civil de acuerdo con la evolución que ha experimentado la regulación del Derecho de la persona y de la familia, eje del Derecho civil. La protección del menor no puede abordarse sin tener en cuenta su carácter civilista, tanto por la regulación de la patria potestad y la tutela ordinaria y de las vicisitudes de las mismas, como por la inclusión en el Código civil de la responsabilidad directa de la Administración pública en determinados supuestos de protección del menor descritos en el artículo 172 y ss., constituyéndose un sistema que trasciende a la división tradicional de Derecho privado/Derecho público y a la dualidad protección jurídica/protección asistencialista. Ello nos permite plantearnos si la regulación que el Código civil hace de la protección del menor en circunstancias extraordinarias cumple con las expectativas de seguridad jurídica que se esperan de dicho texto legal, dadas las numerosas paradojas que advertimos al analizar la protección dispensada por esta figura.

En segundo lugar, es necesario analizar los presupuestos que han conducido a que la responsabilidad de la Administración pública en la protección del menor haya sido asumida casi en su integridad por las Comunidades Autónomas, y si ello es lo más conveniente o cabe introducir modificaciones que unifiquen la protección del menor en todo el territorio nacional. Es un hecho constatado que la actual situación, al carecer de una legislación estatal y común más allá de los artículos 172 y siguientes del Código civil, ha favorecido la dispersión legislativa y la desigualdad de derechos de los menores.

Siendo, a su vez, imprescindible analizar el interés superior del menor y la evolución de este concepto jurídico indeterminado tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, incorporando las aportaciones de otras ciencias, dado su carácter de principio globalizador y totalitario que fundamenta, legitima y condiciona toda actuación, pública o privada, sobre el menor.

En la segunda parte de este trabajo se abordará la sistematización de la figura jurídica del acogimiento familiar de los menores en sede del Código civil. La doctrina civilista ha considerado tradicionalmente al acogimiento familiar como una institución de Derecho privado dada su ubicación en el Código civil, en concreto un negocio jurídico de familia, pero consideramos que adjudicarle dicha naturaleza no responde plenamente a su actual regulación ni resulta útil para resolver las incertidumbres que surgen en torno a esta figura, por ello hemos planteado la tesis considerando al acogimiento familiar regulado por el Código civil desde la titularidad de una potestad pública, lo que supone atribuir su responsabilidad a la Administración pública, en concreto de la entidad pública competente en materia de protección de menores, lo que a nuestro entender otorga al acogimiento familiar del Código civil la naturaleza jurídica de servicio público, sin perjuicio de que dicho servicio se encuentra, en parte, configurado y diseñado por el Código civil.

Por lo tanto, deberemos abordar aquellos elementos de Derecho civil que constituyen los límites a la potestad discrecional de la Administración pública en la creación y reglamentación de los servicios públicos, analizando los requisitos exigidos por el Código civil para que sea legítima la intervención pública en el ámbito del 172 y ss. del Código, la determinación del sujeto beneficiario del servicio, la actividad que debe desplegar la entidad pública para constatar que las circunstancias familiares del menor se encuadran en los supuestos de hecho contemplados en el Código, el objeto del servicio, así como otras cuestiones relacionadas con la posición jurídica del menor como usuario de dicho servicio.

Este enfoque supone aunar el Derecho civil con el Derecho administrativo, sus textos legales, sus principios y la doctrina que ambas ramas del Derecho han elaborado sobre las cuestiones aquí tratadas, así como la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones, siendo también necesario analizar el tratamiento que de

esta figura realizan las normativas autonómicas sectoriales, sin que ello suponga emprender un estudio comparativo de su regulación. Es inevitable retomar sus antecedentes históricos, porque ello nos va a aportar luz sobre cuál ha sido su evolución e, incluso en algunos casos, para reivindicar la permanencia del espíritu que las animaba, o comprobar que la transformación de la figura que abordó el legislador de 1987 no fue tan radical como se pretendió; asimismo, se ha estudiado su regulación en los distintos ordenamientos europeos con el fin de reforzar los fundamentos bajo los cuales el legislador debería reconstruir la figura del acogimiento familiar.

Pero el acogimiento familiar del Código civil no se agota con el estudio jurídico, es necesario conjugar su regulación jurídica con la sistematización de lo que otras ciencias sociales aportan a esta figura, sin las cuales la regulación legal del acogimiento familiar no respondería a su finalidad, que no es otro que ofrecer al menor un recurso exofamiliar que permita reparar las circunstancias que condujeron a su desprotección, como tendremos ocasión de demostrar.

Han transcurrido casi veinte años desde la publicación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, las Comunidades Autónomas han cerrado prácticamente el desarrollo legislativo sobre la competencia en protección de menores y servicios públicos sociales y la jurisprudencia y la doctrina han ido perfilando el contenido de los principios generales del Derecho implicados en este ámbito, cabe pues, como ha pretendido el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, volver a cuestionarse lo que el legislador ya se planteaba en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, “si las instituciones jurídicas de protección de menores dan respuesta a la diversidad de situaciones de desprotección en la que estos se encuentran”. Reflexión que entonces era necesaria y que en el momento actual mantiene toda su vigencia, ya que nos encontramos en una situación socio-económica que no es tan coyuntural como quisiéramos, que ha puesto en evidencia graves vacíos normativos y la falta de adecuación entre cuerpos legislativos que regulan cuestiones que afectan a los menores, acentuándose los efectos de una regulación desigual, incompleta y

dispersa en la protección jurídica y social de los menores; y, sobre todo, ha puesto de relieve que la regulación jurídica del acogimiento familiar, por ende de la protección de los menores, no cumple con su objetivo de garantizar en todo el territorio español los derechos subjetivos de los menores que por las circunstancias de su entorno familiar están en riesgo o desamparo, y necesitan de una especial intervención pública, estado de la cuestión que, por otra parte, no da suficiente respuesta la nueva regulación que se pretende con el Proyecto de Ley citado. Por ello, hemos tratado, al hilo de una revisión reflexiva, de apuntar las necesarias propuestas de *lege ferenda*.

Lo que ya no es cuestionable son los presupuestos donde debe asentarse la regulación jurídica de protección de la persona del menor desde la concepción de un Estado social y que han condicionado las líneas evolutivas de esta materia, entre otras, ha supuesto una mayor injerencia del poder público en el ámbito de las relaciones privadas. La traducción jurídica de ello ha supuesto la inevitable influencia del Derecho público en el privado, desplazando a la tradicional regulación de la protección del menor dentro del ámbito del Derecho de Familia, dando lugar a lo que fue denominado por la doctrina civilista como administrativización de la protección del menor, iniciada básicamente con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y culminando con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, carácter que se ha visto acentuado por las normas de promoción y protección dictadas por las Comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias en asistencia social, y que es recogido en la redacción del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta intervención administrativa fue cuestionada en su momento como lesiva de la libertad y autonomía de los progenitores y una publicación de instituciones netamente privadas, escenificando la constante tensión entre lo público y lo privado en un Estado social, aunque hay que recordar que el Estado de Derecho liberal nunca fue contrario a la intervención en el orden social.

No obstante, y aunque parezca paradójico, la defensa y garantía del carácter privado de la esfera individual de las personas exige la existencia de una esfera pública eficiente, cuestión esta aún más evidente en la protección de los menores

dispensada por el Código civil. Esta intervención pública queda legitimada con el reconocimiento constitucional de la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de los menores y de la familia según establece su artículo 39, así como de establecer las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que lo impidan (artículo 9.2).

Por lo tanto, esta intervención de los poderes públicos para establecer y garantizar la protección del menor fuera del ámbito familiar supone un cambio en los enfoques del Derecho privado y el Derecho público, porque como expuso DUGUIT “existen razones para distinguir el Derecho público y el derecho privado, pero no hay que otorgar a esa distinción una importancia mayor de la que tiene. El derecho público y el Derecho privado deben ser estudiadas con el mismo espíritu y el mismo método. Las leyes de derecho público y las leyes de derecho privado están formadas por los mismos elementos y tienen en el fondo el mismo carácter”².

La Administración pública, en el ejercicio de esa responsabilidad de protección del menor, actúa con las prerrogativas propias de la misma, pero la intervención de la Administración en la esfera de los menores y de sus familias debe contar con unos límites muy precisos, en primer lugar, el sometimiento, como no puede ser de otra manera en un Estado de Derecho, de toda la actuación pública al ordenamiento jurídico que regula las funciones tuitivas que le corresponden y, en segundo lugar, el límite fijado por el *status* jurídico del menor en su condición de persona, esa esfera del menor libre de la injerencia del poder público, que de acuerdo con la tradición jurídica deberá ser regulado por el Derecho civil. Con esas premisas el intervencionismo de la Administración en la esfera del menor no solo no constituirá una agresión a la persona del menor o de su familia, sino que como ya señaló DE CASTRO³, son la expresión más directa de la defensa de la persona individual.

La inclusión sistemática en el articulado del Código civil con la reforma de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción, de las figuras de la tutela *ex lege* o

² DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, T. I, (3ª edic.), E. de Boccard, 1927, pág. 713.

³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, (reedic. 1984), pág. 121.

automática y de la guarda de menores por la Administración pública, así como de los recursos para la materialización de las funciones que la entidad pública asume a través del artículo 172 del Código civil, el acogimiento familiar e institucional, hasta entonces en sede administrativa, constituyó un acierto y una garantía para el menor, en cuanto estableció, en el contexto de la consolidación del Estado autonómico, un marco jurídico mínimo unitario en todo el territorio de Derecho civil común tanto de la tutela administrativa, identificando sus límites con la tutela ordinaria, salvo las posibles excepcionalidades por la naturaleza pública de la entidad que la asume, como así lo corrobora la inclusión de la tutela administrativa en el régimen jurídico de la tutela ordinaria a través del artículo 222.4º y el párrafo primero del artículo 239; como de la asunción de la guarda por la entidad pública a solicitud de los progenitores o tutores y de la regulación básica del acogimiento familiar.

Pero además de esa razón, debe defenderse su ubicación en el Código civil por un principio de coherencia y, en ese sentido, la solución dada por el legislador en ese momento responde al hecho de que es en el Código civil donde se regulan las funciones tuitivas que les corresponden a los progenitores o a los tutores ordinarios, por lo tanto, en él debe estar la protección pública que le corresponde al menor cuando esas dos instituciones no cumplen con las funciones que tienen encomendadas. Son estas dos instituciones privadas las que quedan afectadas por la intervención de la entidad pública, de tal suerte que su contenido va a verse modificado por la intervención de la entidad pública, pero a la vez ese contenido va a servir de límite a dicha actuación, como tendremos ocasión de demostrar. Pero entiendo que su inclusión sistemática en el Código civil no se debe únicamente a que el menor está vinculado a los progenitores por la patria potestad o al tutor, sino que su mayor peso reside en la consideración del menor como persona y la persona es el eje del Derecho civil.

En definitiva, la combinación de la regulación del acogimiento familiar por el Código civil y las normativas autonómicas parecen plantear *a priori* una regulación omnicomprensiva, cerrada y perfecta de esta figura, pero un análisis más detallado nos hace concluir que en realidad en ellas existen numerosas deficiencias técnico-legales, y en realidad, parte de su articulado se descubre vacío de contenido jurídico,

en unos casos porque contienen una retórica que carece de significado jurídico, o señalan normas programáticas en ámbitos en los que deberían establecerse auténticos derechos subjetivos, y en otras no señalan derechos subjetivos plenos, si utilizamos la técnica del Derecho administrativo, sino condicionados a otras consideraciones como, por ejemplo, las presupuestarias.

Por tanto, se hacía necesario abordar de una manera crítica y constructiva la actual regulación del acogimiento familiar del Código civil, así como de su desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas, así como los presupuestos legales del artículo 172 y ss. del Código civil que constituyen los requisitos esenciales de la declaración por la entidad pública de la situación jurídica de menor protegido con una medida legal que implica la suspensión o, en su caso, “fragmentación” de la patria potestad o de la tutela ordinaria y su necesaria ubicación en otro entorno, proponiendo otros enfoques que consideramos más acordes con la finalidad última del acogimiento familiar.

Esta labor de estudio y profundización crítica de la figura del acogimiento familiar se ha acometido desde la metodología de investigación, en concreto de la denominada investigación jurídica, que exige la exposición de la finalidad a la que se encamina todo trabajo de investigación, el proceso indagatorio y los métodos y técnicas para alcanzar esos fines que no son otros que procurar la verdad sobre el objeto investigado, mediante el análisis, confrontación y evaluación de las distintas fuentes del conocimiento utilizadas en este proceso, lo que supone, como en todo método científico, la presentación de una hipótesis, que deberá ir precedida de la observación, y su necesaria comprobación, como camino necesario para establecer unas conclusiones, que constituirán una teoría científica, que abre nuevos campos de investigación.

En la aplicación de los clásicos métodos deductivo o inductivo, teleológico, comparatístico y cuando era procedente histórico, y como parte de los mismos, se han utilizado distintas técnicas que ha sido aplicadas para permitirnos combinar los diversos factores que han sido necesarios para abordar la investigación. Sin que se haya obviado el apoyo de otras ciencias sociales, más allá de la jurídica, que tratan

del objeto de esta tesis y que son imprescindibles para la comprensión de la figura del acogimiento familiar.

Abordar la investigación que supone esta tesis ha requerido el sometimiento a un método en el que, teniendo en cuenta los conocimientos teóricos y prácticos aportados por investigaciones previas, se ha hecho comprensivo de las diversas técnicas aplicables a la investigación jurídica; donde, de manera especial, ante la observación de la regulación jurídica de la figura del acogimiento familiar y los problemas prácticos planteados se procura una posible respuesta de *lege ferenda*, siguiendo la concepción de ese insigne jurista de Uppsala que apuntaba que el jurista no es sino un ingeniero social.

CAPÍTULO PRIMERO

I - COORDENADAS ACTUALES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y SUS PARADOJAS.

1. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y SU UBICACIÓN EN EL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL MENOR

El acogimiento familiar regulado en el artículo 173 del Código civil es una figura jurídica que forma parte, junto a otros modelos y técnicas de intervención, de lo que se denomina de manera genérica como sistema de protección del menor, que ha sido desarrollado en nuestro país de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de nuestra Carta Magna, por lo que pueden predicarse de esta figura los mismos aciertos y fallas que se detectan en el modelo de protección adoptado en nuestro país.

Este sistema pretende abordar la protección del menor desde una orientación holística, desde una visión totalizadora, de la realidad del menor. El punto de inflexión de esta concepción podemos situarlo en la aprobación de la Convención de Derechos del Niño⁴ que recogió los principios que la doctrina jurídica y social ya habían reivindicado, considerando al menor como un todo indivisible⁵ y estableciendo que los derechos del menor están interrelacionados, son interdependientes, por lo que su protección implica una actuación sobre el menor transversal y coherente, destinada a garantizar el desarrollo integral del menor a través del disfrute efectivo de los derechos de los que el menor es titular. Esto supone que las instituciones públicas o privadas de protección, familia, entidades públicas de protección, servicios sociales, etc., no estén concebidas como instituciones estancas e independientes, sino que deben estar conectadas de tal forma que se concibe el método de protección como una técnica global, cuyo objeto

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación general nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de Mayo de 2013, punto 16.

es la persona del menor en todas sus manifestaciones⁶. Esta configuración implica una multiplicidad de niveles de poderes, progenitores, autoridades educativas, sanitarias, profesionales de los servicios públicos, etc., en muchos casos concurrentes y con intereses no siempre coincidentes, que consideran que gozan de legitimidad para establecer, diseñar y aplicar la fórmula que estimen más oportuna para lograr el pleno desarrollo del menor en todos los ámbitos.

En España, las bases de este modelo de protección hay que buscarla en lo dispuesto en la Constitución española de 1978 que estableció un determinado sistema jurídico-político, el Estado social y que, en consonancia con las normativas internacionales sobre derechos de los menores, incluyó en su artículo 39 el reconocimiento de derechos destinados directamente al menor y a la familia, así la igualdad de todos los hijos con independencia de su filiación, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, así como la obligación de garantizar a los menores los derechos establecidos en los acuerdos internacionales, incorporando la investigación de la paternidad y la obligación de los progenitores de prestar asistencia de todo orden a los hijos. Diseñando también un modelo de organización territorial del Estado que tanta influencia ha tenido en la protección del menor en nuestro país, dado que la titularidad de las funciones del Estado en nuestra materia sufrieron un desplazamiento de la responsabilidad pública del Estado central en la protección de menores a la esfera de las Comunidades Autónomas.

En cumplimiento de lo establecido en la Constitución, se fueron perfilando los pilares que configuran el modelo de protección del menor actual, que ubica a éste como sujeto independiente y eje de un sistema en el que se incardinan la familia, el Estado e incluso la sociedad, la sociedad por un principio ético y la familia y el Estado por un deber jurídico. Las bases de las estructuras de protección fueron puestas por la Ley 21/1987⁷ que incorpora al Código civil, en concreto a los artículos

⁶ De este carácter multidisciplinar se hacía eco el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, que introducía como principio rector de la actuación de los poderes públicos el carácter colegiado y multidisciplinar de las decisiones de la Administración pública en la adopción de medidas protectoras del menor.

⁷ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

172 y 173, instituciones que hasta ese momento estaban en sede administrativa, la tutela *ex lege* o automática⁸, creando la guarda voluntaria y estableciendo el acogimiento como recurso común a ambas. El legislador pretendió proyectar esta reforma como un sistema coherente, en el que los dos grandes bloques que constituyen su estudio (civil y administrativo) formasen parte de un todo cuya base legitimadora es siempre el interés superior del menor.

Este planteamiento fue recogido y desarrollado posteriormente por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incidiendo en la idea de menor como sujeto de derecho independizándolo de su situación jurídica de miembro de una familia y concibiéndole como ciudadano. Esta Ley supone también la consagración de la responsabilidad de la Administración pública en la protección extraordinaria del menor estableciendo en su artículo 14 que los poderes públicos “tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor”, en coherencia con el artículo 9.2 y 39 de la Constitución⁹, a la vez que reforma el 172 y siguientes del Código civil¹⁰, atribuyendo de manera inequívoca que la competencia en la protección de aquellos menores que por su contexto familiar deben ser separados de su familia correspondía a la entidad pública autonómica.

La protección del menor que surge de esta Ley Orgánica y de las Leyes sectoriales dictadas por las Comunidades Autónomas, responde al principio de protección integral¹¹, en el que inciden factores personales, familiares, sociales,

⁸ RAYMOND, G., BARRETEAU-RAYMOND, C., (colab.), *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, París, 2003, considera que debe pasar a llamarse tutela automática, pág. 254 (517).

⁹ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, señala en su Disposición final vigésima segunda que las entidades públicas mencionadas que asumen la responsabilidad sobre los menores son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización.

¹⁰ Junto a la regulación de la protección exofamiliar del menor contenida en el Código civil, las normas autonómicas sectoriales contenían el nacimiento de un nuevo Derecho civil autonómico, no ya basado en el desarrollo de un Derecho histórico preexistente, al que solo tendrían opción determinadas Comunidades Autónomas, sino en un Derecho civil que surge de la misma Constitución y del desarrollo de su artículo 148. En realidad, se trata de normas de desarrollo de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas que afectan a materias de Derecho civil, tales como las regulaciones referentes a asociaciones, fundaciones, defensa de consumidores y usuarios, Derecho agrario, Derecho de sucesiones, medio ambiente.

¹¹ Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, en su Preámbulo señala que “la protección es cosa de todos. La aplicación de los principios del Estado de Derecho a la protección de los menores conlleva una responsabilidad compartida entre sus padres y los poderes públicos. Los padres o tutores representan el contexto normal de desarrollo del niño y son el primer nivel de responsabilidad que debe cubrir sus necesidades aplicando los recursos existentes en la

culturales, medioambientales, sanitarios, de ocio, etc., porque todos ellos condicionan la finalidad última de la protección del menor, garantizarle un desarrollo integral de su personalidad.

Por lo tanto, las obligaciones de los poderes públicos no se agota en la protección dispensada a los menores en un contexto de riesgo familiar, se le protege aunque no tenga dificultades particulares y su desarrollo transcurra de acuerdo con los estándares de normalidad; aunque es el riesgo, en su acepción más amplia, el criterio que subyace en los textos legales y doctrinales para legitimar la actuación de los poderes públicos en cualquier ámbito donde pueda verse afectado un menor¹² y, en mayor medida en el objeto de este trabajo, el acogimiento familiar, dado que la regulación de la protección del menor contenida en el Código civil se fundamenta en el riesgo o, en su caso, desamparo, pero siendo conscientes que cuando se dan las dos situaciones establecidas en el artículo 172 del Código civil es que ha fracasado el engranaje de medidas protectoras cuya ubicación debe estar principalmente en la prevención.

Esa concepción integral de la protección institucional reconocida por las normativas¹³ requiere de políticas transversales y coherentes destinadas a establecer un sistema de bienestar acorde con la eficacia real de los derechos

sociedad. El entorno familiar constituye un nivel de apoyo inmediato al niño y a sus padres y, en caso necesario, es el primero en sustituirles en su función parental. Los sistemas públicos de salud, educación, acción social y justicia, de prestación obligatoria para las Administraciones públicas, en los términos que establecen las leyes, constituyen un tercer nivel de protección que debe ayudar a los padres a asegurar los derechos de sus hijos. Los servicios especializados de «protección de menores» deben actuar subsidiariamente cuando los anteriores niveles no sean suficientes para garantizar sus derechos”.

¹² Como señala NICOLAU, G., “L’*autorité parentales à l’épreuve*”, *Études à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presse Universitaires de Bordeaux, Burdeos, 2003, es claro que el interés del menor es no estar en peligro pero no todos los menores infelices son menores en riesgo, pág. 155.

¹³ Por otodas, la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, en su Preámbulo señala que su “título II está dedicado a la infancia y la adolescencia desde una perspectiva global, al entender que la protección de las mismas que impone la Constitución a los poderes públicos no solo alcanza las situaciones en las que ha de intervenir la administración por mandato legal, sino también el desarrollo de políticas de bienestar que favorezcan y garanticen al conjunto de las y los menores un nivel de vida digno. Esta perspectiva global implica asumir que la responsabilidad de la atención a los niños y niñas y adolescentes recae en primer lugar en los padres, madres o tutores, pero también en las administraciones públicas y en la sociedad en general. Por ello es necesario positivar de manera clara y explícita las obligaciones que vinculan a todos los poderes públicos, asociaciones y entidades que lleven a cabo actividades dirigidas a la población infantil o que afecten a los padres y madres, las familias o la sociedad en general”.

reconocidos al menor. Esta vinculación de todos los sectores que tengan relación con la protección genérica del menor implica que no puede plantearse una protección eficaz desde el mantenimiento de compartimentos estancos¹⁴, ésta no se resuelve únicamente a través de la legislación, o de la familia o de los servicios públicos, la protección del menor debe estar basada en la colaboración intersectorial e interprofesional, partiendo del establecimiento de un marco político-normativo que establezca estatuto jurídico común para los menores en todo el territorio nacional.

Por lo tanto, la estructura que aborda la protección del menor en la actualidad es abrumadora, habida cuenta que en la protección del menor están implicados los tradicionales tres poderes del Estado, con diferente intensidad de responsabilidad y, en el ámbito jurídico, se mezclan las normas internacionales que reconocen derechos al menor, la legislación estatal y la autonómica, todas ellas con contenidos que abarcan los más variados ámbitos que inciden sobre el menor, algunos en contaste evolución, a lo que hay que añadir aquellas Observaciones, Directrices, Recomendaciones, Circulares, Códigos de buenas prácticas, etc., emitidas por organismos nacionales e internacionales que, aun careciendo de valor jurídico, establecen los criterios interpretativos de las disposiciones contenidas en las normas¹⁵; a lo que debe sumarse las aportaciones de otras ramas del conocimiento cuya contribución científica y doctrinal es indispensable en este

¹⁴ Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, en su Exposición de motivos: “Esencial punto de partida de la presente Ley es su vocación de universalidad, de manera que en ella se regulan todas las competencias y potestades de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de protección de menores, pues solo de este modo puede conseguirse un instrumento completamente eficaz para la acción de los poderes públicos en dicho ámbito. Por ello, no sólo se vincula a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, comprendiendo a las diversas Consejerías que ejercen funciones en relación con los menores, sino también a la Administración local, respetando y definiendo la autonomía municipal en esta materia y garantizando la coordinación de los Servicios Sociales de Primer Nivel con los que corresponden a la Administración autonómica”.

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación general nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, (29 de mayo de 2013), establece como objetivo de la dicha observación La presente observación general tiene por objeto garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten. Define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo. El Comité confía en que esta observación general guíe las decisiones de todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y los cuidadores.

campo, tales como la medicina, la psicología, la pedagogía, el trabajo social, la educación social, etc., dado que algunos de los supuestos de hecho contemplados en las normas de protección están configurados como normas en blanco que requieren de una labor de concreción y adaptación de su contenido al concepto dinámico que supone la protección del menor; y todo ello debe ser conjugado con el fin último de hacer efectivo el derecho del menor a ser protegido.

Por eso, quizás la manera de abordar el análisis de la protección del menor es desde un planteamiento nuclear, tratando de aislar los elementos esenciales que hay detrás de ese sintagma tan repetido, abordando la concreción y conceptualización de los principios y conceptos que respondan a la función básica de protección integral del menor.

En resumen, el actual sistema¹⁶ de protección integral del menor, o más bien sistemas de protección¹⁷, se centra, básicamente, en cuatro premisas

¹⁶ BONET RAMÓN, F., *Derecho civil. Introducción y parte general*, t. I, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1948, mantenía que “construir un sistema es algo más que clasificar y agrupar. El sistema no está solo en la arquitectura externa, sino principalmente en la conexión y disposición interna y en atribuir a cada norma el preciso coeficiente de su fuerza y de su aplicabilidad. No es sólo un índice esquemático que seguir o un casillero que llenar, sino el ordenamiento científico de la materia jurídica, el dar precisión y límite a los distintos conceptos, el fijar el valor y la potencia de cada norma”, págs. 225-226.

En nuestro país carecemos de una Ley integral de la protección del menor y de sus familias como, sin embargo, si existe en la mayoría de los países dado que la protección del menor debe tener su centro neurálgico en la protección que se da a su familia.

¹⁷ En realidad, como hemos mantenido, no existe un único sistema de protección integral del menor, sino tantos sistemas como Comunidades Autónomas, en este sentido es significativo el título del trabajo colectivo en MARTÍNEZ GARCÍA, C., (coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. (Situación de riesgo y desamparo de los menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial)*, Dykinson, Madrid, 2007.

Si bien hay que matizar, ya que los ordenamientos autonómicos son subsistemas que están sujetos a limitaciones, “en primer lugar las Comunidades Autónomas están sometidas al principio de optimización del Sistema Global, que implica la solidaridad entre ellas (arts. 2, 138, 156 y 158, todos ellos de la CE). En segundo lugar, la igualdad implica-por debajo de la evidente diversidad que puede existir entre las Comunidades Autónomas- que «todos los españoles tiene los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional» (art. 38), razón por la cual compete al Estado de un modo exclusivo «la regulación de de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1ª de la CE). En tercer lugar, la territorialidad es otro de los límites de la autonomía política, en la medida en que mientras el ordenamiento estatal se aplica en todo el territorio español-plena, básica o supletoriamente-, el ordenamiento autonómico limita su operación al territorio de esa Comunidad Autónoma”, DE GUAYO CASTIELLA, I., “Las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas”, en RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXÍA, P., (eds.), *Curso de Derecho público de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2003, pág. 440-441.

interrelacionadas e interdependientes, en primer lugar el cambio en la consideración de la persona del menor, no como sujeto de derecho que ya lo era, sino en su relación con las instituciones de protección¹⁸, modificando su posición jurídica respecto a las mismas¹⁹. Esta actual consideración supone plantearse quién es realmente el sujeto sobre el que se concreta la protección.

En segundo lugar, se ha producido una transformación profunda de la familia, de su percepción social y de su regulación jurídica y, lo que ha implicado una redefinición de las relaciones entre sus miembros y, con mayor intensidad, de las funciones que les competen a los progenitores sobre los hijos menores, produciéndose un claro avance del subjetivismo, lo que supone a fin y a la postre, un retroceso del Derecho, junto a un mayor control de las relaciones de patria potestad.

Y en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de octubre de 2010 (rec.1535/2009): “sintetizamos el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento estatal, de un lado, y los distintos ordenamientos autonómicos, de otro, señalando en lo que ahora importa lo siguiente: Que los principios de unidad y de jerarquía informan internamente cada uno de ellos, siendo el de competencia, y no esos otros dos, el que rige la articulación entre ambos ordenamientos. Que el reconocimiento por virtud de este principio de un ámbito propio para el ordenamiento autonómico, se produce sin perjuicio de la articulación de éste y del estatal en el “supraordenamiento” constitucional, de suerte que la separación entre ordenamientos no es absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma “normarum”. Y que cuando el reparto competencial actúa sobre una misma materia mediante el concurso, para su regulación global, de normas estatales básicas y autonómicas de desarrollo, surgen entonces entre ambas los efectos denominados de preclusión y de desplazamiento. Por el primero, queda cerrada para la norma autonómica, sin posibilidad de que ésta la replantee, la regulación que como propia del Estado global, del Estado en su integridad, haya hecho la previa norma estatal básica. Y por el segundo, queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: ésta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquélla, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles, la estatal básica”.

¹⁸ BORRÁS, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, (discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya): “Una de las características esenciales del momento actual es el paso de las normas neutrales a las normas materiales orientadas, entre las que destacan las que pretenden la protección de una categoría determinada de personas, bien a través de normas de competencia judicial o de autoridades, bien a través de normas de conflictos de leyes, bien facilitando el reconocimiento y ejecución de las decisiones. En todo caso, se realiza una localización protectora para alcanzar una solución globalizadora que, en aras de la protección, abarque derecho material interno y Derecho internacional privado”, *Revista jurídica de Catalunya, any XCIII*, nº 4, Barcelona, 1994, pág. 920.

¹⁹ ZIZEK, S., *Visión de paralaje*, Fondo de Cultura Económica de España, Buenos Aires, 2006, utiliza el término paralaje, concepto que proviene de la astronomía, para señalar que la paralaje puede ser definida como el desplazamiento aparente de un objeto causado por un cambio en la posición de observación que brinda una nueva línea de visión, reemplazando con él al eje del materialismo dialéctico: la lucha de los opuestos. Este cambio de posición modifica los fundamentos de la protección.

La tercera premisa a tener en cuenta es el concepto social de bienestar, actualmente en revisión que, en nuestro caso, se articula a través de la consolidación de un modelo jurídico de Estado, el Estado social, con la consiguiente asunción por parte de los poderes públicos de la responsabilidad efectiva de las condiciones de vida de los ciudadanos²⁰.

Y englobando a esas cuestiones el interés superior del menor que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, eleva a la categoría de principio básico globalizador de toda decisión, medida o intervención que afecte a cualquier ámbito de la vida del menor²¹.

2. LA PERSONA DEL MENOR: CONFUSIONES EN TORNO A SU CONSIDERACIÓN COMO SUJETO DE DERECHO

Resulta casi superfluo comenzar reconociendo que el menor en nuestro ordenamiento jurídico tiene la consideración de persona²², predicándose del menor todo aquello que es consustancial al *status* jurídico de la persona considerada en su significación más esencial, sin ulterior determinación, que tiene su marco de referencia en el Código civil²³.

²⁰ PAREJO ALONSO, L., "Estado Social y Administración Prestacional", *Revista Vasca de Administración Pública*, número 57, 2000, pág. 17.

²¹ Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, redacta el artículo 2.1 relativo al interés superior del menor: "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, o los Tribunales, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

²² Sobre evolución en la consideración del menor, *vid.*, RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 23 y ss.; y sobre la evolución histórica de la patria potestad, GÓMEZ MORÁN, L., *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, pág. 170 ss.

²³ AUNE, A-C., *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2007, "L'individu se trouve aujourd'hui au centre du droit civil", pág. 20.

Sin embargo, en el ámbito de la protección del menor, tanto la doctrina²⁴ como la legislación, aluden a esta condición de persona como si fuese novedosa y hubiese sido la Convención de Derechos del Niño²⁵ y, posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero²⁶ los textos legales que hubiesen reconocido al menor dicha condición, cuando el menor ya era para nuestro Derecho persona, sujeto de derecho²⁷, ahora bien, con una capacidad de obrar limitada²⁸, lo que

²⁴ Con lo que se confunde el progresivo aumento de los derechos subjetivos de los menores con su condición jurídica de persona, como sujeto de derechos y obligaciones; sin ser exhaustiva, respecto a la doctrina que considera que el menor es persona a raíz de la Convención, GUILLÓ JIMÉNEZ, J., "Políticas de infancia", en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.), *Derecho de la Persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho*. Bosch, Barcelona, 2011, pág. 208, recoge esta idea: "Hasta al año 1989 los menores- niños, niñas y adolescentes- eran meros objetos de protección, únicamente destinatarios de derechos de protección. Es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), quien reconoce por primera vez, a los menores como sujetos de pleno derecho, dotándoles de personalidad propia, haciéndoles titulares de derechos por ellos mismos, sin persona interpuesta".

PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, señala que nuestro derecho posconstitucional introduce "la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad", pág. 8.

En ese mismo sentido, SIMÓN RUEDA, C., LÓPEZ TABOADA, J. L., LINAZA IGLESIAS, J. L., *Maltrato y desarrollo infantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000, pág. 53, refiriéndose a la Convención de los Derechos del Niño: "este gran paso en la historia de la infancia supone reconocer a los niños y niñas como sujeto de derecho".

²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

²⁶ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 5 de enero, de Protección jurídica del menor, señala que el "cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia", este enfoque "reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad (...)". Y señala que el "desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad".

²⁷ Porque como escribió PEDREGAL Y CAÑEDO: "(E)n las legislaciones modernas la cualidad de hombre constituye su cualidad de persona" y "(L)a persona es, pues, el sujeto de derecho, la entidad capaz de derechos y obligaciones", y el "nacimiento determina la personalidad", *Texto y comentarios al Código civil español, con exposición de motivos, precedentes de nuestra legislación, comparación crítica con los principales Códigos de Europa y América, aplicación al Derecho Internacional*, t. I, por la Redacción de la Revista de Derecho Internacional Privado, con un resumen crítico por PEDREGAL Y CAÑEDO, M., Madrid, 1889-1890, pág. 96.

²⁸ No puede entenderse como incapacidad y, en este sentido, en nuestra doctrina ha desaparecido esta expresión cuando se trata la capacidad de obrar del menor, no así en otros contextos doctrinales internacionales, que por inercia siguen situando el estudio de la capacidad de obrar del menor en el bloque de las incapacidades, *vid.* LES MEMBRES DE L'UNITÉ DE DROIT FAMILIAL DU CENTRE DE DROIT PRIVÉ DE L'ULB, *Précis de Droit de la famille*, 2ª edic. VAN GYSEL, d'A.-C., Bruylant, Bruselas, 2009, en la Parte III bajo el epígrafe de "Les incapables", el Capítulo II "Les incapables mineurs" (1541), autor FICHER, Q.; BATTEUR, A., *Droits des personnes, des familles et des majeurs protégés*, L.G.D.J., 2010, en Capítulo 3 "L'incapacité du mineur". En la legislación argentina

implicaba, entonces y ahora, arbitrar instituciones que complementen esa limitación.

Por tanto, lo que parece obvio ha sido objeto de confusión, ahora bien lo que no puede negarse es que se ha producido un reajuste conceptual²⁹ de la persona del menor hasta su actual consideración³⁰, pero esta evolución, como no podía ser de otro modo, no ha sido distinta de la que ha sufrido el concepto de persona concretado en la codificación y que ha estado expuesta a los vaivenes de las distintas corrientes políticas y jurídicas a lo largo de su recorrido histórico, las cuales pueden ser aplicadas a la persona del menor, así, entre otras, se ha defendido la persona como individualidad absoluta, encorsetada en un concepto rígido de la igualdad formal, desdibujada en una concepción supraindividualista³¹ o anulada por el interés general, o en su consideración de instrumento al servicio de las relaciones patrimoniales, incurriéndose en defectos o excesos en la medida que el legislador se alejaba del Derecho natural que contiene la esencia de la persona.

En cualquier caso y en el contexto de la protección del menor, y más concretamente en la aplicación práctica de la protección del menor dispensada por los artículos 172 y ss. del Código civil, los planteamientos individualistas que configuraban el concepto de la persona en un sistema liberal³² siguen siendo válidos

en la reforma del Código civil efectuada por la Ley 26.579, 21 de diciembre de 2009, sigue utilizándose esa expresión, en concreto, el artículo 128 establece que cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los dieciocho años.

²⁹ El Derecho civil en su regulación de la persona “presenta un cierto carácter político y programático, y que por ello, conlleva una labor constante y permanente de «reajuste» (...) a la realidad socio-ideológica de cada momento”, VELA SÁNCHEZ, A., “El carácter personalista del Derecho civil como eje de la juridificación de la vida afectiva”, *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Comares, Granada, 2009, pág. 300.

³⁰ La idea de que el hombre, en su consideración de persona, constituye el eje del Derecho civil, está presente en toda la doctrina civilista, y que el concepto de persona es fruto de la evolución histórica del Derecho civil, *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, (reedic. 1984); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Instituciones de Derecho civil*, t. I., Tecnos, Madrid, 1995; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I parte general, v. II personas, Dykinson, Madrid, 2010.

³¹ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 6ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 46, advierte sobre esta deriva en referencia al nacionalsocialismo alemán y hace una reflexión señalando que no se puede justificarse que es derecho cuanto convenía y beneficiaba al pueblo, bajo la forma más extrema de la idea supraindividualista del fin a través de una consideración intransigente del bien común y del poder, lo que conlleva a la total negación de los derechos individuales del hombre.

³² Así el individuo se definiría por su relación negativa con el Estado, a este se le reserva la función de árbitro de las parcelas de poder atribuidas al ciudadano, sin inmiscuirse en ellas

y deben ser reivindicados, porque establecieron los principios de libertad, igualdad, el derecho subjetivo³³ y la autonomía privada como manifestación de la autonomía de la voluntad³⁴, pero son insuficientes³⁵ para plantear la protección del menor en los contextos socioeconómicos actuales, por lo que el concepto de persona se ha ido matizando, incorporando, paulatinamente, aportaciones que han delimitado su actual significación; en este sentido, ha sido fundamental la incorporación del valor de la dignidad³⁶, entendida como “punto de arranque, el pórtico psicológico y

entendiendo por otro lado que las desigualdades eran el reflejo del orden natural, por ello, se había entendido que el mayor enemigo de la libertad individual era el Estado, las declaraciones de Derechos individuales no eran sino garantías frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, la efectividad de la libertad pasaba por la no injerencia del Estado, por lo tanto el crecimiento del individuo como ciudadano era inversamente proporcional a la contención del poder estatal, es la libertad que definía CONSTANT como “el derecho de no estar sometido sino a las leyes; no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de los gobernantes: es el derecho a decir su opinión, de escoger industria, de ejercerla y de disponer de tu propiedad y aún abusar de ella si se quiere, de ir y venir a cualquier parte sin necesidad de obtener permiso, ni dar cuenta a nadie de sus motivos o pasos”, CONSTANT, B., “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Del espíritu de conquista*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 75.

³³ COHEN, D., “Le droit á ...”, *L’avenir du droit*, Mélange en hommage à François Terré. Dalloz, París, 1999, pág. 393, señala que esa expresión “tengo derecho a” es una de las que más éxito ha tenido en el lenguaje del ciudadano del siglo XX: el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a la vida privada, a la identidad sexual, a la libertad ideológica, a la seguridad de unos ingresos mínimos que permitan la supervivencia, a un proceso justo, a una familia, al desarrollo libre de la personalidad...., en fin, una batería de derechos subjetivos “*éclot en une arborescence qui suscite espoirs excessives et revendications chez les uns, agacement et scepticisme chez les autres, liberté (et donc pouvoir) modérément accru pour les juges*”.

³⁴ COLINA GAREA, R., señala que “en el momento presente, la autonomía de la voluntad ha mudado su aspecto y fisonomía esencial, pues ahora ésta ya no se identifica con un conjunto de posibilidades de actuación tendencialmente ilimitadas y excepcionalmente restringibles, sino como un poder de autodeterminación y autonormación normalmente limitable y configurado en su contenido desde su interior”, en “Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho civil”, *AFDUDC*, 10, 2006, págs. 217-250, pág. 243.

³⁵ Estos principios sobre los que se asentaba toda la construcción del Derecho civil decimonónico y que constituyen la esencia del Derecho civil, a los que hay que añadir la propiedad privada y el contrato como reflejo de la libertad, choca prácticamente desde finales del siglo XIX con las tendencias sociales que se estaban gestando y que cristalizan en el primer tercio del siglo XX: el ideal burgués plasmado en los Códigos no se corresponde con el sentir de las capas más desfavorecidas de la sociedad, para las que el concepto de propiedad liberal no dice nada, porque nada poseen, y el sagrado juego de la autonomía de la voluntad no supone sino sumisión frente al que ofrece, y el derecho subjetivo, como manifestación de poder, no es sino una entelequia.

³⁶ GARCÍA CUADRADO, A. M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”, *Persona y Derecho*, v. 67, 2012/2, págs. 449-514, señala que: “La dignidad de la persona aparece en los textos constitucionales como una figura compleja, siendo a la vez un derechos, un valor, una norma, un principio general del Derecho y un deber constitucional”, pág. 513.

ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”³⁷, y la aplicación de dicho valor a la persona del menor.

Hechas estas precisiones, y centrando la cuestión en nuestro contexto jurídico, no cabe sino considerar que, cuando los textos y la doctrina señalan que el nuevo paradigma de la protección del menor deriva de su reconocimiento como persona³⁸, en realidad, reflejan que la persona del menor, como sujeto de derecho³⁹, ha seguido los mismos hitos doctrinales y legislativos que se produjeron a partir de la Codificación, dando como resultado la transformación del concepto liberal de persona al concepto de persona-ciudadano, siendo evidente que en el menor esta evolución se ha producido con un considerable desfase cronológico y no siempre con la misma cadencia histórica.

En este sentido, la profundización en su individualismo⁴⁰ se perfila a finales del siglo XX, pudiéndose afirmar que forma parte del actual modelo de protección del menor el reforzamiento del núcleo conceptual del individualismo, y en concreto de la técnica del derecho subjetivo⁴¹, cuyo titular es el menor no el grupo familiar⁴².

³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril.

³⁸ DE MEO, R., “La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, v. XLI, enero-marzo, 2012, señala, con acierto, que la protección del menor encuentra su mejor argumento en el principio personalista, manifestado en una nueva “sensibilità civile”, que informa el Derecho europeo y el Derecho interno, aunando protección de la persona del menor con el valor central de su dignidad, pág. 476.

³⁹ Vid. GARCÍA RUBIO, M. P., “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 14, 2013, págs. 82-109, “cabe decir que la consideración del menor de edad como incapaz de obrar ha de entenderse superada. (...)” porque, como sigue exponiendo la autora, aunque tradicionalmente se le ha reconocido una cierta capacidad de obrar respecto a determinados actos, “todo ello no ha impedido que, siguiendo los postulados de la Escuela de Derecho Natural, durante mucho tiempo se estimara que la menor edad de la persona era una situación determinante de una total y absoluta incapacidad natural para entender y querer, de lo que derivaba que normas como las indicadas fuesen interpretadas como excepciones a la regla general”, pág. 94.

⁴⁰ Como sostiene RESWEBER es durante el periodo histórico de la modernidad donde efectivamente el hombre deviene en sujeto, donde adquiere el *status* de ser autónomo, y es en esta época histórica donde el niño se convierte en adulto, “*il est consacré comme étant un être pourvu de droits et de devoirs*”, RESWEBER, J.-P., *Questions de soin*, L'Harmattan, Paris, 2012, pág. 52.

⁴¹ Se va a establecer como núcleo esencial del sistema de protección del menor el derecho subjetivo, pro teniendo en cuenta que su concepción como poder de actuación conferido a una persona, tutelado por el ordenamiento, en función del interés concreto del titular confiado a su libre albedrío, derivándose de ese poder el concepto de autonomía privada y también el concepto de responsabilidad por los hechos propios, debe ser matizado en el caso del menor por la esencia misma de la finalidad de la protección que se establece sobre su persona.

⁴² Pero teniendo en cuenta que su concepción como poder de actuación conferido a una persona, tutelado por el ordenamiento jurídico, en función del interés concreto del titular confiado a

Esta individualidad supone su emancipación de la familia, en la que indudablemente está inserto no como pertenencia sino como uno más de sus miembros, de hecho, su permanencia en el grupo familiar responderá a su interés personal y dependerá del grado de cumplimiento de los progenitores de las funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye para actuar en beneficio del menor, cuestión esta que trataremos en otro momento.

A este nuevo planteamiento responde la Ley Orgánica 1/1995 cuando señala de manera inequívoca y como principio general que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir⁴³, por lo que el interés del menor, en relación con los progenitores, deja de ser un interés supraindividual, el interés de la familia, para configurarse como un interés individual; el menor tiene derecho a vivir en familia, pero la familia no tiene un derecho absoluto sobre la integración del menor en su seno.

Siendo cierto que la persona del menor se plantea como una individualidad, como titular de unos derechos independientes⁴⁴ y no como miembro de un colectivo, habrá que matizar ese individualismo a través de su conceptualización como ser social⁴⁵, condición humana que tiene tal *vis atractiva* que la dignidad no puede concebirse como un abstracción del individuo “en sí y aisladamente sino que adquiere su propio sentido jurídico precisamente en la consideración comunitaria de la persona”⁴⁶.

Por su propia naturaleza, el menor depende del grupo para sobrevivir, su supervivencia durante los primeros años de su existencia depende de manera vital

su libre albedrío, derivándose de ese poder el concepto de autonomía privada y también el de responsabilidad por los hechos propios, debe ser matizado en el caso del menor por la esencia misma de la finalidad de protección, la consecución del interés del menor.

⁴³ Artículo 2, de la Ley Orgánica 1/1995, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

⁴⁴ La Comisión Europea en su Recomendación (2013/112/UE) “Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas”, (de 20 de febrero de 2013, Diario Oficial de la Unión Europea L 59/5, de 2 marzo 2013), en su recomendaciones señala como principios horizontales que deben guiar la actuación de los estados miembros, entre otros, el “reconocer a los niños como titulares de derechos independientes”.

⁴⁵ JUGASTRU, C., lo expresa señalando “(L) *e fait que l’homme est un produit et un créateur de la condition sociale devient de plus en plus évident pour de plus en plus de chercheurs de domaines socio-humains*”, *Les Droits de la personnalité*, Editions de la Tannerie, Guer, 2006, pág. 25.

⁴⁶ DOMINGO RODRIGO, L.M., “Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las unidades familiares no matrimoniales”, *Libro homenaje a Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989. pág. 352.

de los otros⁴⁷, en un primer momento de la familia por ser el grupo más elemental y primario⁴⁸. Pero estamos en el siglo de la globalización económica, social e incluso jurídica⁴⁹ y se da la paradoja de que siendo imprescindible la colaboración del grupo para la satisfacción de las necesidades más básicas⁵⁰ del individuo, su pertenencia al mismo no es sinónimo de garantía de esa satisfacción porque, en nuestro caso, la familia, también se enfrenta a situaciones que, por razones muy diversas, exceden a su capacidad de respuesta⁵¹, por lo que es ineludible la intervención del Estado para hacer frente a esas nuevas fuerzas; se reclama su papel de garante de la persona,

⁴⁷ VAN GYSEL, C., "L'être humaine est un des animaux dont la maturité physique, volitive et affective est la plus lente. Le législateur a donc prévu une période très longue d'incapacité: la minorité", *Précis de droit de la famille*, Les membres de l'unité de Droit familial du Centre de Droit privé de l'ULB, VAN GYSEL, A-C., (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009, pág. 627.

⁴⁸ Pero no el único, en las sociedades occidentales el menor se socializa desde prácticamente su nacimiento en contextos distintos de las familias coexistiendo con esta en las funciones de guarda de este, colegios, guarderías, ludotecas, etc.

⁴⁹ LÓPEZ AYLLÓN, S., "Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica", Estudio preparado para la VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia bajo los auspicios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, celebrada en El Salvador, 24-25 junio 2004, en el que señala que debe asumirse que la globalización "es un fenómeno que afecta por igual a todos, sin diferenciar que en realidad es un proceso, o mejor, una serie de procesos altamente diferenciales y asimétricos que dependen de condiciones materiales y estructurales específicas. En este sentido, la globalización no implica una lógica de evolución histórica lineal, sino refleja un complejo entramado de interacciones que se traslapan y modifican recíprocamente, y constituye más bien un conjunto de procesos de reestructuración dinámicos de las coordenadas de la acción social."

http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=d464523c-e031-402d-a5f0-c57e2736a4a4&groupId=10124.

⁵⁰ Esta nueva situación social exige una nueva forma de cooperación social, es lo que Durkheim llama solidaridad orgánica o solidaridad no espontánea, DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*; Planeta-Agostini, Barcelona, 1985.

⁵¹ SUBIRATS, J., *Informe España 2012, Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro-CECS, 2012, págs. XXI-XXII, hace referencia a esta cuestión planteando la complejidad del sistema social actual: "Las fuentes de socialización y de seguridad para las personas más habitualmente consideradas han sido, y son, la familia, la comunidad o el entorno social donde se vive, la escuela, el trabajo y los vínculos que en el mismo se despliegan y la capacidad de protección social más o menos grande que cada Estado ha ido desarrollando a lo largo del tiempo. Hemos mencionado ya repetidamente los factores de cambio que en los últimos tiempos han incidido en cada uno de estos espacios o esferas de socialización y de seguridad: desde los cambios en las estructuras y los roles familiares hasta la creciente complejidad y heterogeneidad de los entornos sociales o la vertiginosa y continuada precarización del mundo laboral. Las instituciones públicas han ido viendo crecer su agenda de intervención y han aumentado y diversificado el alcance y los instrumentos de sus políticas públicas. Pero, aun así, el gran cambio de escenario ha puesto en entredicho las formas tradicionales, homogeneizadoras y segmentadas en que estas políticas operan".

arbitrando técnicas de protección y de prestación⁵² que equilibren las situaciones jurídicas de los más débiles frente a los excesos e imposiciones de un sistema complejo⁵³. La misma Constitución establece la importancia que para el hombre, y con mayor motivo para el menor, tiene su consideración de ser contextualizado, encomendando a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”^{54,55}.

El Tribunal Constitucional, en coherencia con ese mandato, ha establecido que “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde solo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y valores que forman el sustrato último del derecho fundamental”⁵⁶. En la actualidad el menor se inserta, desde los primeros años de su existencia, en otras instituciones que coadyuvan a la familia en el cuidado

⁵² Vid. RODRIGUEZ SANTIAGO, J. M., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, en relación con las diferentes manifestaciones de actividad prestacional de la Administración pública en función del enfoque ideológico del Estado social.

⁵³ GALGANO, F., *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, advierte que el sistema liberal, en realidad, deja al individuo en manos de grupos privados que presentan mayor peligro para la libertad de los individuos que el propio Estado, Zanichelli, Bolonia, 1979, pág. 58.

⁵⁴ Artículo 9.2 de la Constitución.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El marco constitucional del derecho administrativo (El Derecho Administrativo Constitucional)”, *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, nº 6- 2011, págs. 255 y 256, señala que el párrafo segundo del artículo 9 de la Constitución “establece el llamado principio promocional de los poderes públicos. Principio que tiene una dimensión positiva y otra negativa. La negativa se refiere a la remoción de obstáculos que dificulten el ejercicio de la libertad y la igualdad por los ciudadanos individualmente considerados o en los grupos en que se integren. Y la positiva alude a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Ambas dimensiones, la positiva y la negativa, tienen tanta trascendencia, que, en alguna medida, puede decirse que ayudan a entender el sentido del nuevo Derecho Administrativo que la propia realidad nos muestra cotidianamente. Primero, porque el precepto encomienda al Derecho Administrativo el establecimiento de las condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad, comprometiéndose en la promoción de dichos valores constitucionales. Y, de otra parte, el precepto establece un límite a la acción de los poderes públicos en cuanto manda a la Administración, y por ende al Derecho Administrativo, impedir u obstaculizar a las personas y grupos en que se integren el ejercicio de la libertad y la igualdad por parte de los ciudadanos. En otras palabras, el Derecho Administrativo Constitucional debe, a través de sus fuentes, facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, singularmente la libertad y la igualdad. A la misma conclusión llegaremos a partir del artículo 53.3 de la Constitución tal y como, en algún sentido, se ha comentado ya con anterioridad”.

⁵⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 64/1988, de 12 de octubre.

material y en el proceso de socialización y educación del menor⁵⁷, instituciones que deben ser reguladas y controladas por los poderes públicos, a fin de garantizar la protección del menor y el mantenimiento de su individualidad dentro de ellas.

Ahora bien, si no se perfilan bien las coordenadas la consideración del menor como ser social⁵⁸ puede provocar situaciones no queridas, pues puede dar lugar a una sociedad que colectivice excesivamente al menor⁵⁹. La solución pasa por encontrar el equilibrio entre su dimensión individual y social⁶⁰, y ese criterio se encuentra en la acentuación de los principios personalistas por ser comunes tanto al hombre individual como al social⁶¹, teniendo siempre como principio axiológico la consideración del menor como un fin en sí mismo, dotado de una dignidad, que es oponible no solo frente al Estado, sino también frente a las demás personas

⁵⁷ A modo de ejemplo, (ya que casi toda la normativa autonómica de promoción y protección del menor se pronuncia en este sentido), la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana en su Preámbulo señala: "La Ley se enmarca en los diferentes contextos donde el niño y el adolescente se mueve, el escolar, el social, el institucional y el familiar, resaltando la importancia y papel de este último, al estar convencidos que la infancia no se entiende fuera de ese contexto, y que cuando se habla de los niños y de las niñas se está incluyendo siempre a la familia, así como cuando hablamos de familia estamos implícitamente hablando de infancia, principio rector que inspira todo plan de actuación del Consell. Prueba de ello son los dos Planes Integrales de Familia e Infancia de la Comunitat Valenciana, para los periodos 2002-2005 y 2007-2010, así como otros planes y demás documentos de planificación que en otros ámbitos competenciales, especialmente el escolar y el sanitario, se han dictado por La Generalitat".

⁵⁸ DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, (reimpresión de la edición de 1952), "*Ne confondons pas l'homme isolé, que n'existe pas, et l'homme individuel, que est une réalité. C'est l'homme individuel que este l'homme social, et il est individuel avant d'être social. (...) De même, la société n'existe pas en dehors des individus ni antérieurement à eux : groupement d'individus, ceux-ci en sont les unités composantes*", pág. 38.

⁵⁹ AUNE, A-C., *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2007, señala la vuelta hacia un sistema individualista existiendo "*à partir des années 1970, sous l'impulsion de la doctrine libérales, au passage d'une société collectiviste vers un système juridique français plus individualiste*", pág. 20.

A través de la técnica de controlar la adaptación de las normas al contenido y desarrollo de los derechos fundamentales del individuo, como delimitadores de su esfera personal e inalienable, puede contrarrestarse el efecto perverso de la tendencia a reivindicar que la titularidad de los derechos sociales pertenece al grupo, al colectivo o incluso al Estado y no al individuo, de tal forma que el derecho social se convertiría en un derecho de crédito del colectivo o del Estado frente al individuo, que solo podría acceder a él si se da una actitud positiva por parte del destinatario del derecho social.

⁶⁰ AÑON ROIG, M. J., porque como mantiene esta autora, los "seres humanos como individuos desarrollan su conciencia sobre las necesidades en un medio social dado y, gran parte de ellas se satisfacen a través de ese medio social, pero las necesidades no pueden reflejarse o articularse si no es desde el individuo", *Necesidades y derechos, un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 193.

⁶¹ MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 141.

privadas, principalmente cuando estas constituyen grupos con una capacidad de poder exorbitante⁶².

Así mismo, al actual concepto de persona del menor se ha incorporado el principio de igualdad formal, desde la promulgación de la Constitución española de 1987, todos los menores son iguales ante la ley, sin que quepa discriminación por razón de su nacimiento⁶³ o de otro tipo de consideraciones, y ello en virtud del principio de igualdad reconocido en su artículo 15, igualdad, que actualmente, es extensible a los menores extranjeros que residan en territorio nacional⁶⁴. Ello supuso, entre otras cuestiones, la superación del sistema jurídico anterior que negaba la igualdad formal a los hijos en razón de criterios de filiación matrimonial o no matrimonial^{65, 66} o adopción⁶⁷.

⁶² BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2002, pág. 57, señala con acierto que actualmente “que toda liberación verdadera demanda más, y no menos, «esfera pública» y «poder público». Ahora es la esfera pública la que necesita desesperadamente ser defendida contra la invasión de lo privado –paradójicamente, para ampliar la libertad individual, y no para cercenarla”.

⁶³ Dignidad que, afortunadamente, ya se predica desde el mismo momento de su nacimiento, el legislador eliminó también el segundo requisito exigido por el anterior artículo 30 del Código civil: el de la *figura humana, ya que era incompatible con el valor de la dignidad* de la persona, las malformaciones por muy acusadas que sean no pueden privar a un ser humano de su condición de persona, incluso aunque fuesen de tal magnitud que fuese incompatibles con la vida independiente, siempre que el ser humano pueda vivir separado del seno materno, aunque necesite asistencia técnica para mantener esa vida, será considerado persona.

⁶⁴ En relación con los menores extranjeros esta igualdad quedo señalada sin posibilidad de matices en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor.

⁶⁵ La Constitución española, 9 de diciembre de 1931, en su artículo 43 señalaba la igualdad formal de los hijos: “Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna”.

En la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919, en su artículo 121 “Las Leyes proporcionarán a los hijos ilegítimos las mismas condiciones para su desenvolvimiento corporal, espiritual y social que a los legítimos”.

⁶⁶ Esta igualdad de los hijos ha sido incorporada por, prácticamente, todos los ordenamientos jurídicos, *vid.* PORCELLI, M., “Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, v. XLII, abril-junio 2013, págs. 654-675, en relación con la reciente reforma del artículo 315 del Código civil italiano (Ley 219/2012, de 10 diciembre 2012), que supone la unificación del *status* jurídico de hijo, con el abandono definitivo de “hijo legítimo” e “hijo ilegítimo”, y señala que se trata de un primer paso en la necesaria reforma del ordenamiento jurídico italiano estableciéndose un diseño coherente con lo dispuesto en la Constitución italiana fundada en la centralidad de la persona humana, “*fondata sulla centralità della persona umana*”, pág. 675.

⁶⁷ *Vid.* Sentencia Tribunal Supremo 771/2014, de 12 de enero de 2015, realitativa a la no igualdad de los hijos adoptivos en la sucesión a los títulos nobiliarios, exigiéndose el requisito de consanguinidad en cuanto se sucede siempre al primer predeterminada por el título de concesión y la naturaleza.

Ahora bien, si el concepto de igualdad formal fue cuestionado casi desde su planteamiento, considerando ineludible el establecimiento de las condiciones económicas, sociales y las técnicas jurídicas precisas para que la igualdad fuese también material⁶⁸, en el caso de la persona del menor esto es aún más evidente, ya que, por su proceso bioevolutivo y su *status* legal, el menor de edad no puede actuar para poder alcanzar esas metas de igualdad material, es necesario que terceros establezcan esas condiciones, ya sea la familia en el ámbito privado, ya sea el Estado⁶⁹ proveyendo de aquellas estructuras, servicios y prestaciones⁷⁰ que hagan real la igualdad material⁷¹. Ello exige reconocer, en el contexto de un Estado social, la responsabilidad de los poderes públicos en la configuración de las condiciones que hagan efectiva esa dignidad⁷², el Estado está obligado a remover los obstáculos que impidan su realización y, en ese sentido, la legitimidad de este modelo de Estado se funda en el reconocimiento de la dignidad, entendida no ya como valor, sino como auténtico derecho subjetivo de la persona.

⁶⁸ VELA SÁNCHEZ, A., de este modo “decir que el Derecho civil es el Derecho de la persona no puede pretenderse hoy que quede satisfecho sin más por la formal extensión de su aplicación a todas las personas (...). Un Derecho civil que pretenda ser calificado hoy como justo no puede dejar de orientarse a la búsqueda de una igualdad material”, en “El carácter personalista del Derecho civil como eje de la juridificación de la vida afectiva”, *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Comares, Granada, 2009, pág. 304.

⁶⁹ HABERMAS, J., entiende que los derechos fundamentales clásicos, los que se identifican con la igualdad formal, “adquieren una valor igual- Rawls- para todos los ciudadanos únicamente cuando se complementan con derechos sociales y culturales”, *La Constitución de Europa*, Trotta, Valencia, 2012, pág. 20.

⁷⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 237/2007, de 7 de noviembre, en su fundamento jurídico 8 señala la responsabilidad de los poderes públicos en la igualdad de oportunidades, “de las disposiciones relativas a las becas y ayudas al estudio contenidas en la citada Ley orgánica 10/2002 (...) se desprende que el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de Estado social y democrático de derecho que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE)”. (FJ 8).

⁷¹ Artículo 10.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: “Los menores tiene derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto”; artículo 11.1: “... En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por la falta de recursos sociales básicos”.

⁷² PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, señala que se ha instaurado la idea de que “existe una obligación de reparar las consecuencias, que para las personas y para su dignidad” tiene la insatisfacción de las necesidades ineludibles, pág. 19.

Esta intervención de los poderes públicos supuso una orientación social del Derecho privado⁷³, del civil en concreto y, paralelamente, un aumento de la influencia del Derecho público en el ámbito privado de los individuos, lo que ha supuesto que se hable del desdibujamiento⁷⁴ del concepto de persona surgido de la codificación pero, hay que recordar que, en la actualidad, el Derecho público es, y así debe seguir siendo, fruto del proceso de racionalización del poder y, por lo tanto, se concibe como garantía de la libertad personal del ciudadano e instrumento esencial para la satisfacción de los intereses generales⁷⁵. El enfoque del Derecho administrativo coherente con un Estado social, democrático y de derecho, no puede ser otro que la centralidad de la persona, del ciudadano, superando modelos anteriores en los que la Administración ejercía su función configuradora y conformadora de la sociedad de manera unilateral⁷⁶. Prueba de ello, en nuestro caso, es la decisión del legislador de introducir determinadas instituciones públicas de protección del menor en el Código civil, a través del artículo del 172, que refleja la permeabilidad entre el Derecho público y el privado, uniendo ambas ramas jurídicas al servicio de la persona del menor.

⁷³ Vid., PERLINGIERI, P., "Por un Derecho civil constitucional español", *Anuario de Derecho civil*, v. 36, nº 1, 1983, págs. 1-16.

⁷⁴ PASCUAL QUINTANA, J. M., *En torno al concepto de Derecho civil*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1959, págs. 56, ya señalaba que "lo que a primera vista parece ser realidad este aserto, si penetramos en el fondo de la cuestión llegaremos a la conclusión de que no es tan grave el problema", y que la relación entre derecho público y Derecho privado no supone la desaparición del Derecho civil, lo que se modifica son las relaciones entre ambos cuerpos jurídicos.

⁷⁵ Conseil d'Etat francés en su *Rapport public L'intérêt général*, Etudes et documents nº 50, 1999, que entiende que el interés general es algo más que la suma de intereses particulares, que para su consecución el Estado no tiene más misión que el de árbitro, y reivindica que el interés general supone la existencia de una voluntad general superior a la de cada individuo por lo que legitima, y a la vez obliga, al Estado a mantener un mínimo de bienestar a todos los ciudadanos a través de actividad prestacional en ámbitos básicos, por lo que él es garante de una vida individual digna dentro de una sociedad cohesionada, pág. 353 y ss. Reivindicación con plena actualidad ya que la crisis económica esté sirviendo de excusa para el cuestionamiento del Estado social.

⁷⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Derecho administrativo español, Introducción al Derecho administrativo constitucional*, t. I, Netbiblo, A Coruña, 2008, pág. 137. La defensa del Derecho administrativo como garante de los derechos fundamentales y los económicos sociales, también la defiende este autor en el prólogo del libro colectivo *Libre mercado y protección ambiental. Interés y orientación ambiental de las actividades económicas*, SANZ LURRAGA, F. J., GARCÍA PEREZ, M., PERNAS GARCÍA, J.J., (dirs.), INAP, Madrid, 2013, pág. 27.

Por otro lado, en el planteamiento jurídico del menor se ha producido el reforzamiento de su esfera personal⁷⁷, tal y como señala el Tribunal Supremo la cuestión patrimonial debe estar subordinada al ámbito personal del menor⁷⁸.

En definitiva, la persona del menor en nuestro contexto normativo responde a los postulados de la Constitución de 1987 que obligó a redefinir⁷⁹ ese concepto al

⁷⁷ En palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, v. 35, nº 1, 1982, págs. 3-20, el autor considera que en esta evolución la patria potestad, sin abandonar la administración de los bienes de los hijos, está “volcada hacia la esfera estricta de la personalidad”, pág. 4.

IGLESIAS REDONDO, J. I., señala que tanto la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y, posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor “pretenden ser el perfecto cierre del sistema institucional clásico de protección del menor conocido por nuestro Código civil, en virtud de la realización de los derechos constitucionales de los que es titular el menor, en su condición de ciudadano. Esta pretensión exige situar en un primer plano las situaciones subjetivas personales de los menores y, por lo tanto, subordinar las situaciones puramente patrimoniales a las existenciales”, *Guarda asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 66.

En ese mismo sentido, en el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de adopción, se señalaba que a la figura del acogimiento familiar que incorporaba la Ley se la “procurará dotar de un contenido jurídico, de carácter esencialmente personal, a la relación que se crea entre el menor y la persona o personas a las que se le confía”.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho Tercero, 5, señala que “conviene dejar sentado que la prevalencia del interés superior del menor y el libre desarrollo de su personalidad adquiere especial relevancia cuando en el precontrato (pacto cuarto), que debería limitarse al ámbito de la formación, se incluye la cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando sea, en su caso, jugador profesional. *En este sentido, se tiene que tener en cuenta que el derecho a la imagen tiene un ámbito patrimonial, pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales, es de aquellos derechos más relevantes y trascendentes, ya que tiene por objeto alguno de los aspectos o elementos más esenciales de la persona en sí misma considerada. Por eso, como derecho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y podrá ser revocado en todo momento, pero además, cuando el derecho a la imagen afecta menores, el Ordenamiento Jurídico le otorga una relevancia mucho mayor, tal como se observa el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, y en él artículo 4 de la Ley Orgánica 1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor; por lo que la afectación al libre desarrollo de la personalidad del menor en el ámbito de los derechos de imagen y dentro de este ámbito de contratos predispuerto es, si cabe, mayor todavía*”. (la cursiva es del texto original).

⁷⁹ La existencia de la Constitución de 1978, como no podía ser de otro modo, ha incidido en todo el ordenamiento jurídico y por supuesto y, quizás en mayor medida, en el jurídico privado. Ello ha hecho plantearse a la doctrina temas polémicos, tales como la eficacia de la Constitución en la regulación de la relaciones entre particulares o el problema de la proliferación de leyes especiales como técnica para adaptar el Derecho civil a los postulados de la Constitución, BARBER CÁRCAMO, R., señala que la proliferación de leyes especiales “no constituye un efecto directo de la Constitución: dicha tendencia legislativa se inició con anterioridad a ella, aunque en sus años de aplicación ha resultado vivamente acentuada”, en “La constitución y el Derecho civil”, *REDUR*, nº 2, 2004, pág. 40. En relación con las relaciones entre el Derecho civil y la Constitución por su gran valor doctrinal *vid.* MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991; ARCE Y FLOREZ-VALDES, J., *El derecho civil constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid 1991; AUNE, A-C., *Le*

incorporar como esencia de la misma la dignidad^{80, 81}. En lo que atañe a la protección del menor por parte de los poderes públicos ha supuesto que estos deben asumir la función tuitiva no por su estado de minoridad⁸², que también, sino por ser un individuo que forma parte de un Estado que tiene establecido como valor supremo la dignidad de la persona⁸³ y, por tanto, está obligado a establecer los mecanismos jurídicos, sociales y económicos para afirmar la efectividad de esa dignidad⁸⁴,

phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille, resalta el papel de los Tribunales constitucionales nacionales y de los Tribunales Internacionales de derechos Humanos en la defensa de la persona individual y en la concreción de sus derechos inherentes así como en la defensa de la familia, reforzando la consagración de los derechos individuales contenidos en los Códigos civiles tradicionales: “*le point de départ d’une importante jurisprudence que conduit à une réelle «constitutionnalisation» du droit civil*”, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2007, pág. 21.

⁸⁰ Concepto que impregna todo el ámbito de protección del menor, así lo señala NIETO GARCÍA, Á. J., “La utilización de menores para la práctica de la mendicidad”, *Diario La Ley*, nº 7467, Sección Doctrina, 14 septiembre 2010, año XXXI, La Ley 4504/2010, refiriéndose al bien jurídico protegido por el artículo 232 del Código penal “la instrumentalización del menor para la obtención de dinero supone una lesión de la dignidad del menor que atenta directamente contra el régimen jurídico de los derechos y deberes familiares, circunstancia ésta que apoya su ubicación sistemática. O como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 29 de mayo 2002, con esta clase de delito se pone en peligro la formación del menor o incapaz, su derecho a la educación, pues el utilizarlos, prestarlos o traficar con ellos para la mendicidad supone tratarlos como objetos, no como personas, e incluso se llega a poner en peligro su propia salud e integridad física”.

Vid. GARCÍA CUADRADO, A. M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”, *Persona y Derecho*, v. 67, 2012/2, págs. 449-514.

La Comisión Europea en su Recomendación (2013/112/UE), “Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas”, (de 20 de febrero de 2013, Diario Oficial de la Unión Europea L 59/5, de 2 marzo 2013), dice que de acuerdo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 292, considera en su apartado 1 que “(E)l respeto de la dignidad humana es un valor fundamental de la Unión Europea, entre cuyos objetivos se encuentra fomentar el bienestar de sus ciudadanos; la Unión debe proteger los derechos de la infancia, luchar contra la exclusión social y la discriminación y promover la justicia y la protección sociales”.

⁸² BUZZELLI, S., “Il minori fonte di prova vulnerabile: Quadro giuridico e buone prassi europee”, *L’Indice penale*, año XI, nº I, enero-junio 2008, págs. 397-411, señala que se ha acentuado el hecho de que el menor goza de una protección especial, pero que no en el sentido de “una mini-persona con mini-diritti”, sino por su condición de vulnerabilidad.

⁸³ GARCIA DE ENTERRÍA, E., considera que los valores constitucionales constituyen “la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que debe presidir, por lo tanto, toda su interpretación y aplicación”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 98, idea que reitera el Tribunal Constitucional las sentencias 53/1985, de 11 de abril y 91/2000, de 30 de marzo, de : “la dignidad es un valor espiritual inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

⁸⁴ ADRIÁN BERMÚDEZ, F., “Precisiones iusfilosóficas a cerca del fundamento de los derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año II, nº 2, 2012, págs. 205-222, www.revistaidh.org, “la dignidad humana debe estar fundada en el carácter ontológico de la noción de persona, y este fundamento, será el único baluarte de respeto y reconocimiento serio y objetivo de los derechos humanos, que ya no dependerá de ninguna circunstancias política, coyuntura social o legislación positiva, sino en este concepto trascendente, como el más sólido fundamento de los

garantizando el libre desarrollo de la personalidad, garantía, que en relación con la persona del menor, se convierte en un auténtica obligación exigible jurídicamente.

3. LAS RELACIONES ENTRE LA AUTONOMÍA DEL MENOR Y LA PROTECCIÓN: DEL IMPERATIVO DE PROTECCIÓN A LA EMERGENCIA DE UNA AUTONOMÍA

Una de las cuestiones que plantea el concepto de la persona del menor, y que tiene gran relevancia jurídica, se refiere a la introducción del concepto de libertad, como sinónimo de autonomía de la voluntad.

Es obvio que la autonomía de la voluntad que se incorpora a los Códigos decimonónicos, entendida como la manifestación suprema de la libertad del individuo de decidir sobre sus relaciones jurídicas no se predicaba de la persona del menor. En cualquier caso, tampoco el concepto de autonomía de los Códigos originales mantiene actualmente ese significado⁸⁵, ya que esa formulación fue objeto de crítica desde principios del siglo pasado por sus nefastos efectos económicos y sociales, siendo necesaria la intervención del Estado dictando normas que limitasen la autonomía de la voluntad en aras al interés general.

El concepto de libertad en la esfera del menor está íntimamente conectado con el enfoque planteado por el artículo 5, en relación con el artículo 12, de la

derechos entendidos como fundamentales. De lo contrario, estaremos ante meros edictos de tolerancia revocables y no ante auténticos derechos humanos”, pág. 220.

⁸⁵ COLINA GAREA, R., “Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y la autonomía privada en el moderno concepto de derecho civil”, *AFDUDC*, nº 10, 2006, págs. 217-250, considera que si “la vigente concepción de la autonomía continuase identificándose con la noción liberal burguesa de la misma, no cabría duda alguna del ocaso o declive de la autonomía de la voluntad en general, porque, al efectuar la comparación se apreciaría claramente que aquel poder inicialmente ilimitado y omnímodo se habría reducido a la mínima expresión al estar circundado, totalmente asediado, agobiado y ahogado por una cantidad ingente de limitaciones. No obstante, el juicio comparativo no puede plantearse simplemente en términos de existencia-inexistencia o escasez- abundancia de restricciones a la libertad de actuación de los particulares, sino que necesariamente se debe tener presente que, al aparecer ahora las limitaciones como intrínsecas restricciones a un poder normalmente limitable desde su interior, lejos de haberse producido un mero cambio cuantitativo, ha tenido lugar una profundísima modificación cualitativa en la esencia de la autonomía privada, la cual delata el advenimiento de una nueva concepción radicalmente distinta de la misma”, págs. 217-218.

Convención de Derechos del Niño⁸⁶, que basa la capacidad de obrar del menor en el derecho a una autonomía progresiva⁸⁷, al entender que la realización efectiva de sus derechos se concreta en su participación directa en el libre desarrollo de su personalidad⁸⁸, enfoque recogido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁸⁹, que en su Exposición de Motivos señala una concepción de los menores “como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”⁹⁰, estableciendo como principio general que las “limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”^{91, 92}, planteamiento este coherente con el cambio

⁸⁶ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 30.3.2010 ES, Diario Oficial de la Unión Europea C 83/391 (2010/C 83/02) (Diario Oficial de la Unión Europea C 83/391, de 30 de marzo de 2010), en su artículo 24.1 contiene la misma idea: “Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”.

⁸⁷ Vid., STANZIONE, P., SCIANCALEPORE, G., *Minori e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milán, 2006, señalan el valor de la dignidad en la nueva concepción de la persona del menor y la influencia de este valor constitucional en la capacidad de decisión del menor en cuando alcance la madurez suficiente en del desarrollo de su personalidad.

⁸⁸ LANSLOW, G., *La evolución de la facultad del niño*, Centro de Investigación Innocenti-UNICEF, 2005, pág. 32, <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>, refleja esta tensión, y citando a Evatt, E., “*Children’s rights and the legal regulation of families*”, ponencia presentada en la Tercera Conferencia del Instituto Australiano de Estudios sobre la Familia, Ballarat, 1989, señala “se ha sostenido que la distinción entre la concepción de los niños como individuos dependientes que requieren protección y como individuos independientes que aspiran a la autonomía «tal vez sea el tema más difícil y controvertido en el ámbito de los derechos del niño»”.

⁸⁹ La Ley Orgánica 1/1996, le reconoce la titularidad del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la libertad ideológica, de conciencia y religión, y al derecho de asociación, y libertad de expresión y el derecho a ser oído pero no dicen nada respecto a su capacidad de ejercerlos por sí mismos, pero su capacidad para el ejercicio ya está contemplada con carácter general en el artículo 162 del Código Civil, que se refiere a los derechos de la personalidad, y en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en lo que respecta a dichos derechos.

⁹⁰ GURVITCH, G., ya expresó esta misma consideración de la persona desde una concepción del Estado social: es “un nuevo estadio de emancipación en virtud del cual el hombre -como productor, como consumidor, como individuo o como grupo- deja de ser un figurante en la vida jurídica para convertirse en un creador y un participante activo que hace valer su autonomía y su libertad”, *La déclaration des droits sociaux*, Vrin, París, 1947, pág. 47.

⁹¹ Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho tercero, 2: “Precisamente en esta línea de los Acuerdos Internacionales, como referentes en la interpretación de los derechos que recoge nuestra Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, (STC de 22 de diciembre de 2008, 176, 2008) cabe señalar la tendencia por mejorar la protección del menor junto a un mayor protagonismo de actuación por él mismo que claramente informa la redacción tanto de Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Reino de España el 30 noviembre 1990, como la Carta Europea de los Derechos

de paradigma sobre la limitación de obrar de cualquier individuo, porque, como señala MORANTE⁹³, la persona reflejada en el “Derecho civil no sería concebible sin un mínimo de independencia personal”, independencia que se predica de todas las personas, así la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹⁴, en su artículo 12, reconoce a estas capacidad jurídica, como no podía ser de otro modo, en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida así como la necesidad de adoptar las salvaguardas necesarias para su protección, teniendo en cuenta que esta instituciones no pueden anular la voluntad del

del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A 3-0172/92, (DOCE nº C241, de 21 de septiembre de 1992).

Heredera de este marco internacional, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, profundiza en esta tendencia hacia el desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos por el menor contemplando, entre otros extremos, la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, junto con la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (artículo 2); sin perjuicio del reforzamiento de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 4), o del reconocimiento expreso de los derechos de asociación y a ser oído (artículos 7 y 9, respectivamente”).

⁹³ MORANTE VALVERDE, A., se refiere a la incapacitación legal pero puede predicarse del menor, “Incapacidad y salud mental”, *Derecho de la Persona*, RAVELLAT BALLESTÉ, I., Bosch, Barcelona, 2011, pág. 160, y continua el autor afirmando que “los juristas, como custodios del derecho, tienen un deber vital en su guarda. Por ello, a todas luces, en el sistema de incapacitación y protección del incapaz, debe llevar a su culminación el enfoque del papel protector del Derecho civil sobre la persona humana. De esta manera, esa concreta regulación va a significar una valiosa garantía frente a la arbitrariedad”.

⁹⁴ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados el 13 de diciembre de 2006 hecho en Nueva York, (Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 96, de 21 de abril de 2008), en el artículo 12 “Igual reconocimiento como persona ante la ley”:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

discapacitado, debiendo graduarse sus funciones en función de la capacidad natural de la persona⁹⁵.

Aun siendo correcto este planteamiento, no excusa la inevitable tensión, no resuelta por el ordenamiento jurídico, entre la limitación de la capacidad de obrar del menor y el derecho a la autonomía progresiva, entre el derecho a ser protegido jurídicamente a través del contenido de la patria potestad o tutela y, en concreto la representación legal de los progenitores o del tutor y el derecho a decidir por sí mismo, de acuerdo con su grado de madurez⁹⁶. Tradicionalmente, los ordenamientos jurídicos han condicionado la concesión de la capacidad de ejercicio de un derecho al discernimiento del titular del mismo, a una aptitud personal que implica comprender las consecuencias de sus actos y asumir la responsabilidad que de ellos pudiese derivarse y, en general, esa capacidad jurídica ha dependido de un criterio general y predefinido, la edad, al presuponer que un individuo de una determinada edad ha adquirido las capacidades personales, la capacidad natural, que le permite actuar en la esfera jurídica por sí mismo⁹⁷. La cuestión que se plantea actualmente en relación con las personas que tienen restringida su capacidad de obrar, por su minoría o porque, siendo mayor de edad, sufre una alteración de sus facultades intelectuales, es hasta qué punto debe ser revisada la limitación objetiva de su capacidad de obrar establecida de manera rígida por el Derecho para dar entrada a la concesión de la capacidad de obrar en función de la capacidad natural del individuo⁹⁸.

⁹⁵ POUMARÈDE, J., "De l'enfant-objet a l'enfant sujet de droit: une tardie évolution", *Les Petites affiches*, 9 marzo, 2012, nº 50, págs. 13-16, considera que la protección del menor ha realizado progresos impensables a principio del siglo XX pero no ha ido paralela a su autonomía.

⁹⁶ Como señala BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2002, pág. 46 "existe una enorme y creciente brecha entre nuestra condición de individuos *de jure* y nuestras posibilidades de transformarnos en individuos *de facto* –o sea, de tomar el control de nuestra condición de individuos y hacer elecciones que verdaderamente deseamos hacer- (...) Esa brecha, sin embargo, no puede ser zanjada por el esfuerzo individual únicamente: no con los recursos y medios disponibles en las políticas de vida autogestionadas. Zanzar esa brecha es asunto de la Política con "P" mayúscula", en el caso del menor de edad esa brecha es un asunto de Derecho".

⁹⁷ CORNU, G., *L'art du droit en quête de sagesse*, Presses Universitaires de France, París, 1998, mantiene que, en el estado civil, los límites establecidos por la ley en función de la edad marcan el final de una incapacidad nunca el principio, constituyendo la mayoría de edad una madurez de espíritu presunta "la majorité est une maturité d'esprit présumée", págs. 50-52.

⁹⁸ *Vid.*, BETAILLOLE-GONTHIER, F., "La capacité naturelle", Tesis presentada el 6 de enero de 1999, Universidad Montesquieu-Bordeaux IV, mantiene que la constante incidencia de la capacidad

No cabe duda de que, en aras a su protección jurídica, es necesario mantener ciertas limitaciones a su capacidad de obrar y arbitrar instituciones para complementar la misma, pero si se entiende que la capacidad para ejercer válidamente sus derechos debe concederse al menor en función de su grado de discernimiento y, a la vez, se debe mantener unas instituciones de protección necesarias hasta que finalice su desarrollo, la consecuencia lógica es que la obligación de protección de estas deberá ser inversamente proporcional⁹⁹ a la evolución de su grado de madurez¹⁰⁰. Por otro lado, es un error considerar que la minoría de edad sea monolítica¹⁰¹, y que el derecho positivo la contemple como un todo homogéneo¹⁰².

Esta tensión es recogida por el Tribunal Constitucional, señalando que el hecho de que los menores no tengan plena capacidad de obrar y, por lo tanto, tengan limitado el ejercicio de los derechos de los cuales son titulares, no implica que el ejercicio de los mismos y “la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la

natural sobre la capacidad de obrar no debe sorprender ni es criticable, por lo que es legítimo que el legislador se asegure de la capacidad natural de cada uno para ejercer las prerrogativas que la persona considere necesarias para preservar su persona y sus bienes, por lo que la capacidad natural es una noción de hecho que no ejerce más influencia sobre la capacidad de obrar que la que el Derecho le quiera otorgar, págs. 408-409.

⁹⁹ Sentencia Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho tercero, 3: “De lo hasta aquí vertido se desprende que el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años. (Artículo 162.1º del Código Civil)”.

¹⁰⁰ LANSLOW, G., *La evolución de la facultad del niño*, Centro de Investigación Innocenti-UNICEF, 2005, pág. 10, <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>

¹⁰¹ BUFFELAN-LANORE, Y., LARRIBAU-TERNEYRE, V., *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, París, 2013, señalan las distintas etapas, que a su entender, se dan durante la minoría de edad, *l'infans* niño tan pequeño que carece de discernimiento, sin que esa edad se predetermine, el *mineur capable de discernement*, sin que esta capacidad de discernimiento esté relacionada con una edad determinada, pudiendo variar, y que tendría alguna consecuencia jurídica como el derecho a ser oído en aquellas decisiones que le atañen, el *grand adolescent* o *grand mineur*, que puede identificarse entre los 14 y los 18 años, al cual debe reconocérsele cierta capacidad de obrar en virtud de su capacidad natural, pág. 478.

¹⁰² CORNU, G., *L'art du droit en quête de sagesse*, Presses Universitaires de France, París, 1998, pág. 55.

madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”^{103, 104}.

Cuestión distinta es como armonizar legalmente la obligación de las instituciones de protección, en nuestro caso padres y tutores¹⁰⁵, de ejercer las funciones tuitivas, funciones que son indisponibles, y la progresiva autonomía de obrar del menor¹⁰⁶. Esto depende de la técnica escogida por el legislador para plasmar este estado de cosas, ya que puede optar por un sistema rígido, en el que primará la seguridad jurídica, señalando distintos límites cronológicos fijos para el ejercicio por sí mismo de sus derechos, bien un sistema abierto, que supondría que todo el ámbito jurídico del menor esté supeditado a su capacidad natural¹⁰⁷ para ejercer sus derechos ya que, de acuerdo con la doctrina, las capacidades evolutivas del menor de edad suponen un proceso dinámico, que cursa de manera diferente en cada persona, por lo que no sería correcto señalar edades concretas para poder ejercer determinados derechos, dado que no todas las personas alcanza el mismo nivel de madurez en una fecha determinada¹⁰⁸, planteamiento que conlleva a una

¹⁰³ Sentencia Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo de 2000, Fundamento jurídico 5.

¹⁰⁴ En ese mismo sentido, MORACCHINI-ZEIDENBERG, S., “L’acte personnel de la personne vulnérable”, *RTSciv.*, janvier-mars, nº 1, 2012, págs. 21-32, que señala que en relación con la capacidad natural, la comparación entre el régimen aplicable a los menores y el aplicable a los mayores protegidos revela una semejanza desconcertante, las soluciones son idénticas cuando se trata de actos de gran trascendencia, pero sigue sin resolverse para los actos de la vida cotidiana, pág. 26.

¹⁰⁵ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “El sistema tutelar”, capítulo 17, Curso de Derecho civil IV. Familia y sucesiones, SÁNCHEZ CALERO, F. J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2009, señala que “la tutela origina entre el tutor y el tutelado una relación jurídica muy similar a la que se establece entre padres e hijos”, y por lo tanto con “la tutela se extiende a la guarda de la persona y de los bienes del tutelado, confiriendo al tutor potestades de representación que siempre ha de ejercitarse en beneficio de aquél”, pág. 302.

¹⁰⁶ En ese mismo sentido, DE MEO, R., “La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, v. XLI, enero-marzo, 2012, pág. 466

¹⁰⁷ En este sentido, por ejemplo, la Ley holandesa *Toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, (Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio), promulgada por el Parlamento holandés el 1 de abril de 2002, y en vigor desde el 1 de abril de 2002, recoge en su artículo 3, sección 2, la capacidad completa de los menores mayores de 16 años para solicitar de manera formal dicha asistencia, cuando reúna los requisitos establecidos por la Ley, debiendo estar los que ostenten la representación legal informados del procedimiento. Así mismo, la Ley contempla la capacidad del menor, con edad comprendida entre los 12 a los 16, para solicitar la asistencia a morir pero en este caso queda condicionada a que los responsables jurídicos del menor den su consentimiento a la petición personal del menor.

¹⁰⁸ BRACONNIER, A., “La adolescencia hoy: ¿El fin del desarrollo?”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, 2010, nº 49, 39-47, “a lo largo de estos cinco últimos decenios el paso de la adolescencia a la edad adulta se ha ido prolongando y que los criterios más significativos y claros de tal paso se han ido difuminando progresivamente. Nos encontramos

situación insostenible por su inseguridad jurídica, ineficacia e ineficiencia, ya que el órgano competente, jueces o Administración pública, debería determinar en cada caso concreto y en relación con cada uno de sus derecho o intereses legítimos que ese menor quiera ejercitar la capacidad natural del mismo, y por otro lado, la prueba de la capacidad natural de un menor para ejercer un acto jurídico concreto no supone que pueda reconocérsele capacidad de obrar para otros ámbitos de su esfera jurídica.

En nuestro sistema jurídico se ha establecido ese sistema mixto, señalándose límites cronológicos para el ejercicio de determinados derechos¹⁰⁹ o supeditando el ejercicio de otros¹¹⁰ de acuerdo con su grado de discernimiento¹¹¹, en este último supuesto se plantea la dicotomía entre la seguridad jurídica que aporta establecer guarismos y la inseguridad que supone determinar, cuando la norma se remita a la

lejos de los famosos ritos de paso que marcaban las ceremonias de iniciación que le permitían pasar al adolescente al estatus de adulto, más o menos rápidamente y en edades diferentes, dependiendo de las culturas, aunque siempre de forma identificable por el cuerpo social en su conjunto. Hoy en día, precisar desde el punto de vista sociológico la edad del final de la adolescencia resulta muy aleatorio”, pág. 40, preguntándose “¿Qué hay por tanto del final de la adolescencia? Estos cambios sociológicos afectan tanto al cerebro como a la vida emocional y a la relación consigo mismo y con los demás, tanto en los comportamientos más aparentes como en la personalidad profunda”, pág. 42.

¹⁰⁹ Por ejemplo, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en su artículo 13, párrafo primero señala que podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

¹¹⁰ Artículo 162. 1º del Código civil exceptúa de la representación de los progenitores los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; el menor mayor de 12 años deberá consentir la adopción (177.1 del Código civil) o el acogimiento familiar (artículo 173.2 del Código civil); Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su artículo 3, c señala los 16 años para que el menor de su consentimiento directamente; Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 13, cuarto: “En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”, aunque deberá informarse al menos a uno de los progenitores con patria potestad, pero se “prescindirá de esta información cuando la menor alegue y fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”; etc.

¹¹¹ RAYMOND, G., BARRETEAU-RAYMOND, C., (colab.), *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, París, 2003, en relación con el Derecho francés y el criterio de discernimiento para otorgar al menor capacidad de obrar de acuerdo con su edad particular, señala que el artículo 371-1 del Code civil está planteado más como el enunciado de un deseo que como exigencia de la Ley, para el autor dicho artículo contempla más un principio pedagógico o educativo que un principio jurídico, pág. 48 (epígrafe 63).

capacidad natural del menor, si tiene o no capacidad de obrar¹¹², determinación que queda al arbitrio de un órgano público¹¹³.

Atendiendo a la regulación de esta cuestión en el Código civil, se constata que no ha sido resuelta de manera integral, aunque sí de manera sectorial, en este sentido, el artículo 162 del Código civil señala que los progenitores no ejercerán la representación legal de sus hijos menores no emancipados en “los actos relativos a los derechos de la personalidad¹¹⁴,¹¹⁵ u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y

¹¹² MORACCHINI-ZEIDENBERG S., “L'acte personnel de la personne vulnérable”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, año 2012, nº 1, págs. 21-32 considera positivo la introducción de la capacidad natural en el ámbito de los menores, a través de la actual redacción del artículo 458 del Code civil, porque ello permite dar una respuesta individualizada a cada menor. La capacidad natural supone que se le reconoce al menor una esfera estrictamente personal, exenta de representación o de asistencia, son actos que forman parte de la autonomía concedida a los menores, pero también la autora se plantea que admitir la capacidad natural conlleva a judicializarla, es necesario determinar, en cada situación en la que se encuentre un menor concreto, cuál es su capacidad natural real, lo que puede suponer inseguridad jurídica en relación a la asunción de la responsabilidad del acto de los considerados personalísimos realizado por el menor siendo, produciéndose la tensión entre la necesidad de conciliar la autonomía del menor y su necesaria protección.

¹¹³ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., ¿Menores de edad? ¿hasta cuándo?, *El notario del siglo XXI*, enero-febrero 2013, nº 47, señala a este respecto: “La ampliación de la autonomía de los menores ha sido una constante con velocidad creciente en los últimos años. Hasta el punto de que hoy se puede afirmar que la situación es claramente favorable a la autonomía de los menores.

Ahora bien, ante un acto concreto ¿cómo se determina la capacidad de los menores? Desde siempre, la respuesta a esta pregunta ha gravitado entre dos polos de signo opuesto. Se debe reconocer al menor la máxima capacidad de obrar, pero al mismo tiempo es necesario protegerle y, para esto, hay que limitar su capacidad. Las restricciones de capacidad sólo están justificadas cuando protegen el interés del menor. Conseguir el equilibrio entre estas dos fuerzas centrífugas es el reto que se presenta cuando se trata de resolver un problema de capacidad de menores. La pauta que asegura el acierto es el grado de madurez de la persona. Así entendida, la cuestión se trasladaría hacia el estudio de cada caso.

Esta solución ideal no resulta, sin embargo, completamente satisfactoria. La dificultad que se presenta es que el grado de madurez es un componente evolutivo de la personalidad condicionado por múltiples factores, que dependen de cada sujeto. Es difícil de precisar, más aún a falta de conocimientos técnicos”.

¹¹⁴ Vid., entre otros, HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, 2009, nº. 20; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; SANTOS MORÓN, M. J., “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, en *AFDUAM* 15 (2011), págs. 63-93.

¹¹⁵ Sin embargo, en relación a los derechos a la intimidad, honor y la propia imagen, el Tribunal Supremo se cuestiona la capacidad de un menor de 17 años para consentir la intromisión, en su sentencia 818/2013, 17 de diciembre de 2013, Fundamento de Derecho tercero “Como ha quedado expuesto en el tercer fundamento de esta resolución, cuando en la cuestión objeto de un recurso están afectados menores, siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el art. 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de estos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico (...). En materia de menores no caben los consentimientos genéricos o

con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”, y en el caso de la celebración de “contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviese suficiente juicio”¹¹⁶, así como en las limitaciones a la obligación de administrar los bienes del menor del artículo 164 y ss. del Código civil.

Pero el legislador sigue sin abordar la necesaria acomodación de la regla de la capacidad de obrar progresiva¹¹⁷, acentuándose la dicotomía entre la cada vez más reconocida capacidad del menor en el ámbito personal y la regulación legal de su incapacidad en aspectos patrimoniales, quizás por las consecuencias financieras de sus actos y los riesgos en los que puede incurrir¹¹⁸, así la incapacidad contractual del menor, (1263.1º del Código civil^{119, 120}), o su limitación para realizar otros actos patrimoniales¹²¹, o no ha previsto las repercusiones que esta autonomía progresiva en la toma de decisiones puedan tener en el sistema actual de responsabilidad civil de los artículo 1902 y 1903-2º y 3º párrafo- del Código civil^{122, 123}. Aunque hay que

generalizados, supuestamente otorgados a un titular, en este caso, al medio televisivo, para que libremente disponga de él cuando le plazca o convenga, sino que cada acto exige un nuevo consentimiento, es decir, contestar las preguntas de una reportera de televisión no puede presuponer el consentimiento expreso a la emisión de la entrevista en un programa televisivo. Y no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor, cuando contesta las preguntas de una entrevista al ser abordado en el gimnasio del hospital en el que se recupera de sus lesiones, pueda ser válidamente aceptado a estos efectos en ningún caso. La no oposición, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento expreso”.

¹¹⁶ Sentencia de 22 octubre 1891, tomada de *Código civil español anotado*, dirigido por GOICOHEA, A., Ediciones Góngora, Madrid, 1950: “El que ejerza la patria potestad no puede renunciar a la administración de los bienes, pues ésta se considera establecida en beneficio de los menores”

¹¹⁷ RAYMOND, G., BARRETEAU-RAYMOND, C., (colab.), *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, París, 2003, señala que “el derecho francés contempla un sistema de acceso progresivo a la mayoría de edad, pero no contiene en realidad, la noción de adolescente como categoría jurídica” y considera que sería conveniente crear un régimen jurídico especial aplicable a los adolescentes, un estatuto de la adolescencia, pag. 47 (épigraphe 60), pero el mismo autor, en su página 60 (85) se contesta a sí mismo señalando la imposibilidad de definir un estatuto jurídico.

¹¹⁸ En ese sentido, GOUTTENOIRE, A., “La capacité usuelle du mineur”, *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, París 2012, págs. 163 y ss.

¹¹⁹ En relación con el artículo, los artículos 1.300, 1.301, 1302 y 1.304 del Código civil.

¹²⁰ Vid. ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., QUESADA SÁNCHEZ, A. J., “Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática”, *Diario La Ley*, año XXVIII, nº 6639, 29 de enero de 2007.

¹²¹ El artículo 406 sobre la imposibilidad de solicitar la división de la cosa común, el artículo 992 sobre la imposibilidad de aceptar la herencia, el artículo 1052 que señala la imposibilidad de pedir su división, o el artículo 1708, sobre la disolución de la sociedad.

¹²² SANTOS MORÓN, M. J., “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *AFDUAM* 15 (2011), págs. 63-93, pág. 90: “Como se sabe el artículo 1903.2 CC declara la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos cometidos por menores de edad. Sin embargo,

tener en cuenta que el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹²⁴, modifica el artículo 1263, que amplía la capacidad de obrar de los menores emancipados para realizar los contratos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales¹²⁵.

En lo que atañe a este contexto, tampoco se ha resuelto de una manera clara la capacidad procesal del menor^{126, 127} en el ámbito de la jurisdicción civil¹²⁸, cuestión

la responsabilidad de los padres ex artículo 1903 CC no excluye la responsabilidad de los hijos. El menor puede ser civilmente imputable, es decir, puede tener «capacidad de culpa» –si tiene discernimiento y madurez suficientes para ser consciente de su propia actuación y de sus posibles resultados– y en tal caso deberá responder conforme a lo establecido en el artículo 1902 CC, aunque existirá, además, responsabilidad de sus padres conforme al artículo 1903 CC”; ABRIL CAMPOY, J. M., “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 675, enero-febrero, 2003, págs. 11-54, resalta la incongruencia de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considere “irrelevante e intrascendente la facultad de discernimiento del menor en relación con la responsabilidad de los progenitores”, cuando el legislador “se decanta claramente por atribuir una mayor preponderancia a las posibilidades de actuación del menor”, tratando de encontrar la razón a esa falta de concordancia en la necesidad de proteger a la víctima por insolvencia del menor, pero ello no justifica la postura doctrinal del Tribunal, pág. 8.

¹²³ Vid. PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010, defiende la idea de que cabe la exoneración de la responsabilidad de los progenitores de acuerdo con el 1903 de Código civil, y que por Ley se establezca la responsabilidad subsidiaria del Estado para los casos en que se les haya exonerado por haber empleado la diligencia debida, pág. 18.

¹²⁴ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹²⁵ El artículo 1263 quedaría redactado de la siguiente manera: “No pueden prestar consentimiento:

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”

Así mismo, se modifica el artículo 1264, cuya redacción propuesta es: “Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer”.

¹²⁶ Indudablemente y de acuerdo con el artículo 6.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se les reconoce capacidad para ser parte en el proceso, condición que se reconoce a toda persona física desde su nacimiento, incluso la actual Ley de Enjuiciamiento ha reconocido capacidad para ser parte al natus para todos los efectos que le sean favorables, (artículo 6.1.2º).

¹²⁷ El artículo 9.1, 2º párr. de la Ley Orgánica 1/1996, se limita a decir que “en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad”.

¹²⁸ La Convención Europea para el ejercicio de los derechos de los niños, hecha en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, (Consejo de Europa), señala algunos de los derechos procesales básicos que afectan a los menores de edad: el derecho a ser informados y a expresar su opinión en los procesos,

ésta que es, cuanto menos, incoherente en relación a la protección pública de menores¹²⁹, ya que estos sí tienen reconocida capacidad de obrar ante la Administración pública para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo¹³⁰ y, consecuentemente, se les reconoce capacidad procesal ante la jurisdicción contenciosa-administrativa para la defensa de esos derechos e intereses¹³¹, sin necesidad en ambos casos de asistencia de los progenitores con patria potestad, tutor o curador, y esa incoherencia radica en que las resoluciones administrativas que señalan medidas de protección sobre un menor, ya sea en el marco del artículo 172 del Código civil o en las medidas específicas de protección que establecen las normativas de las Comunidades Autónomas, solo son revisables ante la jurisdicción civil¹³².

La jurisprudencia ha tratado cuestión, así el Tribunal Constitucional señala que “la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio *pro*

el derecho a que le sea designado un representante especial y a ser asistido por una persona adecuada de su elección para expresar sus opiniones. Y como garantía de los menores en los procesos que les afecten se establece que la autoridad judicial podrá actuar de oficio, y en todo caso extremará su diligencia.

¹²⁹ Hay que recordar que en el artículo 46 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, ya se determinaba la capacidad del menor para apelar a determinadas decisiones del Tribunal, “la apelación podrá interponerse por el representante legal del menor, o por éste mismo, si careciese de él”, apelación que se refiere a los acuerdos del artículo 45: “En los procedimientos de corrección y protección de menores y salvo lo que se dispone en el artículo siguiente, únicamente se considerarán apelables los acuerdos que de modo explícito se suspenda el derecho de guarda y educación del menor, los que limiten ese derecho ordenando internar al expresado menor en un Establecimiento o entregarlo a otra persona, familia o Sociedad tutelar, y los que impongan la restricción de nombramiento de un Delegado (...)”.

¹³⁰ En el ámbito administrativo, el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, dispone que: “Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos 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. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”.

¹³¹ El artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, señala que tienen capacidad procesal “los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”.

¹³² DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, pág. 98.

actione, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia. Entre esos intereses está, sin duda, y como ya se expuso anteriormente, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal”¹³³.

¹³³ Aunque reconoce que no se ha pronunciado específicamente sobre la capacidad procesal de los menores para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal, sentencia del Tribunal Constitucional 183/2008, de 22 diciembre, Fundamento Jurídico nº 5.

En esa misma línea el Tribunal Supremo en su sentencia 74/2008, de 30 de enero, Fundamento de Derecho tercero, reconoce la capacidad procesal de una menor: “los menores de edad tienen indiscutiblemente capacidad para ser parte en el proceso, en tanto que son titulares de derechos y obligaciones, por más que para ejercitarlos dentro del mismo deban hacerlo por medio de sus representantes o necesiten de la asistencia e terceras personas, según los casos, la distinción entre capacidad para ser parte, capacidad procesal y la condición de parte procesal legítima, se encuentra nítidamente recogida en los artículos 6, 7 y 10 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La comparecencia en juicio se reserva a quienes se hallan en el pleno ejercicio de sus derechos civiles artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y artículo 7.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, lo que no cabe predicar de los menores de edad no emancipados, de conformidad con lo dispuesto en el artículos 315 y 322 del Código Civil, en relación con el artículo 12 de la Constitución, regla, que ciertamente, encuentra su excepción, fuera del derecho común, en el artículo 5.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de aplicación indiscutida al caso examinada, dada la vecindad civil de la menor, que extiende la capacidad del menor, mayor de catorce años, para realizar válidamente cualquier acto o contrato con la asistencia de cualquiera de sus padres, tutores o de la Junta de Parientes. (...) La capacidad para ser parte, por tanto, residía en la menor de edad, en cuanto persona física, titular, por ello, de derechos y obligaciones; la comparecencia en juicio, dada su minoría de edad, se hizo contando con la representación de su madre, en tanto que ostentaba la representación legal de la menor, quien, en definitiva, debía ser considerada como parte procesal legítima, al ser titular de la relación jurídica y haber comparecido en juicio como tal con la debida representación, anudándose a ella todas las consecuencias derivadas del proceso. Al haberlo considerado así la sentencia recurrida, no ha infringido norma de procedimiento alguna, y su decisión, por encima de la estricta liberalidad de los términos de su fundamentación, es ajustada a derecho”.

Así mismo la sentencia del Tribunal Supremo 823/2006, de 1 de septiembre de 2006, en su Fundamento de Derecho segundo: “la regulación de la minoría de edad, en cuanto mera limitación de la capacidad de obrar, se basa en la existencia de dicha capacidad y en la necesidad de integrarla para proteger al menor, lo que justifica que el Juzgado de Primera Instancia declarase que, por haber sido la demanda válidamente admitida, no era necesario, a tales efectos, repetir su interposición, pese a

Otra cuestión que pone en evidencia la difícil relación entre la capacidad de obrar del menor y su derecho a ser protegido, es la planteada cuando una norma le atribuye capacidad de obrar directa pero se considera legítimo limitar¹³⁴ su ejercicio cuando la actividad que el menor despliegue en el ejercicio de su derecho es considerado contrario a su interés^{135, 136}.

que en ella constaba que quien aparecía como demandante era la menor, y no sus padres, que, al personarse en las actuaciones, aceptaron ex post como propia la actuación de su hija”.

Y más recientemente, Sentencia del Tribunal Supremo 74/2008, de 30 de enero reconoce a una menor capacidad para ejercitar una acción de protección del honor y de la intimidad pero en virtud de su vecindad civil aragonesa, pero en general, el Tribunal en su Fundamento de Derecho tercero dispone que “los menores de edad tienen indiscutiblemente capacidad para ser parte en el proceso, en tanto que son titulares de derechos y obligaciones, por más que para ejercerlos dentro del mismo deban hacerlo por medio de sus representantes o necesiten de la asistencia e terceras personas, según los casos, la distinción entre capacidad para ser parte, capacidad procesal y la condición de parte procesal legítima, se encuentra nítidamente recogida en los artículos 6, 7 y 10 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La comparecencia en juicio se reserva a quienes se hallan en el pleno ejercicio de sus derechos civiles artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y artículo 7.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, lo que no cabe predicar de los menores de edad no emancipados, de conformidad con lo dispuesto en el artículos 315 y 322 del Código Civil, en relación con el artículo 12 de la Constitución”.

¹³⁴ RUIZ MIGUEL, C., señalaba con acierto que el “cuidado y la educación de niño imponen o autorizan a imponer varias restricciones en la libertad del niño, por lo que este debe plegarse a ciertas reglas que limiten su libertad de movimientos o de otro tipo”, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, pág. 40. Con posterioridad al considerar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, el interés del menor como base de toda su estatuto jurídico, este principio va a graduar la libertad del menor.

¹³⁵ En este sentido, y teniendo en cuenta la naturaleza de complementariedad de una Circular, ya que no constituye fuente del Derecho, la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, mantiene “(L)a irrelevancia legalmente establecida del consentimiento en relación con estos tratamientos e intervenciones -sólo justificada en el interés superior que representan los derechos a la vida y la salud- obliga a descartar con mayor motivo la voluntad del menor, incluso el menor maduro y el mayor de 16 años respecto del rechazo de tratamientos médicos de carácter vital (...). Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto”.

¹³⁶ Circular 1/2012, de 3 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave: “Igualmente, la salvaguarda del superior interés del menor impondrá restricciones a la capacidad de los menores emancipados, mayores de 16 años y menores maduros en relación con decisiones que en el ámbito médico sanitario comporten el mismo riesgo grave. Esta conclusión se desprende en primer lugar de la cláusula contenida en el inciso último del art. 9.3 c) *in fine* de la LAP que se ha analizado más arriba y de la que se deduce que cuando el facultativo aprecia situaciones de “riesgo grave”, excluido el consentimiento por representación, debe “tomarse una decisión” tras informar y oír a los padres del menor, “teniendo en cuenta su opinión”.

Cuestión distinta es si hay que reformular el concepto actual de estado civil, y avanzar hacia un nuevo estado civil de la minoridad¹³⁷, adaptada a la nueva concepción de la capacidad de obrar¹³⁸ del menor, que resuelva la tensión entre seguridad jurídica y el hecho incontestable de que el menor no es una realidad estática, inamovible, es una realidad humana en constante evolución, hasta llegar a la mayoría de edad, momento en la cual alcanzará la plena capacidad jurídica, convirtiéndose en una persona con independencia jurídica. Esta evolución no puede ser desconocida y obviada por el ordenamiento jurídico, no puede ser contemplado jurídicamente de manera monolítica durante toda la minoría¹³⁹, y de eso es

La oscuridad de la dicción legal del art. 9.3 c) en este punto queda compensada por la claridad con la que el legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles. En este sentido, cabe recordar varias disposiciones legales: El art. 143 CP niega la validez del consentimiento de los menores de 18 años para configurar el subtipo atenuado de auxilio al suicidio en casos de "eutanasia directa". El art. 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad para excluir la antijuricidad de las lesiones en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones. El art. 4 de la Ley 30/1979 sobre *trasplantes de órganos*, en relación con el 155 del CP, prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de órganos. El art. 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre sobre *normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*, prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos excepcionales y expresamente recogidos. El art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de *reproducción asistida* en relación con el 161 CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad. En general, el art. 6.1 del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente".

¹³⁷ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., ¿Menores de edad? ¿hasta cuándo?, *El notario del siglo XXI*, enero-febrero 2013, nº 47, mantiene que "(E)n una situación de tendencia generalizada a la reducción de la edad ¿no habrá llegado el momento de ampliar con carácter general la capacidad de los menores de edad? La respuesta afirmativa se impone".

¹³⁸ PLAZA PENADÉS, J., "El derecho de protección de datos de los menores en la Comunitat Valenciana", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, número 4, 2º semestre, 2008, señala que en la normativa actual se pone "de manifiesto, en general, la disparidad de criterios normativos existentes en el Ordenamiento Jurídico español a la hora de regular la capacidad de obra y la manifestación de consentimientos del menor".

¹³⁹ BONNIE, R. J., JOHNSON, R. L., CHENNERS, B. M., SCHUCK, J., *Reforming juvenile justice, A Developmental Approach*, National Research Council of academies press, 2013, Notes de lecture de YOUF, D., *Sociétés et jeunesses en difficulté*, nº 13, Printemps 2012, en su párrafo 4 señalan que las investigaciones empíricas de las ciencias del comportamiento demuestran que el adolescente difiere de los adultos y de los niños: "Les adolescents manquent encore de maturité pour autoréguler leurs comportements dans des contextes chargés d'émotion. Ils sont plus sensibles que les adultes aux influences des pairs ainsi qu'aux motivations immédiates. Enfin, les adolescents ont une capacité moindre à prendre des décisions en se projetant dans l'avenir". Y en el párrafo 9 "On ne peut assimiler l'adolescent à l'enfant. L'adolescence a des compétences cognitives qui lui permettent d'accéder à la responsabilité. Il ne peut pourtant être assimilé à l'adulte dans la mesure où sa responsabilité est en construction. Cette responsabilité est atténuée".

consciente tanto el legislador como la doctrina¹⁴⁰, de hecho, las normativas contemplan la posibilidad de actuación jurídica directa del menor en ámbitos diversos.

Esta ampliación de la capacidad jurídica del menor lleva a CARBONNIER¹⁴¹ a preguntarse si la institución de las incapacidades no está llamada a desaparecer, y en ese sentido, se comienza a sentir la necesidad de reformar el estatuto jurídico del menor¹⁴², no es este el lugar para realizar un estudio sobre aquellos derechos reconocidos a la persona del menor y que las leyes nacionales o internacionales le permiten ejercer por sí mismo, pero si hacer constar que este reconocimiento de la capacidad de obrar constituyen tantas excepciones a la regla general de la falta de capacidad de obrar que debería plantearse una nueva institución sobre el estado civil de la persona del menor, un nuevo estatus jurídico de la minoría de edad, lo que la doctrina francesa denomina “*statut légal de prémajorité*”¹⁴³, ya que en esta nueva concepción de la protección dispensada por su minoría de edad la salvaguarda de sus intereses no siempre coincide con una incapacitación del ejercicio de sus derechos¹⁴⁴

La posible redefinición del estado civil de la minoridad afectaría a la actual configuración de las instituciones que tienen la obligación de asumir su protección, estableciendo de manera precisa los límites de las potestades atribuidas a estas

¹⁴⁰ En Argentina la Ley 26.579, 21 de diciembre 2009, modifica determinados artículo del Código Civil, artículo 126: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años. Artículo 127: Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos”. Y el artículo 128: “Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los DIECIOCHO (18) años”.

¹⁴¹ CARBONNIER, J., *Droit civil, Introduction: les personnes, la famille, l'enfant et la couple*, se pregunta si “(L’)institution même des incapacités n’est-elle-pas appelée à disparaître?”, PUF, coll. Quadrige, 2004, pág. 553.

¹⁴² GARCÍA RUBIO, M. P., “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 14, 2013, págs. 82-109, el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor está actualmente disperso en leyes sectoriales, careciendo de un criterio uniforme, y ello le lleva a la autora a decir que “todo este rosario de leyes dispersa, no siempre coherentes, pone en evidencia la necesidad (...) de unificar criterios sobre la capacidad y colocarlos en la sede legal más general y estable, esto es el Código civil”, pág. 96.

¹⁴³ ROQUE, J., “La prémajorité”, *Droit de la famille*, nº 4, avril 2009, étude 20, págs. 5 y ss.

¹⁴⁴ JULIENNE, F., “Le mineur, acteur de la vie économique?- (á propos de la loi du 15 juin 2010)”, *Droit de la famille* nº 11, noviembre 2010, étude 31, pág. 1, pero también plantea en esta artículo las incertidumbres que plantea la ley en relación con los actos que realmente puede realizar el menor por sí sólo.

instituciones en coherencia con el respeto a la autonomía del menor y a su capacidad de dirigir aspectos de su vida.

4. PATRIA POTESTAD-RESPONSABILIDAD PARENTAL: LA INJERENCIA DE TERCEROS EN SU EJERCICIO Y SU HUIDA DEL DERECHO.

Una cuestión que ha influido de manera determinante en el modelo actual de protección de los menores es la concepción de la familia y la configuración de la relación jurídica de filiación¹⁴⁵, a través de la cual acceden a la patria potestad aquellos progenitores que el ordenamiento jurídico permite por reunir los requisitos exigidos por el legislador^{146, 147}.

Es indudable que la combinación progenitores e hijos menores constituye la esencia de lo que denominamos familia^{148, 149} como realidad prejurídica que no

¹⁴⁵ BATTEUR, A., LARRALDE, J. M., "La liberté de ne pas être mère: l'accouchement sous X", *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (direc.), L.G.D.J., París, 2012, consideran que el derecho de filiación no es sólo un derecho que se contente con establecer las consecuencias de la verdad biológica, es ante todo un derecho que se caracteriza por la búsqueda de un equilibrio de los valores e intereses en juego, pág. 171 (168)

¹⁴⁶ Es más, como mantiene BARBER CÁRCAMO, R., "la patria potestad no es un contenido esencial de la filiación", como se deduce del artículo 110 de Código civil, *La filiación en España: Una visión crítica*, Aranzadi-ThomsonReuters, Cizur Menor, 2013, pág. 71

¹⁴⁷ FORTUNY BERENQUER, M., "La maternidad subrogada: un caso práctico", *El Derecho, grupo Francis Lefebvre*, de 24 de octubre de 2013, señala que aunque en "el ordenamiento español en principio no se admite la maternidad subrogada por lo dispuesto en el art. 10 de la L.T.H.R.A. No obstante la D.G.R.N. mediante Resolución de fecha 18 de febrero de 2.009 admitió la inscripción en el Registro Civil español de dos gemelos nacidos por gestación por sustitución en California tan solo mediante el título de inscripción de este país. Por su parte la D.G.R.N. mediante Instrucción de fecha 5 de octubre de 2.010 admite la inscripción de menores nacidos mediante maternidad subrogada siempre que exista sentencia judicial que así lo declare".

Vid. en este sentido, entre otros, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Un nuevo paso a favor de la verdad biológica en materia de filiación", *Aranzadi civil-mercantil*, v. 1, nº 2 (mayo), 2011, págs. 17-22; y RUBIO TORRANO, E., "Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante la gestación por sustitución", en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 9, 2011, págs. 11-14.

¹⁴⁸ *Vid.* la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que señala como concepto de familia el vínculo existente entre padres e hijos.

¹⁴⁹ Tribunal Constitucional de Bélgica sentencia nº 95/2008 du 26 juin 2008: "B.20.4. *En refusant le droit au regroupement familial aux seuls enfants issus d'un mariage polygame lorsqu'une épouse autre que leur mère réside déjà sur le territoire belge, le législateur établit une différence de traitement entre ces enfants et les autres enfants mineurs de l'étranger, qui bénéficient tous du droit au regroupement familial avec leur auteur, qu'ils soient issus d'un mariage monogame, d'un mariage*

constituye una organización inmutable y, por lo tanto, de difícil conceptualización¹⁵⁰, dado que su configuración ha dependido de múltiples factores, del contexto cultural, de la finalidad que se haya querido imponer desde las estructuras del poder, del sistema económico, de las funciones que asuma, etc., de hecho, en el estudio de la protección del menor nos encontramos que la palabra familia tiene múltiples significados que trascienden, incluso, a la relación paterno-filial¹⁵¹, en este ámbito de manera especial podemos afirmar que no existe un modelo único y constante de familia, y es donde la evolución del concepto de familia¹⁵² ha sufrido un mayor desdibujamiento de las formas y de sus funciones¹⁵³. En las políticas de protección

polygame conclu avec l'épouse présente sur le territoire, d'un précédent mariage dissous, d'une relation entre deux personnes célibataires ou d'une relation extraconjugale.

B.20.5. *La différence de traitement entre enfants repose donc sur le critère de la nature du lien conjugal de leurs parents. La Cour doit rechercher si le critère retenu par la disposition en cause à l'égard des enfants, tiré des circonstances de la naissance, est pertinent par rapport à l'objet et au but de la disposition en cause et si son utilisation peut être justifiée par rapport à l'atteinte au droit à la vie familiale qu'elle occasionne.*

B.20.6. *Le contrôle exercé par la Cour est plus rigoureux lorsque le principe fondamental de l'égalité des naissances est en cause. (...) En revanche, le regroupement familial d'un enfant avec ses auteurs est lié à l'établissement de leur lien de filiation. Le critère des circonstances de la naissance de l'enfant et de la situation conjugale de ses parents ne présente aucune pertinence ni avec l'objet de la disposition, ni avec l'objectif de défense de l'ordre public international belge ou européen, dès lors que les enfants concernés ne sont en aucune manière responsables de la situation conjugale de leur parents et que le regroupement familial, en ce qui les concerne, n'est pas un effet du mariage de ceux-ci, mais bien un effet du lien de filiation qui les lie à leur auteur établi ou autorisé à séjourner en Belgique."*

¹⁵⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 precisa en su Fundamento Jurídico 5 como ejemplo que "hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia".

Sin embargo, el artículo 29 de la Constitución italiana, sin embargo da un concepto cerrado de familia: "*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.*

Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare".

¹⁵¹; indudablemente, dependiendo del ámbito que tratemos, puede defenderse un monosistema como el que se incorporó a los Códigos civiles con la codificación, dotando de reconocimiento a un solo modelo jurídico, de manera que únicamente se concederá la condición jurídica de familia a aquella que esté constituida de acuerdo con los requisitos exigidos por el Derecho, pero junto a ese estándar jurídico siempre convivirán diversos modelos sociales de convivencia con funciones similares, en este sentido, RAMS ALBESA, J., "Nuevas orientaciones en el Derecho de familia", *El notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre 2012, nº 46, señala que debemos "acostumbrarnos al hecho innegable de que en el futuro previsible cada vez serán menos las familias estándares. Cada vez habrá mayor número de familias distinta entre sí y a que cada vez la legislación aplicable a los problemas familiares estará sometida a frecuentes revisiones"

¹⁵² Evolución que no responde a las leyes que determinan la evolución biológica, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en al experiencia europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 31.

¹⁵³ Sentencia Tribuna Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013, Fundamento Jurídico 8: "la unión de hecho puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia,

social y en las normas jurídicas de protección de la familia¹⁵⁴ y del menor¹⁵⁵ nos encontramos con medidas que se orientan hacia grupos de convivencia casi familiares¹⁵⁶, normas¹⁵⁷ que recogen la doctrina asentada por la jurisprudencia que

consecuencia que nuestra jurisprudencia ha vinculado en el caso de tales uniones a su materialización efectiva por la existencia de hijos o la existencia de una efectiva voluntad de crearla, a diferencia de lo que ocurre con la familia que se constituye jurídicamente en el momento de contraer matrimonio, sin perjuicio de afirmar que la protección que garantiza el art. 39.1 CE se extiende en su caso a ambas". Por lo que podemos señalar que, en el momento actual, carece de unos contornos precisos, es cierto que se regula la familia basada en la existencia de unas relaciones jurídicas entre sus miembros, pero también es cierto que este modelo de familia no agota la actual concepción de la misma.

¹⁵⁴ Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, en su artículo 1.4,b y bajo el epígrafe de Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, señala que a los efectos de lo previsto en dicho artículo se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

¹⁵⁵ En el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, al señalar en el artículo 3.1 las personas que tienen la condición de beneficiario de un asegurado, contempla que, a estos efectos, se asimila a descendientes: "Los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal de una persona asegurada, de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, o de su pareja de hecho, así como de su ex cónyuge a cargo cuando, en este último caso, la tutela o el acogimiento se hubiesen producido antes del divorcio o de la nulidad matrimonial. No obstante, los menores sujetos a tutela administrativa se registrarán por lo dispuesto en el artículo 2.2".

¹⁵⁶ Sentencia Tribunal Supremo 200/2012, 26 marzo 2012, Fundamento de Derecho tercero. *Perjudicados extra tabulares: atribución por vía analógica de la condición de perjudicado al primo hermano de la víctima que con ella convivía en régimen de acogimiento familiar permanente*: "En consecuencia, ha de estarse a ese fin protector, que se predica de todo menor por igual y sin distinción, como factor a considerar para apreciar la identidad de razón que permita equiparar la situación del hijo menor de edad con la del menor acogido en orden a reconocerle una indemnización por el fallecimiento de un familiar. (...) los vínculos afectivos, lejos de poderse poner en cuestión, resultan aún más acusados cuando de menores de edad se trata, por la importancia que para el desarrollo de su personalidad tienen los referentes paternos y familiares, y esos vínculos, en particular con los hermanos, resultan más estrechos cuando se trata de alguien que ha perdido a sus padres biológicos. No existen razones objetivas para considerar que tales vínculos, que la ley presume respecto de la víctima para los hermanos menores de edad, no se traben con la misma intensidad por quien vive en régimen de acogimiento en análoga relación de afectividad, lo que permite asimismo presumir su condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida del ser querido".

Sentencia Tribunal Supremo 320/2011, 12 de mayo de 2011, Fundamento de Derecho tercero: "El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales".

¹⁵⁷ Por ejemplo, el actual artículo 269 del Código civil señala que el tutor tiene la obligación respecto a su pupilo de procurarle alimentos, educarlo y darle una formación integral, y el artículo 255 considera que puede ser beneficioso para el menor tutelado su integración en la vida familiar del tutor. También el artículo 173 del Código civil, al regular el acogimiento familiar determina que este produce la plena participación del menor en la vida familiar.

no están basados en relaciones jurídicas de parentesco ni de matrimonio, instaurándose una familia social en las que los vínculos afectivos sustituyen en determinados ámbitos a los vínculos jurídicos^{158, 159}.

Paradójicamente y en paralelo a esa falta de exigencia en la forma¹⁶⁰, esta institución ha ido ganando protagonismo para el Estado, convirtiéndose en un activo

Las normativas autonómicas reflejan esta cuestión, por ejemplo, en el Decreto 37/2006, de 25 de Mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo, de Castilla y León, establece en su artículo 58.2: “Asimismo, las Administraciones Públicas de Castilla y León garantizarán para el menor acogido, durante el tiempo de desarrollo del acogimiento, una consideración asimilable a la del hijo, en relación con los servicios, prestaciones y actuaciones que para el apoyo de la familia dispongan en su respectivo ámbito, y en lo que sea posible y compatible con la naturaleza, finalidad y duración de éstos

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su artículo 231-1: “La heterogeneidad del hecho familiar, se hace eco de la nueva realidades familiares, estableciendo en su punto 2: Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor”.

También, y en relación con el acogimiento de mayores, la Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. En Navarra la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores. En la Comunidad de Madrid la Orden de 1446/2012, de 5 de noviembre, Reguladora de las Bases para la Concesión de Ayudas Económicas para el Acogimiento Familiar de Personas Mayores y de convocatoria para el año 2012.

¹⁵⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en al experiencia europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 86.

¹⁵⁹ Sentencia Tribunal Supremo 320/2011, 12 de Mayo de 2011, en su Fundamento de Derecho primero, transcribe lo dispuesto por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 22 abril 2008, confirmó la sentencia recurrida (Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Talavera de la Reina, de 19 marzo 2007): “a) la única maternidad legalmente determinada era la de Dª Lucía; b) desde el nacimiento, el niño «ha tenido una situación familiar consistente en la existencia de dos madres, circunstancia que ha sido provocada por la actitud libre, consciente y voluntaria de ambas litigantes»; c) en el marco de estas relaciones, «es inconcebible que una de las miembros de la pareja decida quedarse encinta en contra o al margen al menos de la voluntad de su compañera»; d) no es importante que exista una situación legal de filiación, «pues lo importante para la Sala es que es indudable que para Virgilio, Zaida es su madre, no biológica, tampoco legal, pero madre a fin de cuentas desde el punto de vista que al menor le importa, que no es otro que el haber conocido a Zaida como madre propia desde el mismo día de su nacimiento» ; e) el derecho de visitas no debe ser interpretado de forma restrictiva y dado que no se ha probado que el régimen sea perjudicial, debe mantenerse.

En el Fundamento de Derecho séptimo, el Tribunal Supremo, avala esta postura aunque no la enmarca en el derecho de visitas de los progenitores sino en la expresión *relaciones personales*.

¹⁶⁰ MARRAUD des GROTTES, G, en la editorial de la *Revue Lamy Droit Civil*, nº 98 noviembre 2012, habla de la ingeniería familiar, en relación con las nuevas formas de familia y en concreto con el proyecto (ya aprobado) del reconocimiento del matrimonio homosexual en Francia: “*Ingénierie. Un mot jusqu’ici réservé à des montages plus ou moins sophistiqués destinés, selon un terme politiquement admis, à optimiser une situation juridique, fiscale, patrimoniale... Vision désormais restrictive, puisqu’une nouvelle acception pourrait faire une entrée remarquée, dans une matière où, a priori, on ne l’attendait certes pas: la famille*”, pág. 3.

de la esfera pública de primer orden¹⁶¹, por lo que se puede afirmar que actualmente es un elemento esencial de la organización estatal¹⁶². Ese protagonismo encuentra su justificación en las funciones que el Estado le ha atribuido y que ha supuesto que este instituto jurídico privado haya sido objeto de regulación por las Constituciones del siglo XX¹⁶³, tanto desde la incorporación a su articulado los principios que han de informar la estructura jurídica de la familia, como desde su consideración de sujeto de los derechos económico-sociales.

En nuestro caso, la Constitución de 1978 recogió esta doble consideración de la familia, lo que condicionó tanto la normativa pública de protección de la familia¹⁶⁴

¹⁶¹ VIDAL FERNÁNDEZ, F., "La familia en la segunda modernidad: una visión sociológica desde la realidad española" *Horizontes de la familia ante el S. XXI: Reflexiones con motivo del XXV aniversario del Instituto Universitario de la Familia* de BERASATEGUI PEDRO-VIEJO, A. y GÓMEZ BENGOCHEA B., (coords.), Universidad Pontificia de Comillas, 2011, pág. 43: "socioculturales que han remodelado la modernidad la empujan al centro de la esfera pública en donde la familia ha de convertirse en un activo civil y cultural de primera magnitud".

¹⁶² AUGHUET, C., *Précis de droit de la famille*, Les membres de l'unité de Droit familial du Centre de Droit privé de l'ULB, VAN GYSEL, A-C., (dir.) Bruylant, Bruselas, 2009, pág. 175: "*dont le but original était la perpétuation de l'espèce, y que constitue actuellement l'une des cellules fondamentales du tissu social*".

¹⁶³ Constitución del imperio alemán, 11 de agosto de 1919, en su artículo 119 "El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. Incumbe al Estado y a los Municipios velar por la pureza, salud y mejora de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria. La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado"; y en el artículo 120 "La educación de la descendencia para su desarrollo corporal, espiritual y social, constituye el deber supremo y un derecho natural de los padres, cuyo cumplimiento salvaguarda la comunidad política".

Constitución española, 9 de diciembre de 1931, en su artículo 43: "La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado.

El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución".

La Constitución de la República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, en su artículo 36.1, establece: "Todos tienen derecho a formar familia y a contraer matrimonio en condiciones de plena igualdad". En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917

(con la reforma de 1974) su artículo 4º señala que: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". La Constitución de la República italiana de 27 de diciembre de 1947, en su artículo 29: reconoce "los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se ordena en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar".

Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en al experiencia europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, principalmente el Capítulo III: "La familia en las Constituciones sociales", págs. 113-158 y Capítulo V: "El segundo impulso constitucional de las familias", págs. 247-290.

¹⁶⁴ La protección social, económica y jurídica de la familia ha sido abordada por los legisladores a través de múltiples normas de diverso ámbito jurídico y que no tienen como objeto primordial la

como la regulación de las funciones tuitiva contenida en el Código civil respecto a los menores¹⁶⁵. En relación a la protección del menor, quizás la mayor novedad introducida por nuestra Constitución es la separación entre los conceptos de familia y de matrimonio y, por lo tanto, la distinta virtualidad de los artículos 32¹⁶⁶ (matrimonio) y el artículo 39 (familia)^{167, 168}. En este reconocimiento y protección

protección específica del menor, entre otras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para posibilitar que la institución matrimonial se extienda a contrayentes del mismo sexo; la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana asistida de 26 de mayo; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de vida familiar y laboral; la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, etc...

¹⁶⁵ Las adaptaciones del Código civil a la Constitución no solo se refieren al menor, sino que afecta a todos los miembros de la familia, en consecuencia de esa exigida adaptación de las normas civiles a la Constitución se dictaron, entre otras, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que modificó lo referente a la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el principio constitucional de que todos los hijos son iguales implica la nueva regulación de la filiación, terminando así con las discriminaciones jurídicas entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, permitiéndose la investigación de la paternidad; La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Así mismo la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela contempla la posibilidad de prorrogar o rehabilitar la patria potestad sobre los hijos mayores de edad incapacitados. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción, equipara la adopción a la filiación natural, y establece la responsabilidad de los poderes públicos en la protección del menor La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. La Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, por la que se regulan los nombres y apellidos y el orden de los mismos. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, relativa a la protección patrimonial de las personas con discapacidad. La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. La Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, Medidas de protección integral contra la Violencia de Género. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que en su Preámbulo establece que la garantía "constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución". La Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (modificada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto). La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

¹⁶⁶ En el artículo 32.2 se establece: "*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*", por Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, se ha declarado la constitucionalidad de la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*.

¹⁶⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., en *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, "el matrimonio ha perdido el monopolio en la configuración jurídica de la familia, (...), el

constitucional subyace un doble aspecto, así se concibe a la familia como portadora de un interés superior y supraindividual (el interés de la familia), y a la vez se intensifica la individualidad de sus miembros, en nuestro caso del menor, considerándola como cauce básico y adecuado para el desarrollo del individuo que “sin perder su dimensión personal (libre desarrollo de su personalidad) queda ligado a la familia para llevar a cabo una tarea común y variada (...) La persona no pierde, ni se pierde, en la familia y aun dentro de ella sigue siendo el vértice en la jerarquía de los valores constitucionales”¹⁶⁹.

La actual intervención la Administración pública sobre el menor y su familia responde a ese concepto abierto que ha sido consolidado, en general, la doctrina y la jurisprudencia y que es consecuencia de la evolución de esta institución¹⁷⁰,

estudio de la disciplina constitucional de la familia debe comenzar necesariamente con el art. 39”, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 290.

¹⁶⁸ Junto a esos dos artículos específicos, la Constitución, consecuente con la preeminencia que el Estado le reconoce al grupo familiar, regula otras materias que tienen repercusión en la vida familiar, así el artículo 18 que diferencia la intimidad individual de la familiar, el artículo 27, reconociendo el derecho de los padres a participar en la educación de los hijos tanto relación con la formación religiosa y moral como en el control y gestión de los centros educativos sufragados con fondos públicos, y el artículo 50 que establece determinados derechos de la tercera edad, con independencia de las obligaciones familiares. La Constitución incorpora, además, el interés de la familia en el artículo 35 en relación con el derecho/deber de trabajar y a obtener una remuneración digna.

¹⁶⁹ El autor continua con la defensa de la individualidad de los miembros de una familia, ya que esta no “queda subordinada sino ligada en una perspectiva solidaria y enriquecedora que exige del individuo responsabilidad y rechazo de tendencias egoístas Por lo tanto la libertad no se quebranta dentro de la verdadera familia, sino que en ella se encuentra, en su unidad y en el cumplimiento de las obligaciones familiares, el fundamento de aquel derecho”, GONZALEZ PORRAS, J. M., *Familia, herencia, sociedad*, Fundación IDEOR, Córdoba, 1993, pág. 17.

¹⁷⁰ Desde el punto de vista sociológico, *vid.* FURSTENBERG, F. JR., “El cambio familiar estadounidense en el último tercio del siglo XX”, págs. 11- 36; SMITH, K., “Medio siglo de cambios en la familia: evidencia aportada por tres cohortes de nacimiento británicas”, págs. 37-54; LEFAUCHEUR, N., “Niños sin padre, madres sin cónyuge: un enfoque paradigmático”, págs. 55-71, *Nuevas formas de familia perspectivas nacionales e internacionales*, UNICEF–UDELAR, Montevideo, 2003; FASSLER, C., (coord.), *Familias en Cambio en Un Mundo en Cambio*, Ediciones Trilce, Montevideo, 2006; DEL VAL, A. I., “El futuro de la familia: la familia”, *Iglesia viva: revista de pensamiento cristiano*, nº 217, 2004, págs. 9-26, “En las sociedades modernas industriales la familia –y junto a ella, la conyugalidad, el matrimonio, la maternidad/paternidad, etcétera– ha sido durante largo tiempo definida, representada y legitimada social, cultural y políticamente conforme a un modelo particular: el de la familia articulada en torno a los cónyuges y los hijos y a los vínculos derivados de esas relaciones. La llamada familia nuclear conyugal (padre-madre-hijo)¹ ha sido considerada como normal en función de su importancia cuantitativa y proyectada socialmente como modelo natural de organización familiar en nuestras sociedades”(…) “al margen de consideraciones ideológicas o morales, en las ciencias sociales, aun con enfoques y análisis varios, el término familia en un sentido amplio remite al modo en que seres humanos siguen viviendo con una serie de vínculos; cómo se instituyen, entre quiénes, con qué alcance, obligatoriedad, continuidad o duración serían pautas de variación que contribuyen a delinear los límites de la realidad familiar, no a definir su esencia”, págs. 1-2.

decantándose por la identificación de familia con un núcleo de convivencia donde no es necesario la regulación normativa¹⁷¹, ni la existencia de vínculos jurídicos entre sus miembros¹⁷², sino que responde más a un concepto sociológico o psíquico¹⁷³ de las relaciones humanas que se plantean como igualitarias¹⁷⁴, en la que en determinadas cuestiones prima la autonomía de la voluntad¹⁷⁵ de sus miembros

¹⁷¹ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret* 1/2015, “La realidad social había superado desde hacía varias décadas el arquetipo clásico del modelo familiar creándose nuevas fórmulas de convivencia que, entre otros fines, aspiraban a lograr relaciones de igualdad entre hombres y mujeres. (...). Desde el punto de vista legislativo estos nuevos núcleos de convivencia, en ocasiones, son realidades sociales demandadas con anterioridad a su regulación normativa; en otras, ciertas disposiciones han contribuido a partir de su vigencia a ampliar los modelos familiares.”, pág. 4.

¹⁷² Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, en su artículo 6.1.c) determina que serán titulares del derecho de resarcimiento por fallecimiento, con referencia a la fecha en que éste se hubiera producido, en defecto de cónyuge o situación asimilada, ascendiente y descendientes, los hijos de la persona conviviente y los menores en acogimiento familiar permanente o preadoptivo de la persona fallecida, cuando dependieren económicamente de ella.

¹⁷³ CARBALLEIRA RIFÓN, Y., “La evolución del lugar del padre a través de la historia y en la consulta terapéutica. Cambios en la estructura psíquica del niño actual”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 48, 2009, 147-165, “Desde el Renacimiento a la edad moderna, el padre siguió teniendo autoridad total sobre la mujer y los hijos, y es a partir del siglo XIX que empieza a tener ciertas limitaciones. Por un lado, se encuentra bajo presión de las reivindicaciones de las mujeres y los hijos y por otro, el Estado va a ejercer una mayor tutela, sobre todo en las familias más carenciadas, como forma de proteger a los hijos de la negligencia paterna. El hijo empieza a tener derecho y el padre, obligaciones hacia él. Esto supone un debilitamiento del status de padre, pero es de destacar, que aunque el Estado empiece a limitar los poderes del padre, su figura en el imaginario social seguía permaneciendo como el “padre terrible”, el padre burgués”, pág. 149; continua que en los años 80 “el modelo patriarcal de familia parece estar superado, la mujer tiene responsabilidades profesionales, lo que implica la separación cada vez más precoz del niño con su madre. Al mismo tiempo el niño es el centro de la vida familiar y de las preocupaciones públicas, encontrándose la conciencia de la infancia «exacerbada»”, pág. 155.

¹⁷⁴ BATTEUR, A., sostiene que los cónyuges tienen entre sí relaciones democráticas y son iguales en derechos y obligaciones respecto a los hijos, pero la familia no es democrática cuando se habla de la posición jurídica que ocupan los menores en la misma, “*L’autorité parentale est fondée sur les principes d’égalité des père et mère, et se trouve centrée sur l’enfant. Il ne saurait, bien sûr, être sur pied d’égalité avec ses parents: la cellule familiale n’est pas une démocratie*”, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, París, 2009, pág. 192.

¹⁷⁵ *Vid.*, respecto a la autonomía y la capacidad de los miembros de la familia de realizar contratos que afecten a las relaciones jurídico-familiares, *Le contractualisation de la famille*, FENOUILLET, D., DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., (dirs), Économica, París, 2001, en concreto el capítulo IV, “Rattachement familial de l’enfant et contrat”, MURAT, P., págs. 133-151, este autor sostiene que aun siendo cierto las transformaciones operadas en la familia y la necesidad de flexibilizar el Derecho, el orden público sigue estando presente en el Derecho de familia, y aunque sea posible y aconsejable la presencia de acuerdos entre los miembros de la familia, estos no pueden tener la consideración de contratos, ya que la familia no puede ser abandonada a una ley totalmente privada, pág. 151.

Respecto a los límites de la autonomía de la voluntad de sus miembros, la sentencia Tribunal Supremo 320/2011 de 12 mayo de 2011, Fundamento de Derecho tercero: “Sin embargo, son muy distintos los efectos que tienen lugar entre los miembros de una pareja que convive sin estar casada,

para determinar gran parte de su contenido, donde la forma¹⁷⁶ ni el sexo¹⁷⁷ no son determinantes de la calificación de familia¹⁷⁸.

Sin embargo, esta diversidad de concepciones bajo una misma denominación produce un efecto perverso¹⁷⁹, en tanto en cuanto la actuación de la Administración pública en la familia requiere de unas referencias legales mínimas dada su sujeción

y los que se producen entre los convivientes y sus hijos. Cuando la pareja no está casada, deben aplicarse los principios sentados en nuestra sentencia de 12 septiembre 2005 (...), con aplicación del principio de la libertad de los pactos entre los miembros de la pareja. Cosa distinta serán los efectos que produce la paternidad/maternidad, porque las relaciones entre padres e hijos vienen reguladas por el principio constitucional de la protección del menor, consagrado en el artículo 39. 3 CE (...), en la Convención sobre derechos del niño, de 20 noviembre 1989 (...) y en el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Este principio es el que debe regir las relaciones entre los progenitores y los hijos, con independencia de que sus padres estén o no casados e impone una serie de reglas imperativas con la finalidad protectora ya señalada”.

COCA PAYERAS, M., “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, nº 1 (enero-marzo, 2014), Estudios, págs. 29-48, en el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 “La autonomía de la voluntad, en tanto que trasunto de la libertad del art. 10,1 CE —de la misma forma que sucede con las relaciones patrimoniales, y señaladamente con el contrato— no se limita a un poder reconocido a la persona que la faculta para crear, modificar y extinguir una convivencia *more uxorio*, sino que dicho poder alcanza a la creación de un régimen jurídico de dicha relación”, pág. 43.

Sobre la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, *vid.* CARBASSE, J.-M., *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, París, 2006, pág. 285.

BONET RAMÓN, F., *Derecho civil. Introducción y parte general*, t. I, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1948, pág. 258.

¹⁷⁶ RUIZ MIGUEL, C., señala que en el Tribunal de Derechos humanos “el derecho al respecto de la vida familiar de cada uno presupone la existencia de una familia, no pudiéndose distinguir a efectos del artículo 8.1 entre familia legítima o ilegítima. Ahora bien, el concepto genérico, último, de «familia» queda un tanto indeterminado. Por otra parte, la vida en común no es una condición imprescindible para hablar de vida familiar entre padres e hijos menores”, por lo que el autor señala que para el Tribunal de Derechos Humanos se tiene la consideración de familia desde el momento del nacimiento de un hijo “por lo que desde ese instante y por el solo hecho de su nacimiento existe entre él y sus padres, incluso cuando estos no cohabitan, «un nexo constitutivo de vida familiar»”, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, pág. 36.

¹⁷⁷ *Vid.*, Sentencia Tribunal Supremo 320/2011 de 12 mayo de 2011, Fundamento de Derecho tercero “el sistema familiar es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tiene la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”.

¹⁷⁸ ROCA TRÍAS, E., en su artículo “Familia y Constitución”, defiende que “el Derecho de familia actual está regido por los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar. Esto explica las soluciones tomadas por el legislador, tanto estatal como autonómico, en relación a las relaciones entre cónyuges y en el establecimiento de los sistemas de protección adecuados para aquellas personas que carecen de capacidad”, *AFDUAM* 10- 2006, pág. 226.

¹⁷⁹ SPALLAROSSA, M. R., en *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, DELLA CASA, F., DOGLIOTTI, M., FERRANDO, G., FIGONE, A., MAZZA GALANTI, F., y SPALLAROSSA, M. R., (coord.), Guiffrè editore, Milán, 2008, se hace eco de la dificultad que presentan los textos legales sobre protección pública, en su caso de la familia, dado su lenguaje incierto, impreciso, que no ha cuidado la coordinación de los nuevos contenidos a las normas jurídicas anteriores y que se ven afectadas, pág. 21.

al principio de legalidad, se da la paradoja de que es difícil contestar a la pregunta de cuál es la familia del menor sobre la que debe recaer la intervención de la Administración pública para protegerle, o a la pregunta de a qué familia tiene derecho el menor¹⁸⁰, ¿a la de origen, al grupo social donde existan lazos afectivos, a la de acogida, etc.? Uno de los problemas con los que se enfrentan actualmente los operadores jurídicos es el de esta imprecisión jurídica¹⁸¹ de la noción de familia¹⁸², con la consiguiente inseguridad jurídica¹⁸³,¹⁸⁴ que ello provoca en determinados

¹⁸⁰ Tribunal Constitucional, Auto 129/2014, de 5 de mayo de 2014, Voto particular que formulan los Magistrados doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré al Auto dictado en el recurso de amparo núm. 6698-2013, de 12 de mayo de 2014, que desestima el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la providencia de inadmisión de 14 de febrero de 2014: “3. Si admitiéramos, a efectos dialécticos, que el sentido cabal del precepto al establecer la composición de la unidad familiar fuera efectivamente el que interpretó el órgano a quo y que ratifica el Auto del que disentimos, no podríamos sino concluir que el art. 1.4 b) de la Ley 1/2013 resultaría inconstitucional, tal como señala el Ministerio Fiscal. Como es doctrina constitucional reiterada, una norma infringe el mandato contenido en el art. 14 CE cuando introduce una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello. Como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Además, el principio de igualdad en la ley no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que superen un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”

¹⁸¹ MARTIN BLANCO, J. C., “La ausencia de la familia en la Ley Concursal”, *El notario del siglo XXI*, marzo-abril 2012, nº 42, en relación al concepto de unidad familiar, mantiene que en “nuestro ordenamiento jurídico no existe, al menos no hallo, una definición explícita del concepto familia, y ello a pesar de que, en primer lugar, el artículo 39.1 de la Constitución ordena a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia. A pesar de toda la regulación tradicional de nuestro Código Civil, el concepto «unidad familiar» procede principalmente la legislación fiscal. Recordamos lo dispuesto en los artículos 56 y 82 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas donde se entiende la unidad familiar como un conjunto de varias personas naturales que constituyen una única entidad económico patrimonial (Véase respuesta nº 2203/2010, de 4 de octubre, de la Dirección General de Tributos)”.

¹⁸² CARBONE, V., “Crisi della familia e principio di solidarietà”, *Famiglia e diritto*, nº 12, 2012, págs. 1165-1178, mantiene que la familia es un concepto metajurídico, de la cual no existe definición jurídica: “*Occorre convenire su un primo dato certo: nelle legislazioni moderne, (...), manca una definizione giuridica della famiglia*”, pág. 1167.

¹⁸³ BOSCH I CARRERA, A., señala “No hay duda que el panorama legal que plantea las nuevas formas de convivencia (*familiar*) es de una enorme complejidad. (...). Las contradicciones son enormes y el sistema jurídico familiar-sucesorio se resiente. Afloran situaciones de injusticia, y la pretendida protección jurídica del menor queda en la letra, pero no penetra en la realidad cada vez más injusta con los menores faltos de arraigo, y de protección jurídica y económica”, en “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, VV. AA., *Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 23 i 24 setembre 2004*, Documenta Universitaria, Universitat de Girona, Girona, 2005, pág. 248

¹⁸⁴ *Vid.*, en este sentido, el Auto 129/2014, de 5 de mayo de 2014 del Tribunal constitucional, Sala Segunda, en que niega la condición de unidad familiar a un matrimonio sin hijos a efectos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

ámbitos^{185, 186}, y la posible desprotección del menor o, en su caso, de los progenitores.

Otra cuestión que se suscita al analizar la familia actual es la constatación de que en ese *iter* histórico del siglo XX, la familia se enfrenta a la paradoja de la pérdida paulatina de funciones que tradicionalmente venían atribuyéndosele¹⁸⁷, funciones muchas de ellas asumidas actualmente por el Estado¹⁸⁸, en mayor medida en un Estado social¹⁸⁹, o por la sociedad y, paralelamente a esa minoración de funciones¹⁹⁰, se ha producido un aumento de la presión que se ejerce sobre la familia desde numerosos frentes incluso por parte de los propios miembros de la familia¹⁹¹, presión que se hace cada vez más patente en una sociedad tan compleja como la nuestra¹⁹².

¹⁸⁵ BONNET, A., “Les infractions familiales et leur constitutionnalité”, *AJ Famille* 2012, pág. 603, plantea los problemas surgidos en la tipificación del delito de incesto en el artículo. 222-31-1 del Código penal francés en la modificación introducida por la Ley n° 2010-121 de 8 febrero 2008, y declarado inconstitucional por la imprecisión del término familia, el Consejo constitucional en la decisión de 17 de febrero de 2012 ha derogado el artículo 227-27-2 por no concretar a los miembros de la familia que pueden ser incluidos en la tipificación.

¹⁸⁶ DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., “Los efectos colaterales de las reformas. Filiación y patria potestad”, en *Novedades legislativas en materia Matrimonial*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (dir.), *Estudios de Derecho Judicial*, 130-2007, Consejo General del Poder Judicial, págs. 213-220, refleja las mal resueltas implicaciones teóricas y materiales respecto a la filiación y patria potestad en la regulación del matrimonio entre personas de mismo sexo, y que pueden redundar en una falla de la necesaria protección de los hijos.

¹⁸⁷ Por su sistematización didáctica *vid.* ALONSO PÉREZ, M., “La Familia entre el pasado y la modernidad Reflexiones a la luz del Derecho civil”, en *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. I, pág. 1, t. 1, Editorial La Ley 2338/2001, en el que hace una relación de las funciones que tradicionalmente ha venido cumpliendo la familia.

¹⁸⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2007, en su pág. 23, mantiene que las funciones de la familia nuclear han quedado reducidas a constituir una unidad de consumo y comparte las funciones de crianza, educativas, culturales y asistenciales con el Estado, además de mantener su papel básico en la reproducción biológica.

¹⁸⁹ ALONSO PÉREZ, M., “La Familia entre el pasado y la modernidad Reflexiones a la luz del Derecho civil”, en *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. I, pág. 1, tomo 1, Editorial LA LEY 2338/2001, laleydigital.es, señala que ese “intervencionismo moderno en el grupo familiar por parte del Estado, bien reemplazando a la familia en un número creciente de funciones, o controlando los cometidos que aún conserva es propio de Estado social de Derecho”

¹⁹⁰ GONZÁLEZ SERRANO, F., TAPIA LIZEAGA, X., “Reflexiones en torno a la escolarización generalizada de los niños de dos años”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 48, 2009, págs. 177-186: “En pocos años se está produciendo en nuestras sociedades un cambio muy importante: los padres confían sus hijos a otras personas en edades cada vez más tempranas, lo que ha llevado a crear progresivamente estructuras extra-parentales de acogida y cuidado para los niños de 0-3 años. Entre 3-6 años, es la estructura escolar la encargada de acoger a los niños y solo a partir de los 6 es obligatoria la escolarización”, pág. 178.

¹⁹¹ Informe explicativo 1de la Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva, coordinado por la profesora

Este cambio de funciones también se ha dejado sentir en su naturaleza¹⁹³, produciéndose una progresiva privatización de determinados ámbitos de la misma, concediendo el ordenamiento jurídico un margen más amplio de libertad a los miembros de la familia¹⁹⁴, consecuencia de la posición igualitaria de las partes^{195, 196}.

Mary Daly, documentación del Consejo de Europa, Comité de Ministros Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad (Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros).

¹⁹² GARRIDO DE PALMA sin embargo considera que la evolución de la familia en el “siglo XXI ha de consistir ante todo en recuperar el concepto de Familia y por ello, proteger, reconocer y tratar con seriedad y respeto a la comunidad fundada en el matrimonio estable y duradero, ordenada a la transmisión de la vida y a garantizar la de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos”, GARRIDO DE PALMA, V., *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV. Familia, v. 1º, DELGADO DE MIGUEL, J. F., (coord.), Civitas, Madrid, 2001, pág. 206.

¹⁹³ COBAS COBIELLA, M. E., GUILLÉN CATALÁN, R., “Una breu presentació de la llei 6/2009, de 30 de juny, de la Generalitat, de protecció a la maternitat”, *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, nº 8, 2º semestre, 2010, señalan con acierto la actual naturaleza dual de la familia, que se plantea como un difícil equilibrio entre la esfera privada y la pública: “*Els problemes que comporta la natalitat no sols poden ser de l'àmbit privat. En aquests hi ha un important component social, econòmic i jurídic que afecta l'interés públic i col·lectiu*”.

¹⁹⁴ Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia 93/2013, de 23 de abril, (Recurso de inconstitucionalidad 5297-2000), Fundamento jurídico nº 7: “Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones –antes, durante y al extinguirse esa unión– conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción. Por otra parte, la unión de hecho puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia, consecuencia que nuestra jurisprudencia ha vinculado en el caso de tales uniones a su materialización efectiva por la existencia de hijos o la existencia de una efectiva voluntad de crearla, a diferencia de lo que ocurre con la familia que se constituye jurídicamente en el momento de contraer matrimonio, sin perjuicio de afirmar que la protección que garantiza el art. 39.1 CE se extiende en su caso a ambas”.

¹⁹⁵ Por ejemplo, esta libertad entre los cónyuges se incorpora a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que modificó los artículos 81 y 86 del Código Civil, estableciendo que se decretará la separación o el divorcio a petición de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, y se elimina todo elemento causal de la separación o divorcio, sea por hechos culposos o por cese de la convivencia, al derogarse el artículo 82 del Código Civil.

¹⁹⁶ Tribunal constitucional, Sala Segunda, Auto 129/2014, de 5 de mayo de 2014, Fundamentos jurídicos 2: “Recordemos que el art. 1.4 b) considera unidad familiar «la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar», por lo que cabe interpretar, sin que se pueda tachar de irrazonable a los

Pero a la vez, en la actual regulación del Derecho de familia¹⁹⁷ existe una mayor presencia del poder público en determinados ámbitos de las relaciones familiares¹⁹⁸. Por lo que estamos ante un sistema mixto¹⁹⁹, en el cual prima el aspecto privado o el público dependiendo del bien jurídico protegido en ese momento²⁰⁰. Por lo tanto, habrá que entender que la privacidad de la familia implica la abstención del Estado en este campo, éste tiene la obligación de respetar la vida familiar y matrimonial, respetando la elección de los miembros de la misma sobre el modo de regular sus relaciones²⁰¹. Ahora bien, esa abstención del Estado cesa cuando las funciones

efectos del art. 24.1 CE, que la definición legal de unidad familiar requiere la existencia de pareja e hijos”.

¹⁹⁷ LUDEÑA BENÍTEZ, O. D., “El Derecho de familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero 2014, (Derecho comunitario), resume que las características esenciales de esta rama del Derecho son “la derogación o atenuación de la autonomía de la voluntad —porque los derechos son absolutos, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, no susceptibles de expropiación ni valoración económica, con intervención del Ministerio Fiscal—, predomina el deber frente al derecho y, además, el negocio jurídico ocupa un lugar secundario, no siendo compatible con la representación, el término y la condición. En definitiva, se puede decir que el Derecho de Familia es la parte del Derecho Privado donde la libertad individual —fundamento de las relaciones privadas— soporta más limitaciones porque en él hay una importante incidencia de intereses públicos y sociales, sobre todo la protección de los menores, por la que ha de velar el poder público, no pudiéndose dejar únicamente en manos de los padres”, págs. 5-6/44.

¹⁹⁸ Consejo General del Poder Judicial, Informe en relación con las proposiciones de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia, 13 de octubre de 2005, que transcribe, en este punto el contenido del informe de 14 de abril de 2005, como lo resume el Consejo General del Poder Judicial: “Sin entrar en la ya antigua discusión doctrinal sobre la integración del Derecho de familia en el Derecho privado o en el Derecho público, en la que la doctrina mayoritaria se inclina por la tesis tradicional de incardinar el Derecho de familia en el Derecho privado, se ha de reconocer que el Derecho de familia presenta notables peculiaridades respecto de otras ramas del Derecho privado, entre las que destaca Lacruz Berdejo su contenido ético, el transpersonalismo, la más limitada autonomía de la voluntad, la fusión del derecho y el deber, y la indisponibilidad y duración de los derechos familiares. No obstante, como señalan Díez-Picazo y Gullón, la familia constituye una institución jurídica de la que se ocupa el ordenamiento jurídico que, al regular algunos de los aspectos de la relación familiar, tiene presente el interés público en la organización familiar o en algunos de los puntos clave de ésta, pero sin que por ello se pueda preconizar el alejamiento del Derecho de familia del marco del Derecho privado”, (cursiva en el original).

¹⁹⁹ ROCA TRÍAS, E., en su artículo “Familia y Constitución” establece que “el sistema constitucional español de protección a la familia se configura como un sistema mixto, en el que la defensa de los sujetos «débiles», se atribuye primariamente a la familia, a través de las potestades otorgadas a los padres o tutores, para atribuirse a las instituciones públicas sólo en el caso que fallen los mecanismos primarios”, *AFDUAM* 10- 2006, pág. 218.

²⁰⁰ BATTEUR, A., en esa misma línea: “L’idée de protection de l’enfant est apparue progressivement, impliquant un contrôle sur la manière dont le père exerçait ce que l’on appelait la puissance paternelle”, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, L.G.D.J., París, 2009, pág. 191.

²⁰¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., establece que cuando “los titulares de la patria potestad se exceda en el ejercicio de su función, desconozcan o invada esta esfera reservada al menor, no interpreten su

tuitivas que se asignan a la familia respecto a sus miembros y que trascienden a los intereses estrictamente individuales, no son cumplidas²⁰². Hay que tener en cuenta que los poderes familiares han dejado de ser un asunto interno²⁰³ de la familia, para constituirse en auténticas funciones sometidas al control público en su ejercicio²⁰⁴ cuando se trata de proteger a alguno de los miembros de la familia más necesitado de protección²⁰⁵.

interés de acuerdo con su personalidad de este o no respeten ese protagonismo y autonomía del menor en la gestión de su propio interés, dejan de actuar conforme a derecho”, y ello justifica la intervención judicial, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 303.

²⁰² La Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, entiende que “(T)al apoyo no puede ser consecuencia de un afán dirigista o intervencionista, considerando que estamos tratando de la institución más próxima y cercana a las personas y que, por tanto, debe ser tratada con el máximo respeto a su autonomía organizativa y a las libertades individuales de sus miembros. Este apoyo ha de considerarse, más bien, como un deber de justicia, en reciprocidad a la aportación que las familias hacen a la sociedad”.

²⁰³ Vid. ABRAVANEL-JOLLY, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Defrénois, París, 2005.

²⁰⁴ Modificación importante es una nueva concepción de la patria potestad, constituyendo actualmente un haz de derechos en función de unas obligaciones a cumplir que le corresponde ejercer a ambos progenitores, y siempre se hará en beneficio de los hijos. Es claro que la patria potestad tiene una función social que cumplir y ello justifica que puedan ser privados o suspendidos de ella los titulares que no cumplan con el contenido de la misma. RIVERO define esta nueva patria potestad como una responsabilidad del Estado, de la sociedad, en general, responsabilidad que supone unas funciones cuyo ejercicio se confía a los padres, “pero el ámbito de poder que ese *officium* les confiere, y el interés de los padres en ese marco, no es ya en interés propiamente suyo, ni siquiera interés familiar, sino precisamente en interés del hijo menor (art. 154-2º C.C.). Al Estado y a la sociedad les interesa cómo se forma y educa al menor, si goza y son respetados sus derechos fundamentales, cómo pasa de niño a ciudadano adulto, porque, además de su valor social, aquéllos (Estado, sociedad) habrán de aceptarlo en su ámbito como sujeto activo cuando deje de estar dirigido y controlado por sus padres; no podrán rechazarlo luego: es, pues, evidente el interés público implicado en esta cuestión”. RIVERO HERNANDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 309.

²⁰⁵ O cuando se pretenden otras cuestiones, como un determinado orden social, en este sentido AGUSTÍ, en su análisis de la actuación de los Tribunales Tutelares de Menores y de la filosofía que marcaba su actuación, señala que esta se basaba en la preocupación de tratar los delitos de los menores desde una óptica distinta del sistema penal de los adultos, y a la vez “se pretendía limitar al máximo el poder de la autoridad paterna entre los miserables y marginados; bajo la consideración que mendigos, pobres o delincuentes necesitaban de un mismo sistema que les atendiese”, AGUSTÍ ROCA, C., “Golfillos de la calle. Menores, marginación y control social durante el franquismo a través de los expedientes del Tribunal Tutelar de Menores de Lleida”, *Novísima. Actas del II Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*, NAVAJAS ZUBELDÍA, C., ITURRIAGA BARCO, D., (eds), Universidad de La Rioja, Logroño, 2010, págs. 309-322, pág. 310, y continua la autora que es en la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores “donde se ha reflejado la intención de las autoridades competentes, (...) de preservar la moralidad de toda una sociedad bajo los parámetros religiosos establecidos, inmiscuyéndose en las cuestiones más íntimas y privadas no solamente del expedientado sino de todo su entorno familiar”, pág. 318.

En cualquier caso y con independencia del reparto de funciones entre el Estado y la familia²⁰⁶, en lo que atañe al objeto de esta tesis, el acogimiento familiar, sigue siendo una constante de este grupo social el cuidado de la prole hasta que puedan valerse por sí mismos²⁰⁷, o de aquellos miembros, que por determinadas circunstancias, no pueden ser autónomos²⁰⁸, porque como establece el Comité de Ministros del Consejo de Europa la familia es el primer lugar donde la mayor parte de las personas encuentran refugio frente a la adversidad²⁰⁹, y ello supone que cualquier normativa de protección del menor, ya sea internacional o nacional, apela a esta función de la familia²¹⁰.

²⁰⁶ SPALLAROSSA, M. R., en *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, DELLA CASA, F., DOGLIOTTI, M., FERRANDO, G., FIGONE, A., MAZZA GALANTI, F., y SPALLAROSSA, M. R., (coord.), Guiffrè editore, Milán, 2008, señala el difícil equilibrio actual entre la autosuficiencia de la familia en el cuidado de sus menores, ancianos o discapacitados y la competencia asistencia del Estado en la protección de esas mismas personas, pág. 20.

²⁰⁷ El ser humano es el animal que más tarda en alcanzar la autonomía y madurez suficiente para poder ser independiente, lo que supone su dependencia de otros durante bastante tiempo, es más durante el periodo que podríamos denominar infancia no puede sobrevivir sin la asistencia total de los adultos, pero además el hombre es también un ser social, porque así lo establece su naturaleza biológica, y esa naturaleza ha condicionado su vida económica, ya sea agraria, industrial o como en la actualidad de servicios, y la combinación de esos dos factores, biológicos y económicos, explican sin duda el papel de la familia en nuestra sociedad.

²⁰⁸ En relación con la familia basada en el matrimonio el nuevo artículo 68 señala esta obligación cuando señala que los cónyuges deberán compartir el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

²⁰⁹ Nouvelle stratégie et Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la cohésion sociale approuvés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 7 Juillet 2010, en su punto 36. *"Pour la plupart des personnes, la famille est le premier lieu où la cohésion sociale est vécue et apprise. Les familles ont donc un rôle important à jouer dans l'instauration de la confiance en l'avenir et dans l'élaboration de projets de vie viables. Les enfants, responsabilisés et conscients de leurs droits, doivent pouvoir se développer dans un environnement sain, sans violence et encourageant. L'organisation et l'adaptation des services pertinents devraient se faire dans cette optique. L'engagement des Etats membres en faveur des droits des enfants constitue un investissement pour l'avenir"*.

²¹⁰ Declaración Universal de los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959) en su principio VI: "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia...". La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, (Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990) en su Preámbulo señala que: "Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".

Por eso, donde se plantea una mayor exigencia es en el ejercicio de la patria potestad, o de la responsabilidad parental^{211, 212} cuyo contenido ha evolucionado²¹³ por “factores estructurales y políticos, así como por cambios ideológicos en la visión de la familia y de la infancia”^{214, 215}; la familia occidental se ha ido centrando en el

²¹¹ PEDREGAL Y CAÑEDO, M., *Texto y comentarios al Código civil español, con exposición de motivos, precedentes de nuestra legislación, comparación crítica con los principales Códigos de Europa y América, aplicación al Derecho Internacional*, T. I, Redacción de la Revista de Derecho Internacional Privado con un resumen crítico por PEDREGAL Y CAÑEDO, M., Madrid, 1889-1990, ya hacia una reivindicación de cambio de nomenclatura: “Si de nombre se conserva esta Institución tal y como nos fue legada por los Códigos romanos, ha variado tanto en su fondo, que con razón es hoy calificado de inexacto e impropio el calificativo con que se designa, que sólo por la fuerza de la tradición ha podido conservarse en nuestras leyes”, pág. 310.

Actualmente, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Justicia, aprobó el 19 de julio de 2013, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que incorpora, entre otras novedades, que la patria potestad se equipara a la corresponsabilidad parental, en concreto en su artículo Primero, bajo el epígrafe “Modificaciones del Código Civil”, en el punto Tres, se propone la modificación del artículo 92 del mismo, “que pasa a quedar redactado de la siguiente manera: La patria potestad, como corresponsabilidad parental, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que en interés de los hijos se acuerde por el Juez que lo sea total o parcialmente por uno de ellos”.

En el Código civil italiano, de acuerdo con la reforma planteada en D.Lgs. 28 diciembre 2013, n. n. 154, vigente desde 7 febrero de 2014. se recoge esta expresión, así el artículo 316: “*Responsabilità genitoriale. Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore*”.

²¹² LAUROBA LACASA, M. E., “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 110, nº 2, 2011, págs. 313-344, señala que el “concepto de responsabilidad no hace innecesario mantener la noción de potestad –no lo suple-, porque se propone una «responsabilidad parental» con caracteres específicos, y, desde luego, no equivalente a la potestad parental. Aquí identifica la condición de progenitor incluso cuando existe privación de la titularidad de la potestad, pues dicha pérdida no afecta a la obligación de hacer lo que sea preciso para asistir a los hijos menores, ni de prestarles alimentos en el sentido amplio (arts. 236-6.6, 228-3.4 CCcat, 109.4 LDOIA). Por otro lado la responsabilidad parental se predica de los progenitores –nunca de terceros-”, pág. 322.

²¹³ GARCIA GOYENA, F., AGUIRRE, J., *Jueces, Abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, T. I, editores Gaspar y Roig, Madrid, 1852, consideran que “Dependiendo en gran número el orden social de que existan también en las familias reglas por las cuales deben dirigirse, las leyes civiles han dado una preferencia merecida á la potestad que el jefe de aquellas ha de ejercer sobre las personas que de él dependan” (epígrafe 64); y la definen, “se ha dado el nombre de patria potestad á la autoridad y derecho que en virtud de la ley competen al padre respecto de sus hijos legítimos, leyes 1 y 2, tít. 17, Part. 14” (epígrafe 65), pág. 45

²¹⁴ SANDBAEK, M., “Servicios de apoyo a una parentalidad positiva”, *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, DALY, M. (ed.), Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012, pág. 71.

²¹⁵ COLLINS J. M. “Lady Madonna, Children at Your Feet: The Criminal Justice System’s Romanticization of the Parent–Child Relationship”, *Iowa Law Review*, v. 93, nº 1, 2007, Wake Forest Univ. Legal Studies Paper nº 1086393, <http://www.law.uiowa.edu/journals/ilr/>

En su artículo la autora argumenta que una de las razones por la que no se presta suficiente atención a la realidad de la violencia contra los niños en Norteamérica, pero argumento que es extrapolable, y que supone no luchar para que los padres se den cuenta del daño que hacen a sus

menor²¹⁶ y ello supone que a los progenitores se les va a exigir una mayor adaptación de su comportamiento a los valores asumidos por la sociedad en sus relaciones con los hijos menores^{217, 218}.

Por ello, actualmente el contenido de la patria potestad no solo comprende velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos²¹⁹, educarlos y procurarles una

hijos, se debe a nuestra tendencia a romantizar la relación padres-hijos, parentofilial. “Este fenómeno de la romantización tiene algunos componentes centrales. Primero, continuamos creyendo que el amor, no la ley, es suficiente para proteger a nuestros niños incluso en situaciones donde el amor no está lo suficientemente claro. En otras palabras nos reafirmamos en la negación; queremos creer que los padres harán lo correcto con sus hijos sin la intervención del sistema de justicia criminal. Como resultado, tendemos a centrarnos en enfoques terapéuticos para tratar la violencia que se comete contra los niños, sin abordar de modo suficiente preguntas difíciles sobre si el sistema de justicia criminal puede también pueden desempeñar un papel apropiado, en oposición a esto, los reformadores que trabajan en la violencia de genero han ido más allá al considerar el uso de un enfoque criminal. El segundo componente es la minimización: cuando la violencia ocurre tendemos a minimizarla. Este fenómeno se refleja tanto en los estatutos que tratan de manera diferente a los responsables de los delitos intrafamiliar y extrafamiliar como en las dificultades que los operadores jurídicos tienen para sustentar acusaciones criminales contra los padres”, págs. 134, (traducción personal).

²¹⁶ FOSSIER, T., habla de “pédocentrisme”, *Droit de la Famille*, MURAT, P., (dir.), Dalloz, París, 2009, pág. 844.

AUNE, A-C., *Le phénomène de multiplication des Droits subjectifs en Droit des personnes et de la Famille*, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Aix-en Provence, 2007: “L’enfant devient aujourd’hui l’objet de toutes les revendications. La science doit pallier à la stérilité, et l’on demande au droit d’atténuer les impossibilités biologiques et permettre l’adoption aux homosexuels. Mais le droit n’est pas neutre, et, malgré une évolution favorable aux satisfactions individuelles, il ne consacre pas toutes les pratiques sociales. L’enfant est au cœur de la politique familiale”, pág. 402.

²¹⁷ SANTOS PAIS, M., Prefacio en LANSLOW, G., *La evolución de la facultad del niño*, Centro de Investigación Innocenti-UNICEF, Siena, 2005, señala que “estas cuestiones pueden afrontarse analizando un concepto importante pero todavía relativamente poco conocido, enunciado en el artículo 5 de la Convención: el concepto de evolución de las facultades del niño, y la consiguiente obligación de impartirle, en consonancia con la evolución de dichas facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. Este concepto tiene implicaciones de gran alcance: entre ellas figuran el reconocimiento de la relación cambiante que existe entre padres e hijos a medida que éstos van creciendo y la focalización en las capacidades, más que en la edad, como elemento determinante para el ejercicio de los derechos humanos. Representa un reto para cualquier pretensión por parte de los padres de arrogarse la propiedad del niño e introduce la noción de que en este ámbito el Estado tiene un rol destacado, contribuyendo a asegurar a los niños una protección adecuada dentro de la familia y fomentando su participación en la toma de decisiones”, pág. 7.

²¹⁸ LARRAÑAGA, E., YUBERO, S., BODOQUE, A. R., “Aspectos psicosociales del proceso de socialización: la familia como escenario de desarrollo”, *Boletín Informativo de Trabajo Social*, nº 6, 2006: “Se puede afirmar que lo fundamental es la calidad de la relación, unas interacciones familiares de cariño y aceptación, basadas en la habilidad de situarse en la posición del otro para responder adecuadamente a la estimulación de la interacción, creando afectos de seguridad personal, confianza, integración, estabilidad, cohesión y progreso permanente”.

²¹⁹ “El deber de alimentarlos es el más principal de todos ellos, y al consignarle el legislador, no ha hecho otra cosa que traducir en un precepto legal lo que la misma naturaleza exige”, PEDREGAL Y CAÑEDO, M., *Texto y comentarios al Código civil español, con exposición de motivos, precedentes de nuestra legislación, comparación crítica con los principales Códigos de Europa y América, aplicación al*

formación integral²²⁰, además de representarlos y administrar sus bienes, forma parte de ese contenido que el ejercicio se realice en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica²²¹, es decir, los progenitores tienen la obligación de poner todos los medios a su alcance para crear²²² un ambiente de felicidad, afecto, comprensión y de seguridad moral y material²²³ que permita un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad²²⁴, aunque, quizás el acento no deba ponerse tanto en los medios como en la influencia

Derecho Internacional, T. I, por la Redacción de la Revista de Derecho Internacional Privado con un resumen crítico por PEDREGAL Y CAÑEDO, M., Madrid, 1889-1990, pág. 312.

²²⁰ PEDREGAL Y CAÑEDO, M., *Texto y comentarios al Código civil español, con exposición de motivos, precedentes de nuestra legislación, comparación crítica con los principales Códigos de Europa y América, aplicación al Derecho Internacional*, T. I, Redacción de la Revista de Derecho Internacional Privado con un resumen crítico por PEDREGAL Y CAÑEDO, M., Madrid, 1889-1990, exponía que el educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, son “deberes (que) no están ya establecidos simplemente en beneficio de los hijos, sino en beneficio de la sociedad misma. La misión de los padres no se reduce tan sólo á ofrecer á esta sociedad nuevos individuos que la perpetúen; la sociedad tiene un fin, á cuyo cumplimiento debemos cooperar todos; para ello es preciso que estemos adornados de la aptitud necesaria, (...) aptitud (que) únicamente se consigue con una educación adecuada, no sólo á los medios de que cada familia puede disponer, sino ajustada á la vez al fin individual que cada uno está llamado á cumplir, porque con el cumplimiento de este fin *parcial* es como se coadyuva á la realización de fin *general*, que en nuestro concepto no es otra cosa que la reunión de todos los fines individuales”, págs. 312-313.

²²¹ Definida por la Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad (Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros) como: “Ejercicio de la parentalidad: se refiere a todas las funciones propias de los padres/madres relacionadas con el cuidado y la educación de los hijos. El ejercicio de la parentalidad se centra en la interacción padres-hijos y comporta derechos y obligaciones para el desarrollo y realización del niño”.

²²² De acuerdo con el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, (Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990).

²²³ En ese sentido, y acorde con la función pedagógica que en este campo adoptan actualmente la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo 495/2013 de 19 de julio de 2013, relativa a la guarda y custodia compartida en su Fundamento de derecho segundo, el Tribunal después de establecer que este sistema es “la mejor manera de proteger al menor”, continua señalando que es una medida que “exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”.

²²⁴ MARRE, D., SAN ROMÁN, B., respecto a estas cuestiones mantiene que en “la práctica, se trata de categorías que cada persona interpreta –y/o aplica– según su criterio. Las dificultades para saber qué entiende cada quien sobre ética o moral que mencionábamos anteriormente rigen también para la felicidad, el amor y la comprensión. Todas ellas son categorías culturalmente construidas, al igual que las de familia e infancia. Como ha demostrado largamente la antropología, no hay una forma universal de vivir en familia o de infancia, como tampoco de ser feliz, amar o comprender”, en “El “interés superior” de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”, *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, v. XVI, nº 395 (9), 15 de marzo de 2012.

que estos tengan sobre el resultado final que se pretende, el libre desarrollo de la personalidad del menor²²⁵.

Estas demandas suponen una nueva orientación del ejercicio de la patria potestad²²⁶, orientación que tiene su reflejo semántico, y se refieren a la situación jurídico-subjetiva del progenitor con el término “responsabilidad parental”²²⁷,²²⁸, entendida como un complemento de la patria potestad, centrada en el cuidado y crianza de los menores²²⁹, expresión que se incorporará al Código civil de prosperar

²²⁵ ABELLA, A., “Nuevos modos de crianza y la contratransferencia en la psicoterapia de adolescentes”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEYPNA, 2010, nº 49, págs. 49-68: “los nuevos métodos de crianza no afectan solo al niño o al adolescente. Afectan también a los padres y a los terapeutas. En lo que respecta a los primeros, se han señalado las consecuencias de las modificaciones sociales sobre la construcción de la función parental y de la identidad parental. Los padres y las madres de hoy día se enfrentan a realidades, expectativas y exigencias que difieren, a veces de manera espectacular, de aquellas vigentes en su infancia. No es raro que de aquí deriven conflictos identificatorios de diversa intensidad. En el mejor de los casos estos conflictos pueden favorecer el desarrollo de una parentalidad asumida de manera más personal y responsable. Pero también pueden contribuir a desorientar y debilitar la capacidad de escucha y de respuesta de un padre o de una madre frente a su hijo adolescente.”, pág. 51

²²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 308, señala: “La ley confía la gestión y dirección de la vida de hijo *in potestate* a los padres de forma muy amplia (cuantitativa y cualitativa), no porque haya seguridad de que siempre lo vayan a hacer bien, sino porque lo padres son, en principio, lo adultos que más suelen amar a sus hijos, y ese amor inclina a actuar con altruismo y responsabilidad. La amplia autonomía que se les otorga va orientada, por estas razones, en aquel sentido, que comprende su propia limitación”.

²²⁷ LUDEÑA BENÍTEZ, O. D., “El Derecho de familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero 2014, (Derecho comunitario), señala que la responsabilidad parental “es un concepto novedoso para nuestra normativa interna y su contenido viene expuesto en el propio art. 1 del Reglamento, (Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial¹⁶ y de responsabilidad parental) según el cual se incluye: derecho de custodia y visita; tutela, curatela y otras instituciones análogas; designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o bienes del menor, representarlo o prestarle asistencia; acogimiento familiar o en establecimiento; medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes. No se incluyen dentro de este concepto la determinación e impugnación de la filiación, las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, el nombre y apellidos del menor, emancipación, alimentos, fideicomisos y sucesiones, medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores. Se excluyen también las consecuencias patrimoniales del matrimonio y las cuestiones sobre alimentos”, pág. 24/44.

²²⁸ PORCELLI, M., “Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, v. XLII, abril-junio 2013, págs. 654-675, esta actual condición “richiama i genitori all'obbligo di responsabilità”, pág. 665.

²²⁹ Se describe perfectamente en la Ley nº 1098 de 8 de noviembre de 2006, Ley de la infancia y la adolescencia de Colombia, en su artículo 14: “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescente durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²³⁰, en la nueva redacción del artículo 154: “La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”, tal y como había sido reclamado por los agentes jurídicos²³¹. El concepto de responsabilidad²³² unido al ejercicio de la patria potestad²³³ es contemplado en los textos internacionales²³⁴ y la doctrina²³⁵ en relación al ejercicio positivo de la

²³⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

²³¹ *II encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación de Abogados de Familia*, Madrid, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005

en sus Conclusiones sobre “Las reformas del Derecho de Familia”, se recomendaba la sustitución de la expresión patria potestad por responsabilidad parental, en concreto en la “3.3. El término “patria potestad”, debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el Reglamento (CE) 2.201/2003.

²³² SIFFREIN-BLANC, C., “Vers une réforme de la responsabilité civile des parents”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 3, 2011, págs. 479-489, en consonancia con la esta nueva orientación de la patria potestad, se plantea la necesidad de revisar las actuales reglas de la responsabilidad civil de los progenitores en relación a los actos de sus hijos menores (ejercicio de la patria potestad y cohabitación), y propone disociar responsabilidad civil de patria potestad, en el sentido de que la responsabilidad no emanaría tanto del sometimiento del menor a la patria potestad y a la custodia del progenitor, como de la relación de filiación, y consecuentemente se ampliaría la noción de progenitor responsable ya que la responsabilidad civil de este sería la contrapartida del *status* de progenitor, más que de la patria potestad.

²³³ PALAZZO, A., *La Filiazione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale diretto*, CICU, MESSINEO, MENGONI y continuado por SCHLESINGER, Giuffrè, Milán, 2007, señala el tránsito del concepto jurídico y sociológico de la potestad del progenitor sobre el menor a la responsabilidad sobre el mismo, pasando de un poder atribuido al padre a la fusión de derechos y deberes de los padres sobre los hijos, el derecho actualmente no tutela el interés del progenitor a mantener, educar o instruir al menor, aunque indudablemente reconozca el interés del progenitor en el cuidado del hijo pero, actualmente, se establece el interés del hijo menor a ser mantenido, educado e instruido, pág. 588.

²³⁴ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, en su artículo 2 define la responsabilidad parental, como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”.

²³⁵ DE INGLY, F., “Qu’est-ce qu’un bon parent?”, *L’autorité parentales en question*, DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., CHOAIN, C., (eds), Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve d’Ascq, 2003, responde a la pregunta del título diciendo que los buenos padres son los que hacen buen uso de las funciones que le son encomendadas, para ejercer la autoridad parental, debe defenderse que la competencia de un “buen padre” reside en la autoridad parental, dando a esta expresión una nueva dimensión, basada en el respeto mutuo y en el reconocimiento de la especificidad de los derechos y deberes en que se materializa la relación de filiación, págs. 13 y ss.

parentalidad²³⁶, definida como el “comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño”^{237, 238}.

También se ha introducido en relación a la patria potestad, el concepto de autoridad parental²³⁹ desgajando su ejercicio de los progenitores, así en el Código foral de Aragón se contempla la autoridad familiar, no ya referida a los progenitores

²³⁶ Vid., DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., “Réflexions critiques d’une juriste sur la «parentalité»”, *Mélanges en l’honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, París 2012, se muestra muy crítica sobre la recepción de este término en el ámbito jurídico y señala con acierto que el conflicto entre el concepto de autoridad parental, (o en el caso de nuestro Código civil patria potestad) y previene de los inconvenientes y aporías que supone tratar de dar contenido jurídico a una noción sociológica, teniendo en cuenta que la parentalidad se plantea, principalmente en aquellas situaciones en las que una persona distinta del padre o de la madre ejercen prerrogativas de la autoridad parental, es decir, cuando son terceros los que intervienen en la vida del menor, pág. 46.

Para un estudio de las distintas definiciones de parentalidad, DOUMONT, D., RENAR, F., “*Parentalité: Nouveau concept, nouveaux enjeux?*”, Série de dossiers techniques 04-31, Ecole de santé Publique, Belgica, noviembre, 2004, concluyendo que “*La parentalité est «l’ensemble des savoir-être et des savoir-faire qui se déclinent au fil des situations quotidiennes en paroles, actes, partages, émotions et plaisirs, en reconnaissance de l’enfant, mais également, en autorité, exigence, cohérence et continuité».* Cette définition décrit fort bien l’ampleur de la tâche et les difficultés auxquelles les parents et futurs parents devront faire face. On ne naît pas parent mais on le devient ...”, pág. 16.

Así mismo, “Dossier parentalité et droits de l’enfant”, Coordination des ONG pour les droits de l’enfant (CODE), juin 2011: “*le concept est intéressant à analyser dans une perspective « droits de l’enfant » en ce qu’il est à l’origine de toute une série de modes d’intervention des pouvoirs publics qui touchent directement ou indirectement les enfants. Plus précisément, il présente un quadruple intérêt:*

- *Il envisage les différentes obligations parentales (morales, éducatives, matérielles, culturelles...) et a contrario toutes les formes de manquements, défaillances, désarroi dans la fonction parentale, sans les enfermer dans une sanction civile ou pénale;*

- *Il est neutre, sans effet stigmatisant, et permet d’abandonner la terminologie des «bons» ou «mauvais» parents, pour valoriser les fonctions, compétences et ressources parentales ;*

- *Il ouvre toutes les possibilités de soutien ou d’accompagnement ; - Il favorise une logique de partenariat et de co-éducation”.*

²³⁷ Definición dada por la Recomendación, Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad (Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros).

²³⁸ PEÆNIK, N., (con aportaciones de Christian Lalière), “Hacia una visión de la parentalidad en el interés superior del niño”, *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, DALY, M. (ed.), Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012, la parentalidad está enfocada hacia el interés del menor, de manera que la parentalidad negativa se definirá por las acciones u omisiones que debidas a la falta de responsabilidad de los padres comprometan u obstaculicen el desarrollo psico-físico del menor, al considerarse que no la actuación de los padres no responde al interés del menor, pág. 32.

²³⁹ El II encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación de Abogados de Familia, Madrid, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005 en sus Conclusiones sobre “Las reformas del Derecho de Familia”, se recomendaba la sustitución de la expresión patria potestad por responsabilidad parental,

sino a la ejercida por otras personas²⁴⁰, en concreto, el artículo 85 atribuye la autoridad familiar al padrastro o a la madrastra, cuando es cónyuge del único titular de la autoridad familiar y el menor conviva con ambos, incluso cuando fallezca el único titular de la autoridad familiar, y en el artículo 86 atribuye la autoridad familiar a los abuelos, si los titulares no atienden a su hijos menores, o ha fallecido el titular y no se ha aplicado lo dispuesto en el artículo 85, o a falta de estos la autoridad familiar la ejercerán los hermanos mayores (artículo 87)²⁴¹, en ese sentido, “el matrimonio se ha convertido sencillamente en una organización temporal de una pareja que no tiene ya el poder de asegurar la continuidad relacional para los niños nacidos de esta unión. La noción de familia se difumina cada vez más en beneficio de la noción de parentalidad. Actualmente es la parentalidad la que el legislador trata de organizar y no ya la familia”^{242, 243}.

En definitiva, se entiende que el correcto ejercicio de patria potestad viene determinado por la satisfacción de unas necesidades²⁴⁴, por el derecho de todo

²⁴⁰ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

²⁴¹ En estos supuestos, la autoridad familiar se asume voluntariamente y se identifica con el derecho a tener a los menores en su compañía, “para criarlos y educarlos” y “comprende, en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, y no se extiende a la gestión de los bienes del menor” (artículo 88.3 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas)

²⁴² DENIS, P., “Entre familia y parentalidad: algunas consecuencias de las discontinuidades relacionales”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 49, 2010, págs. 79-90, continuando: “Es cierto que el término de familia subsiste todavía pero habitualmente acompañado de un adjetivo: monoparental, recompuesto... Los eufemismos disimulan mal el hecho de que una familia parental solo es una familia desde el punto de vista legal y que las familias llamadas recompuestas no son más que reajustes de familias descompuestas, por muy satisfactorios que sean. Se suele sugerir hablar de multiparentalidad más que de familias recompuestas, y de hecho resulta más objetivo y va más en el sentido de esta sustitución de la noción de familia por la de parentalidad”, pág. 89.

²⁴³ RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012: “Denominamos parentalidad al conjunto de capacidades prácticas que tienen padres, madres y adultos de referencia para cuidar, proteger y educar a sus hijos y/o menores de edad a cargo, y asegurarles así un desarrollo suficientemente sano”, nota a pie de pág. 5, pág. 18.

²⁴⁴ RIECHMANN, J., señala que el “concepto de necesidad se refiere al mundo de los hechos (es empírico en cuanto su referencia lo es). Hechos que no tiene que ser forzosamente materiales, claro: puede tratarse, por ejemplo, de hechos psíquicos. Pero el plano de lo empírico se diferencia en cualquier caso de plano de lo normativo (el ámbito de las normas y los valores, el mundo del “deber ser”), *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, RIECHMANN, J., (coord.), Los libros de la catarata, Madrid, 1998, pág. 11.

menor a una determinada calidad de vida, personal y familiar²⁴⁵, que debe ser proporcionada por los progenitores y garantizada por el Estado^{246, 247}.

Forma parte de esa calidad de vida el derecho y la obligación del menor a vivir con sus progenitores²⁴⁸, correlativo con el derecho/deber de los progenitores²⁴⁹ a tener al menor en su compañía pero, en ningún caso, es un derecho absoluto²⁵⁰ sino condicionado al ejercicio correcto de las funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye²⁵¹ y eso exige una labor de control externo del ejercicio de esas funciones y un recorte de la autonomía de los progenitores²⁵² e incluso del menor, pero no implica negar que el ejercicio de la patria potestad siga estando encuadrada

²⁴⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, (ratificación publicada en el Boletín Oficial del Estado número 103 de 30 de abril de 1977), en su artículo 11.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho”.

²⁴⁶ En el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 se establecía que “(L)a nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias par su desarrollo”.

²⁴⁷ Interesante el estudio HURTADO JORDÁ, J., “Aspectos históricos de las políticas de institucionalización y de desinstitucionalización”, *Intervención social con menores*, BUENO BUENO, A., (coord.) Universidad de Alicante, 1996.

²⁴⁸ Pues como sostiene FERRANDO, G., en “I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà”, *Famiglia e diritto*, nº 12, 2010, págs. 1174-1184, la tutela de las relaciones paterno-filiales garantizadas antes desde el “derecho” de los progenitores, son ahora tuteladas en nombre del “derecho” del hijo, pág. 1181.

²⁴⁹ Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad (Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros), apéndice 5 (Consideración de las responsabilidades, los derechos y las obligaciones de los padres), pág. 4: “De acuerdo con el interés superior del niño, también deben darse relevancia a los derechos de los padres, tal como el derecho a recibir apoyo adecuado de las autoridades públicas para desempeñar sus funciones parentales. El ejercicio por parte de padres y madres de una responsabilidad igualitaria y compartida hacia sus hijos supone una contribución importantísima al desarrollo armonioso de la personalidad del niño”.

²⁵⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio, en su Fundamento de Derecho 6º, mantiene que “el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”.

²⁵¹ El Tribunal Supremo en su sentencia 762/2012, de 17 de diciembre de 2013, en el Fundamento de Derecho nº 3, señala en relación al derecho de los padres a convivir con los hijos menores, que “no estamos ante un sistema de recompensas sino ante el análisis de si los menores pueden desarrollarse afectiva y emocionalmente de manera plena”.

²⁵² Un ejemplo histórico de esa limitación de la autonomía de los progenitores la encontramos en la Ley sobre trabajos peligrosos de los niños, de 26 de julio de 1878, prohíbe a los ascendientes, que tengan como profesión de acróbatas, buzos domadores, toreros u otras análogas, emplear “en las representaciones a sus descendientes menores de doce años” (artículo 1º, tercero), castigándolo con penas de prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas..

dentro de la esfera privada de la familia^{253, 254}, pero este grupo ya no es el reducto numantino de sus miembros, la protección de los menores exige que las fronteras de la intimidad familiar se hayan hecho permeables²⁵⁵, no pudiéndose alegar intromisión de los poderes públicos en la vida privada²⁵⁶ de la familia cuando esté justificada²⁵⁷ por el incumplimiento las funciones parentales²⁵⁸.

²⁵³ El artículo 18 de la Constitución garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar.

²⁵⁴ Se refleja en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, (ratificado por España el 13 de abril de 1977); en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; en el artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981; en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, en su principio 6; la Convención de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, (Instrumento de Ratificación Boletín Oficial del Estado número 313, de 31 de diciembre de 1990), en su artículo 9. El Derecho internacional entiende que los niños se encuentran bajo la jurisdicción inicial de sus padres, dentro del principio de respeto a la autonomía de la familia. Pero, en estos textos, la responsabilidad del Estado se limita a la obligación de intervenir exclusivamente en el caso de que se observe que la familia no protege los derechos básicos del menor, en la consideración que la familia forma parte de la esfera privada del individuo y por ende también del menor, aunque, en realidad, los textos internacionales reflejan más una preocupación por blindar a la familia frente a las injerencias del Estado, que en proteger al menor de su familia.

²⁵⁵ OCHOTORENA, J. de P., ARRUABARRENA MADARIAGA, M. I., *Manual de protección infantil*, Masson, Barcelona, 1996, pág. X del Prólogo.

²⁵⁶ AGUSTÍN INAUDI, R., "El concepto de autonomía personal en Francisco J. Laporta. Consecuencias de sus presupuestos antropológicos", *Análisis e Diritto* 2011, págs. 181-187, Revistas Marcial Pons, "la reserva al individuo de un espacio privado donde pueda desarrollar su concepción del bien limitando el poder del estado a inmiscuirse en él, es uno de los logros más importantes de estado liberal", pág. 186, (se ha respetado la grafía del autor).

²⁵⁷ Convención de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, (Instrumento de Ratificación Boletín Oficial del Estado número 313, de 31 de diciembre de 1990), en su artículo 16.

²⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 84/2011, de 21 de febrero, Fundamento de Derecho nº 4: "La protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (Art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales. (...) A estos efectos hay que recordar que en la sentencia: a) se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; b) la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la administración recurrente; c) el art. 172.4 CC considera incluido en el interés del menor su inserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y d) y seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación".

Como hemos mantenido, el menor es titular de un interés individual pero a la vez forma parte de un contexto familiar, por lo que en la mayoría de los casos, la obligación de los poderes públicos de garantizar del interés superior del menor va a depender de la intervención que se haga sobre la familia²⁵⁹, ²⁶⁰.

Actualmente se reivindica, tanto sociológicamente como legalmente, el papel de los grupos familiares extensos e incluso el papel de terceros²⁶¹ no unidos por lazos de parentesco²⁶² o por relaciones jurídicas²⁶³ y, en este sentido, se reguló de

²⁵⁹ FERNANDEZ DEL VALLE, J., FUERTES ZURITA, J., *El acogimiento residencial en la protección a la infancia*, Pirámide, Madrid, 2007, pág. 166: “A diferencia de lo ocurrido en el pasado, hoy no se puede realizar un acercamiento a la problemática del desamparo infantil sin situarlo en el contexto de la familia. No solo desde el punto de vista explicativo, que siempre fue evidente, sino también y sobre todo desde la perspectiva de las soluciones y de la intervención protectora. Los indicadores más importantes para pronosticar una intervención exitosa en la protección a la infancia tienen que ver con el grado en que las familias se hayan implicado y se las haya incluido en el proceso”.

²⁶⁰ En el sistema jurídico italiano, la Ley 149/2001, de 28 de marzo, Enmiendas a la ley 184 del 4 de mayo de 1983 sobre la «Disciplina de la adopción y del acogimiento familiar de los menores», así como del título VIII del primer libro del Código Civil, en su artículo 1.1, y bajo el título de “el derecho del menor a su familia”, se establece que el menor tiene derecho a crecer y ser educado en el seno de su propia familia; y en su punto 2 especifica que las condiciones de indigencia de los padres o del padre o la madre que detente la patria potestad del menor no han de ser un impedimento para que el menor ejerza el derecho a tener su propia familia, y con este objetivo, la Ley prevé una serie de medidas de apoyo a la familia, y solamente después de esa intervención en el seno de la familia, y si esta sigue imposibilitada de proteger al menor, se aplicarán las medidas de protección del menor fuera del ámbito familiar.

²⁶¹ *Vid.*, en este sentido DAMON, J., *Les familles recomposés*, PUF, París 2012, estas familias son una realidad actual, desde el punto de vista sociológico y jurídico, y que responden a una gran variedad de situaciones, pero que tienen un denominador común, la existencia de un menor que vive, de manera constante o temporal, con un adulto.

²⁶² En ese sentido, resulta clarificadora la sentencia del Tribunal Supremo 679/2013 de 20 de noviembre, que plantea una situación que el propio Tribunal califica como “complejo”, en el que se otorga la guarda y custodia, de una menor al que fue marido de su madre, y padre de la menor hasta que él mismo impugnó la filiación paterna, el cual “dispondrá de facultades tutelares plenas sobre la misma”, entre otras consideraciones por las especiales relaciones que ha tenido (la menor) con este y por estar integrada la menor en la unidad familiar formada por el custodio, el Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho tercero señala que es “el interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (...), y ello exige que no se haga prevalecer el interés de la madre biológica, simplemente conectado con la acción de paternidad ejercitada en su día por el recurrente, sino el que resulta de la valoración los hechos desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción amparada no solo por una convicción de paternidad, sino teniendo en cuenta una situación efectiva que, en estos momentos, resulta indudablemente beneficiosa para la niña puesto que protege todos los intereses en juego, incluso los del padre biológico, que no es parte en el procedimiento, si es que finalmente se consolida la existencia de unos vínculos paterno filiales asumidos y recíprocamente adaptados por el padre biológico y su hija para merecer el consiguiente amparo que se le reconoce en derecho, lo que la Sala desconoce en estos momentos”.

²⁶³ La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, en su artículo 127, referente al acogimiento en familia extensa y acogimiento en familia ajena, en su punto 2, considera que a estos efectos, “se entiende por familia extensa aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el

una manera más precisa el derecho de visitas de los abuelos y otros pariente y allegados por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos²⁶⁴, concepto este que deberá ser considerado en su acepción amplia, que incluya el concepto jurídico pero también el sociológico, por lo que puede “incluirse al nuevo cónyuge del abuelo o abuela, que puede haber tenido una relación estrecha y un trato familiar y afectuoso con el menor (nieto). En nuestro ordenamiento, con la actual Ley 13/2005, encajaría la posibilidad de relación de este con estos abuelos en sentido sociológico, aunque sean personas del mismo sexo que, su abuelo/a, pues son cónyuges del mismo; si bien, lo harían en su consideración como «allegados»”^{265, 266}.

En el contexto de este estudio utilizaremos un concepto de familia amplio, en el que formen parte del grupo familiar menores sometidos a patria potestad, o en la expresión utilizado por las Recomendaciones del Consejo de Europa, sobre los que se ejerza la responsabilidad parental, siendo, en este contexto, casi un indiferente jurídico la relación entre los dos progenitores o si existe un solo progenitor²⁶⁷.

niño o el adolescente y la persona acogedora, o uno de los miembros de la familia acogedora, así como con los convivientes con el niño o el adolescente en los últimos dos años”.

²⁶⁴ Vid. sobre el derecho de los ascendientes a mantener contacto con los nietos en la legislación italiana ROVACCHI, M., “La figura dei nonni nella crisi della famiglia. Il diritto de visita degli ascendenti nei confronti dei minori nella separazione dei genitori”, *Il civilista*, 2010, nº 9, págs. 6-13.

CRISCUOLO, A., *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina: Delle persone e della famiglia (artt. 79-230-“bis”)*, V. 1, CRISCUOLO, A., PUTATURO DONATI, M. G., RUPERTO, C., (coord.), Giuffrè Editore, Milán, 2012, principalmente las páginas 926 -1150, relativas al estudio de los artículo 155 y 155 bis del Codice civile.

²⁶⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I., “Derecho de visita de los abuelos. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de lo civil, de 20 de octubre de 2011”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 2012, año nº 88, número 730, págs. 987 a 1198, pág. 1004.

²⁶⁶ Vid. Sentencia Tribunal Supremo 359/2013 de 24 de mayo de 2013, señalando el derecho de visita de los abuelos con independencia de la calidad de las relaciones personales con los progenitores.

²⁶⁷ Progresivamente nos encontramos con la reducción del círculo familiar, ya ni siquiera representado por pareja con hijos que conviven con ella, sino por progenitor único con hijo a su cargo, las familias monoparentales han aumentado en España un 78 por ciento entre el 2002 y el 2011, Explotación específica de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística, 2012.

5. LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR: UNA RELACIÓN DIRECTA ENTRE EL MENOR Y EL ESTADO.

Como ya hemos mantenido, los retos y cambios socio-económicos a los que se enfrentan las familias, en nuestro caso y en mayor medida a las familias con hijos menores, exigen una protección pública cualificada²⁶⁸, considerando a la familia como objeto prioritario de las políticas sociales y adoptando las medidas jurídicas y sociales necesarias para crear las condiciones idóneas^{269, 270} para el ejercicio positivo de la responsabilidad parental²⁷¹, a través de los “tres elementos fundamentales de la política familiar: prestaciones públicas y beneficios fiscales, medidas para conciliar la vida laboral y la vida familiar, provisión de servicios de atención a la infancia y

²⁶⁸ MARTÍN CASTRO, B., “Estado de Bienestar mediterráneo en crisis: sociedad y Administración españolas en cambio”, *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, v. 6, nº1, 2011, señala que la “asistencia social proporcionada por la familia, con los fenómenos señalados de cambio e inestabilidad, junto al difícilmente perdurable papel de la superwoman y a la mayor longevidad humana –y, en consecuencia, el crecimiento de ancianos dependientes– es harto improbable que pueda hacer frente a tales desafíos sin las suficientes ayudas de diverso tipo y necesarios trasvases intergeneracionales”, pág. 51.

²⁶⁹ La política de protección a los menores pasa necesariamente por la protección de la familia, tanto en nuestro como en los de nuestro entorno, así en el artículo L-112-3 du *Code de la famille et de l'action sociale* señala que la finalidad de la protección a la infancia es prevenir las dificultades a las que se enfrentan los padres en el ejercicio de sus responsabilidades parentales: “*La protection de l'enfance a pour but de prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles et d'assurer, le cas échéant, selon des modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge partielle ou totale des mineurs*”.

²⁷⁰ Es indudable que la preocupación del Estado por canalizar la ayuda a las familias en su misión de cuidar a los hijos no es nueva, por ejemplo en el Real Decreto del Ministerio de la Gobernación de 3 de Agosto de 1853, de creación de los Asilos de Párvulos (publicado en la *Gazeta de Madrid* de 7 de agosto), distingue las medidas establecidas por el Estado para la protección de los menores abandonados “por necesidad, por vergüenza o egoísmo”, de las medidas necesarias para ayudar a los padres que se encuentran en la tesitura de “optar entre la crianza y educación de sus tiernos hijos, o la asistencia á los talleres, fábricas u otros lugares, donde únicamente e á costa de ímprobo trabajo pueden ganar el pan para su familia”, creándose los Asilos de Párvulos para ayudar a los padres a lo que, en la actualidad, denominaríamos conciliación de la vida laboral y familia, donde se acogía durante el día a los niños pobres y menores de seis años, considerándolos un servicio municipal de beneficencia pública.

²⁷¹ Como señala FERRANDO, G., en “I diritti dei minori nella familia in difficoltà”, en *Famiglia e diritto*, nº 12, 2010, págs. 1174-1184, cada vez es más patente la necesidad de la ayuda pública a la familia para que pueda desarrollar sus funciones, “*(P)rende corpo l'idea che è compito delle istituzioni agevolare la familia negllo svolgimento dei suoi compiti, sostenendo le responsabilità dei genitori con misure appropriate*”.

otros servicios”²⁷². No puede hacerse recaer sobre la unidad familiar las disfunciones que se puedan crear por falta de recursos públicos o de políticas que protejan a la familia²⁷³ en general, para evitar la desintegración de esa familia por causas ajenas a ellas (desempleo, enfermedad, pobreza...) y que ponen en situación de riesgo al menor. Es decir hay que prevenir antes para evitar que aparezca el riesgo²⁷⁴.

Es incuestionable que la configuración del Estado como garante del bienestar de los menores implica una creciente fiscalización y control de la vida del menor y de su familia²⁷⁵, así como la asunción de parte de las funciones que ésta tenía encomendadas, los poderes públicos han ido aumentando las intervenciones en el ámbito familiar para reestructurar su comportamiento como contraprestación al

²⁷² Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad (Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros).

²⁷³ “La famille est sous la regard de la société: le phénomène est modelé par le droit”, BATTEUR, A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, L.G.D.J, Pari, 2009, introduction.

²⁷⁴ La Alianza Europea para la Seguridad Infantil (European Child Safety Alliance), en su informe *Prioridades para la Seguridad Infantil en la Unión Europea*, Ámsterdam, 2004, en el epígrafe “Bajos ingresos y lesiones de la infancia” señala que: “La unidad familiar tradicional y las familias numerosas están cambiando rápidamente con el mayor número de divorcios en relación a años anteriores, dejando un número elevado de familias monoparentales en condiciones desfavorables para los niños, a quienes también tenemos que cuidar. Estos cambios influyen directamente en la producción de lesiones en la infancia y en su prevención y deben ser tomados en cuenta cuando se determinan las estrategias de prevención (...) La pobreza puede influir en la lesividad de diferentes maneras. La pobreza económica puede aumentar los riesgos para los niños. En el ámbito del tráfico, los niños más pobres suelen vivir en áreas con alta densidad de tráfico, habitan en hogares cuyas puertas se abren directamente a la calle, con menos áreas de juego y que se desplazan habitualmente andando o en bicicleta en vez de hacerlo en automóvil. Cuando los niños son transportados en coches, las familias más ricas tienen acceso a coches más nuevos, con mejores sistemas de seguridad, como por ejemplo las barras de protección laterales. Esto sucede también en las viviendas más caras, donde se instalan mejores medidas de seguridad tales como detectores de humo, puertas de seguridad y defensas contra el fuego. Las personas que habitan en condiciones más precarias, pueden correr un riesgo más elevado de sufrir incendios con mobiliario viejo o equipos de calefacción e instalaciones eléctricas anticuadas. Los factores sociales pueden influir en la capacidad de los padres para supervisar a sus hijos, lo que incluye a las familias monoparentales, el grado de madurez de los padres, la experiencia y concienciación, la depresión y la enfermedad familiar o el tamaño de la familia”, págs. 22-23.

²⁷⁵ En este sentido es esclarecedora la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos VAUTIER c. FRANCE, nº 28499/05, de 29 de noviembre de 2009, en su punto 59: “*Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l'État des obligations positives inhérentes à un «respect» effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établi, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés (...).*”

60. *La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents ; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (...).*”

derecho de la familia y del menor a una protección integral²⁷⁶, ello ha dado lugar a que lo que podemos denominar “dinámica familiar” se inscriba en una compleja red de actuaciones y medidas de operadores de ámbitos muy diversos y no siempre con criterios comunes.

En el sistema político-jurídico implantado por la Constitución hay tres cuestiones que inciden con especial relevancia en el tema de este estudio, en primer lugar, el constituyente en el artículo 1 manifiesta de manera inequívoca la voluntad de establecer en España el modelo de Estado social, lo que supone la superación del Estado liberal de Derecho no intervencionista, sustituyéndolo por un Estado de Derecho activo, garante de un determinado nivel de bienestar social para sus ciudadanos. En coherencia con ello, la Constitución considera la protección del menor como una responsabilidad de los poderes públicos de carácter global, universal e integral²⁷⁷. En tercer lugar, el establecimiento de un sistema de organización territorial del Estado, se reconocen territorios con competencia legislativa y capacidad de autoorganización administrativa en aquellos ámbitos de competencia exclusiva.

El que nuestra Constitución enunciase en su artículo 1 que su forma política es la de Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad²⁷⁸, no era una mera declaración de principios sin contenido jurídico, suponía una transformación del Estado y de la sociedad, ya que se atribuye al Estado la responsabilidad en la configuración del orden social constitucionalizase la técnica de actuación positiva de los poderes públicos²⁷⁹ pero, como no podía ser de otro modo,

²⁷⁶ BATTEUR mantiene que “(L’)idée de protection de l’enfant est apparue progressivement, impliquant un contrôle sur la manière dont le père exerçait ce que l’on appelait la puissance paternelle”, BATTEUR, A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, L.G.D.J., 2009, pág. 191.

²⁷⁷ Esta idea de protección integral ya estaba presente en la Ley del 12 de agosto de 1904 de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad (Gaceta, 17 de agosto), que aunque referida solo a la protección de los menores de dieciséis años, establecía en el artículo 1º que la protección a la que quedaban sujetos esos menores “comprende la salud física y moral del niño, la vigilancia de los que han sido entregados a la lactancia mercenaria o estén en Casa-Cuna, escuela, taller, Asilo, etc., y cuanto directa o indirectamente pueda referirse a la vida de los niños durante este periodo”

²⁷⁸ Y por supuesto, en su calidad de Estado democrático propugna el pluralismo político.

²⁷⁹ Sobre el concepto de Estado social, *vid.* GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1972; GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado*

no se establece un sistema cerrado para lograr ese orden sustantivo que es la justicia social; ahora bien, sí contiene los pilares en los que debe basarse ese orden, al señalar en el Capítulo III del Título I, bajo el epígrafe de “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, una relación bastante exhaustiva y abierta, de los derechos sociales y económicos, que definen la fórmula de Estado social y que van a condicionar la actividad de los poderes públicos, determinando la política legitimadora de un Estado social.

No es posible entrar en este trabajo en las características del Estado social, pero si es necesario hacer algunas puntualizaciones que habrá que tener en cuenta dado que siguen siendo absolutamente válidas en el contexto de la protección institucional de los menores, porque esas características son las que legitiman la actuación de los poderes públicos en el ámbito privado del menor.

En primer lugar, el Estado social responde a una serie de planteamientos históricos tales como la constatación de que, en la sociedad contemporánea, se ha producido un proceso de radicalización de la interdependencia²⁸⁰ de los individuos y, como hemos visto, el hombre concebido como una individualidad por el Derecho, necesita la colaboración de la sociedad²⁸¹ para la satisfacción de las necesidades más

social y democrático de derecho, Tecnos, Madrid, 1992; PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983.

²⁸⁰ DUGUIT, L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Edit. Félix Alcan, París, 1908, “*Dans la solidarité (sociale) je ne vois que le fait d'interdépendance unissant entre eux par la communauté des besoins et la division du travail les membres de l'humanité et particulièrement les membres d'un même groupe social. Il n'y a pas de politicien de village qui ne parle de la solidarité sociale, sans comprendre au reste la portée de ces mots. Aussi préfère-je dire l'interdépendance sociale*”, pág. 8.

AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos, un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994: “Las necesidades no tienen sólo un origen fisiológico, sino que permiten, además, dar razón de la socialidad humana, de modo que su núcleo originario es también psicológico y social”, pág. 191.

²⁸¹ En el Estado social se da un cambio significativo en las relaciones individuo-Estado, es la sociedad la que se relaciona con el Estado por lo que no puede configurarse a este como algo ajeno al individuo, ni a la sociedad civil, las estructuras del poder están al servicio y son instrumentos para la consecución de valores, objetivos y fines colectivos, en este sentido Sentencias Tribunal Constitucional números 18/1984, de 7 de febrero y 23/1984, de 20 de febrero.

SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 135, al establecer el tránsito del Estado liberal de Derecho a un Estado social, señala que la sociedad es la que debe organizarse en Estado por lo que “*todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y político-sociales. (...) La sociedad convertida en Estado, se transforma en Estado económica, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico*”.

básicas. Junto a este factor objetivo, se une un factor psicológico y ético²⁸², se va tomando conciencia de que el Estado es responsable de un mínimo de bienestar de los ciudadanos, el Estado, además de garantizar seguridad jurídica, debe proporcionar una seguridad de ámbito social a través de la participación de todos en los beneficios generados por el sistema productivo.

Esa actitud de los administrados se debe, entre otras razones a la evolución, del concepto decimonónico de libertad, basada en un aforismo sencillo, el crecimiento del individuo como ciudadano era inversamente proporcional a la contención del poder estatal. Los fallos de esa concepción permite que se vaya abriendo camino otro enfoque, la libertad para que surta efecto debe sustentarse sobre unos contenidos, sobre un sustrato de oportunidades dignas entre las cuales pueda escoger el individuo, y ello cristaliza en la conceptualización de la igualdad material. Este planteamiento forma parte de la esencia de la fórmula jurídica de Estado social, en la igualdad material²⁸³, confluyen el reconocimiento de los derechos individuales y los económicos-sociales, pero en estos últimos es necesaria la intervención del Estado²⁸⁴ para garantizar, a través de una organización de servicios y prestaciones, unas condiciones determinadas que hagan viable el ejercicio de los mismos, organización y servicios que constituyen una obligación del Estado²⁸⁵, como ya hemos señalado, es a través de la consecución de esa igualdad material o sustantiva donde la persona encuentra el contexto necesario para la consecución del libre desarrollo de su personalidad.

ARCE Y FLÓREZ-VALDES, J., *El derecho civil constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, pág. 29.

²⁸² CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Defensa del Estado Social*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, págs. 23 y ss.

²⁸³ GARCÍA MACHO, R. "Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad", *Revista catalana de dret públic*, nº. 38, 2009, pág. 67-96, señala en este sentido que "(L)a relación entre el Estado social y la libertad funcional, o sea, al servicio de la libertad, tiene una importancia de primer orden para la persona, pues con ello el fin de la cláusula del Estado social y los derechos sociales no se limita a una actividad de prestación solamente, sino son también garantía de la libertad, lo que permite una integración plena de la persona en la vida social y política", pág. 67.

²⁸⁴ Vid. COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

²⁸⁵ En este mismo sentido, GARCÍA HERRERA, M. A., "Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española", UNED, *Revista de Derecho Político*, números 58-59 (2003-2004), págs. 277-304, pág. 282.

Nuestro ordenamiento jurídico da entrada a esa nueva concepción. El artículo 1 de la Constitución española no deja lugar a dudas en cuanto al tipo de Estado que se quería para la sociedad: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. Y en ese sentido, no hace sino adoptar lo que ya había sido ensayado en Europa a partir de los años cuarenta²⁸⁶, por lo que recoge toda la tradición jurídica y doctrinal europea²⁸⁷ sobre esta forma de Estado en el que a través de la determinación de los derechos sociales se impone al poder público una determinada actuación sistemática concretada en el establecimiento de normas de organización específicas para hacer efectivos esos derechos, que constituyen la configuración misma de esta forma de Estado.

Y en ese sentido, el artículo 1 de la Constitución no es una declaración programática que convierta su contenido en mero constitucionalismo social, supone atribuir al Estado el deber jurídico de creación de una administración prestacional que convierta los derechos sociales, y en concreto los derechos prestacionales en sentido estricto, en la base de una sociedad cohesionada²⁸⁸ y justa²⁸⁹. Se podría

²⁸⁶ Hay que tener en cuenta que la constitucionalización de los derechos sociales no se inicia en esos momentos, con anterioridad, y ya en el siglo XX, se habían incorporado a la Constitución de Weimar y a nuestra Constitución republicana del 1931, pero su recorrido histórico fue breve.

²⁸⁷ Nouvelle stratégie et Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la cohésion sociale approuvés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 7 Juillet 2010, en su punto 9: *“Les droits sociaux ont joué un rôle important dans le développement de l'Europe, qui se distingue du reste du monde sur ce plan. Le modèle européen fondé sur les droits sociaux a permis de créer et de préserver une cohésion et une solidarité sociales, mais il est aujourd'hui mis à mal par la mondialisation et par d'autres évolutions. L'émergence d'une société fragmentée, dans laquelle davantage de personnes rencontrent des obstacles à la pleine jouissance de leurs droits ou dépendent des prestations sociales et d'autres services publics, et où les inégalités se creusent entre riches et pauvres, constitue l'un des principaux défis à la cohésion sociale en Europe”*.

²⁸⁸ Nouvelle stratégie et Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la cohésion sociale approuvés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 7 Juillet 2010: *“Le Conseil de l'Europe définit la cohésion sociale comme la capacité d'une société à assurer le bien-être de tous ses membres – en réduisant les disparités et en évitant la marginalisation –, à gérer les différences et les divisions, et à se donner les moyens d'assurer la protection sociale de l'ensemble de ses membres. La cohésion sociale est un processus dynamique et une condition indispensable à la justice sociale, à la sécurité démocratique et au développement durable. Les sociétés divisées et inégalitaires ne peuvent garantir la stabilité à long terme”*.

²⁸⁹ PAREJO ALFONSO, L., afirma que en la actualidad se sigue adaptando la actividad prestacional del Estado en aras a la consecución de esa justicia social a la nueva realidad económica y social del país, a través de un nuevo enfoque de los servicios sociales, en *“Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”*, en *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, MUÑOZ MACHADO, GARCIA DELGADO, GONZÁLEZ SEARA, (dirs.), Civitas, Madrid, 2012, pág. 795 y ss.

PAREJO ALFONSO, L., JIMENEZ BLANCO, A., ORTEGA ALVAREZ, L., *Manual de Derecho administrativo*, 2ª edic., Ariel, Barcelona, 1992, pág. 68, ya mantenía esta tesis: *“existe el deber*

decir que en todo este proceso, se ha producido una civilización del Estado plasmada en una mayor preocupación del Estado por el individuo, estableciéndose modelos de intervención²⁹⁰ que hagan realidad los postulados sobre los que se asentó el concepto de persona en el siglo XIX, a través de la responsabilidad estatal con respecto a la procura de un mínimo existencial adecuado a la dignidad de la persona²⁹¹.

5.1. ESTADO NECESARIO O ESTADO CORRECTOR²⁹².

Como hemos expresado el modelo jurídico de Estado elegido por el constituyente fue el de Estado social, no el de Estado de bienestar²⁹³, cuestión esta

jurídico de los poderes públicos de actuación positiva sobre el orden social para su configuración y en términos de responsabilización al Estado del orden de la sociedad “*in totum*”.

²⁹⁰ SERRANO TRIANA, A., considera que “se trata de una intervención, (...) que se justifica por una necesidad intrínseca de los sistemas políticos para dar unas respuestas efectivas a los fuertes requerimientos de los distintos grupos y fuerzas sociales”, en *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social 1983, pág. 24.

²⁹¹ RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág.27 y ss., mantiene le corresponde al Estado social la obligación de establecer más igualdad mediante la superación de las diferencias sociales y el control sobre las relaciones de dependencia; seguridad social frente a riesgos y contingencias vitales, y responsabilidad estatal de contribuir a la creación de una situación económica que permita la participación de todos en el bienestar.

²⁹² Expresión tomada de DELGADO-OCANDO, J. M., “Estado Social de Derecho y Administración Prestacional”, en *Revista Gaceta Laboral*, vol. 1, número 2, 79-86, 1995, pág. 83.

²⁹³ *Vid.* GUTIERREZ RESA, A., “El Plan concertado de Prestaciones básicas de Servicios Sociales en España (Once años del Plan Concertado)”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, número 93 de 2001, págs. 89-130, realiza un interesante estudio de los servicios sociales en los años anteriores y posteriores a la Constitución y, considero que con acierto, señala que antes de la aprobación de la Constitución, España contaba con un sistema de Estado de Bienestar, desde los años 70 del siglo pasado el Estado inicio una clara intervención para lograra cotas de bienestar social mayores principalmente en el sector educativo, (Ley General de Educación de 1970), y en sanidad (Ley de Reforma y Perfeccionamiento de la Seguridad Social 1972, que incluía junto a la atención sanitaria los servicios sociales y la asistencia social vinculada a la Seguridad Social), y el mantenimiento del sistema publico de Beneficencia, pág. 90.

Sin embargo, GARCÍA HERRERA, M. A., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, UNED, *Revista de Derecho Político*, números 58-59 (2003-2004), págs. 277-304, sin embargo, sostiene que no existía sistema de bienestar Ha sido opinión común la debilidad e insuficiencias del sistema prestacional recibido del régimen franquista. La carencia de libertades impedía la defensa de los intereses de los trabajadores y sectores sociales desfavorecidos. Hasta el advenimiento de la democracia las autoridades públicas se guiaban por la doble consideración de una ideología asistencial de inspiración religiosa que se traducía en un sistema de ayuda a los pobres y marginados, en la respuesta a las demandas que provenían del proceso de industrialización y a la

que tiene consecuencias importantes, y aunque sean términos que tanto la doctrina como las normas utilizan como análogos²⁹⁴, porque ambos denominan aquella forma de Estado en la que prevalece el aspecto social, no son iguales, por lo que es necesario diferenciar ambos conceptos²⁹⁵, dado sus posibles repercusiones en la materialización de la protección de la persona del menor.

Si el Estado del bienestar supone el compromiso del Estado en el gobierno de la economía, corrigiendo sus disfunciones como garantía del pleno empleo y a través de ello mantener la cohesión social y, por lo tanto, se refiere a un aspecto concreto de la acción de los poderes públicos materializada en una política socioeconómica sectorial; el Estado social supone un modelo de configuración del Estado, tiene un enfoque totalizador, por lo que, como hemos mantenido, le corresponde la ordenación global de la sociedad a través de una actuación sistematizada, y ello supone el reconocimiento a los ciudadanos de un conjunto de derechos prestacionales con el fin de asegurar la procura vital y la exigencia de que el Estado establezca y mantenga una organización de servicios y prestaciones que garanticen esos derechos, su existencia es necesaria para la consecución de unos valores y fines que van unidos a su formulación.

atención de ciertas necesidades sociales para compensar la ausencia de libertades. En este contexto se procedió a establecer un sistema de seguridad social, a favorecer el acceso a la enseñanza para responder a las necesidades tecnológicas, a disponer ayudas a la vivienda, etc., sin embargo, la imposibilidad de defensa política de los sectores afectados acarrea la primacía de una concepción paternalista lastrada además por la escasez de recursos económicos. Esta compleja situación, caracterizada por la inexistencia de un sistema de bienestar y por las expectativas y demandas de la población, fue la difícil herencia que recibió el régimen democrático, cuya primera respuesta consistió en el consenso que se alcanza sobre ciertos contenidos sociales en los Pactos de la Moncloa y en disponer un articulado sistema constitucional de derechos sociales coherentes con los postulados ideológicos y las bases políticas y económicas del Estado Social que abarcaba la existencia de los ciudadanos, desde la cuna, con la protección de la familia, a la tumba, con la ayuda a la tercera edad”, págs. 296-297.

²⁹⁴ AMOROS DORDA, F. J., “Comisiones de Investigación: Comentario introductorio al Capítulo III del Título I de la Constitución”, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española 1978*, ALZAGA VILLAAMIL, O., (direc.), EDERSA, Madrid, 1983-1989, pág. 3, mantiene que cuando la Constitución consagra como forma de Estado el Estado social se está hablando de “la traducción a términos jurídicos del concepto acuñado en la teoría económica para referirse al Estado interventor, surgido en el periodo de entreguerras la hilo de la doctrina de John Maynard Keynes: el Estado de Bienestar o Welfare State”.

²⁹⁵ GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza editorial, Madrid, 1982, pág. 14, mantenía el mismo criterio de defensa de la diferencia conceptual entre el Welfare State o Estado de Bienestar y el Estado social al considerar que el primero “se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades del bienestar social, siendo un concepto mensurable, en función de las distribuciones de las cifras del presupuesto destinadas a servicios sociales y otros índices”.

Esta distinción no es baladí en la situación actual de crisis económica en la que se cuestiona la actividad prestacional del Estado. La crisis de uno y otro modelo de Estado tienen tiempos y contenidos diversos, se puede producir una crisis del Estado del bienestar, materializada en una menor presencia del poder público en la economía, una disminución del Estado y más presencia del mercado²⁹⁶, sin que necesariamente ello suponga una afectación a los postulados básicos del Estado social²⁹⁷, como ya quedó demostrado durante la crisis de los años 70 del anterior siglo. En realidad, a partir de esa década se inició el abandono paulatino por parte de los poderes públicos occidentales de los principios político-económicos en los que se asentaba el modelo de Estado de Bienestar y, sin embargo, en ese contexto solo se planteó la necesidad de redefinir las coordenadas del Estado social sin abordar su desaparición, en el entendimiento de que aunque la configuración de Estado como social va unido al mantenimiento de un sistema de bienestar de los ciudadanos²⁹⁸, el Estado social supone un plus, un *maior*, ya que abarca “no solo los aspectos del bienestar, aunque estos sean uno de sus componentes esenciales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo”²⁹⁹.

Pero lo que caracteriza la situación actual es que a esta desaparición³⁰⁰ del modelo de organización política que suponía el Estado de Bienestar se añade la

²⁹⁶ RAMON FERNANDEZ, T., Prólogo al libro de SERRANO TRIANA, A. *La utilidad de la noción del servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.

²⁹⁷ TORNOS MAS, J., “Crisis del estado de bienestar. El papel del derecho administrativo”, X Congreso italo-español de profesores de Derecho administrativo, Madrid 18,19 y 20 de octubre de 2012, pág. 4, señala que la crisis económica de los años 80 afectó de manera significativa al sistema de bienestar de los países occidentales, pero sin embargo en Europa se mantuvo e incluso se potenció la estructura del Estado social.

²⁹⁸ MARTÍN RETORTILLO, S., señala que nuestra Constitución establece una determinada manera de configuración del sistema de Estado social y democrático de derecho ya que cuando se redacta ya se han producido rectificaciones importantes en otros ordenamientos jurídicos, por lo que ya que incorpora una nueva consideración de este modelo de Estado, que supone, “sin duda alguna, el canto del cisne de una forma concreta del Estado social de Derecho; el también llamado Estado del bienestar. Quede bien claro: no se abandonan los principios que inspiran este último, sino que, como se verá, tal objetivo se plantea sobre bases del todo distintas”. En “La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años”, *Revista Administración Pública*, nº 150, 1999, pág. 264.

²⁹⁹ GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza editorial, Madrid, 1982, pág. 14.

³⁰⁰ En el discurso del Rey Guillermo Alejandro de Holanda en la apertura del Parlamento anuncia la sustitución del “clásico estado de bienestar de la segunda mitad del siglo XX por una sociedad participativa”. (...) “El paso hacia una sociedad participativa es particularmente notable en la

amenaza creciente al contenido del Estado social³⁰¹, cuestionándose no solo su viabilidad económica³⁰² sino también su propia estructura^{303, 304}; en la segunda década del siglo XXI la crisis se ha acentuado y por lo tanto su cuestionamiento es aún más acusado, la estructuras sociales, económicas y laborales están sufriendo cambios drásticos³⁰⁵, lo que supone que, desde el propio sistema, se esté realizando un progresivo adelgazamiento de los servicios ofertados por el Estado para el mantenimiento de un nivel mínimo de bienestar³⁰⁶, derivando esos servicios hacia la

seguridad social y en los que necesiten cuidados de larga duración. Es precisamente en esos sectores donde el clásico Estado del bienestar de la segunda mitad del siglo XX ha producido sistemas que en su forma actual ni son sostenibles ni están adaptados a las expectativas de los ciudadanos”, El País, 17 de septiembre de 2013.

³⁰¹ DE CABO MARTÍN, C., en su obra *Teoría constitucional de la solidaridad* mantiene que cuando los efectos de la crisis económica produce la crisis “del Estado social, (...) esta última se proyectó inmediatamente sobre el Estado democrático y sobre el Estado de derecho, induciendo transformaciones importantes reductoras de la democracia política y social así como el galantismo en ámbitos específicamente relevantes”, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 50.

³⁰² En el momento actual la legitimidad del Estado parece no derivar de su actividad prestacional sino de la sostenibilidad del sistema mismo, se ha sacralizado el concepto de sostenibilidad.

³⁰³ TORNOS MAS, J., “Crisis del estado de bienestar. el papel del Derecho Administrativo”, *XIX Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo*, Madrid 18,19 y 20 de octubre de 2012, pág. 1: “El Estado del bienestar, entendido como el modelo de organización política basado en el gobierno de la economía por el Estado con el fin de lograr el pleno empleo y la cohesión social fue abandonado tras las crisis del Estado de bienestar de 1970 y 1990. La primera crisis económica impuso ya de forma clara los principios del neoliberalismo y la crisis de la socialdemocracia, lo que comportó la paulatina reducción del Estado, el predominio del mercado, y la imposición de los principios de la desregulación, liberalización y privatización, así como el traslado de la regulación económica a autoridades independientes. Se vuelve a separar la sociedad del Estado y el interés general se identifica con la suma de intereses individuales. La legitimidad de la actuación se busca en el procedimiento y se fomenta la autorregulación”.

³⁰⁴ OJEDA MARIN A., ya señalaba ese peligro al analizar la crisis del Estado de Bienestar de los años 70: “la crisis no es solo económica, ni financiera (...) realmente lo que está en cuestión es el propio modelo de Estado e incluso, el modelo de sociedad o, si se quiere, un cierto tipo de civilización, consumista en lo económico y estatista en lo social”, *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1993, pág. 19.

³⁰⁵ Vid. MORENO, L., *La Europa asocial. Crisis y Estado de Bienestar*, Península, Barcelona, 2012, que también muestra la preocupación de que en la actual crisis no solo se están realizando recortes en el gasto social sino que se está produciendo un posible cambio civilizatorio en el que se plantea que el Estado de Bienestar puede ser prescindible.

³⁰⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU -48º período de sesiones de 30 de abril a 18 de mayo de 2012 (E/C.12/ESP/CO/5), aprobó en su sesión de 18 de mayo de 2012, en relación con el examen del quinto informe periódico de España sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras las observaciones finales (C, 8): Principales motivos de preocupación y recomendaciones: “El Comité expresa su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte, perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, especialmente los pobres, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los adultos y los jóvenes desempleados, las personas mayores, los gitanos, los migrantes y los solicitantes

sociedad³⁰⁷, obviando la obligación del Estado de intervenir para garantizar un determinado nivel de bienestar a sus ciudadanos³⁰⁸, obligación que en el Estado social se debe a un imperativo legal^{309, 310}.

Esta situación de crisis global ha supuesto una reducción drástica de la Administración prestacional, o en expresión de GARCÍA PELAYO³¹¹ del Estado administrativo, por lo que cabe preguntarse hasta qué punto puede retrotraerse la

de asilo (art. 2, párr. 1)". Por lo que "recomienda al Estado parte que garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En este contexto, el Comité recomienda al Estado parte que recopile información estadística desagregada, con el objeto de identificar a las personas y grupos afectados y aumentar la eficacia de sus esfuerzos para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales. El Comité también señala a la atención del Estado parte su carta abierta sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, con fecha 16 de mayo de 2012.

³⁰⁷ MARTÍN CASTRO, B., "Estado de Bienestar mediterráneo en crisis: sociedad y Administración españolas en cambio", *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, v. 6, nº1, 2011, págs. 35-55, en la situación de crisis actual se plantea la legitimidad del estado de bienestar, ya que "parece hartos difícil mantener las cosas tal como están. Desde la visión más pesimista, las consecuencias que cabría esperarse irían desde la quiebra de los criterios de solidaridad universal, que implicaría trasvases tanto de responsabilidades públicas al mundo privado como de debilitamiento de criterios redistributivos, coordinados por los niveles centrales a la periferia territorial", pág. 44

³⁰⁸ SUBIRATS, J. sostiene que "(E)l bienestar, de ser entendido como una seguridad en el mantenimiento de los derechos sociales para toda la población (universalismo-homogeneidad-jerarquía), se va viendo cada vez más como una nueva forma de entender las relaciones sociales de manera integradora y solidaria (especificidad-reconocimiento-participación). El punto clave de las políticas sociales de nueva generación sigue siendo la lucha contra las desigualdades, pero evitando la homogeneidad, reconociendo las diferencias y planteando una fuerte defensa de la autonomía y la singularidad, entendidas como situaciones en las que no se da una relación de dominación de unos sobre otros, sean éstos quienes sean. Se aspira a una fuerte equidad, valorizando la diversidad y apostando por que cada quien pueda seguir sus trayectorias vitales y personales desde su autonomía. Y es en esa nueva visión en la que la concepción de lo común tiene mucho que aportar", VV. AA., *Informe España 2012. Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro-CECS, 2012, págs. LVIII-LIX.

³⁰⁹ SERRANO TRIANA, A., considera que "se trata de una intervención, (...) que se justifica por una necesidad intrínseca de los sistemas políticos para dar unas respuestas efectivas a los fuertes requerimientos de los distintos grupos y fuerzas sociales", en *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social 1983, pág. 24.

³¹⁰ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León en su Exposición de motivos señala que el "objetivo último de todas las actuaciones reguladas en la Ley la promoción del bienestar social de la infancia".

LEY 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, en su Preámbulo señala que esta Comunidad Autónoma "presenta dos características indiscutibles que han de tenerse muy presentes a la hora de articular los mecanismos de apoyo a la familia. Por una parte, una gravísima retracción de la natalidad y un alarmante envejecimiento de la población, que dificulta las posibilidades de renovación generacional y, en consecuencia, el mantenimiento del Estado de bienestar social alcanzado y su desarrollo".

³¹¹ GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1982.

implantación de las técnicas públicas de plasmación de los derechos sociales³¹², y considero que la respuesta viene condicionada por el concepto de dignidad, dado que la actividad desarrollada por los poderes públicos en implantación del Estado social tiene como marco el artículo 10 de la Constitución que eleva la dignidad de la persona a fundamento del orden político y la paz social, es un valor absoluto, que debe servir de parámetro para interpretar todo el ordenamiento jurídico español³¹³.

Ahora bien, la dignidad humana³¹⁴ no es un concepto unívoco ni estático, su carácter dinámico exige a la sociedad y a los poderes públicos una constante revisión de los derechos inviolables, de la libertad y de la igualdad que forman parte inescindible del valor constitucional de la dignidad³¹⁵, porque a través de los valores constitucionales el contenido de la Constitución va actualizándose y adaptándose a las nuevas necesidades de la persona³¹⁶.

³¹² RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, V., 2.826.549 *Razones la protección de la infancia frente a la pobreza: un derecho, una obligación y una inversión*, SAVE THE CHILDREN, elaborado por con datos actualizados a 13 de noviembre de 2013, señala que "(E)n un contexto como el actual en el que un importante número de familias están sufriendo limitaciones de sus ingresos que imponen obstáculos y dificultades para la realización de los derechos de los niños y las niñas, el Estado y sus diferentes administraciones tienen la obligación de intervenir de manera eficaz como garantes de estos derechos. En este contexto, todas las reformas planteadas deberían contemplar un análisis detallado de la situación de los niños y las niñas en situación de pobreza, qué respuesta demandan de las administraciones y las razones por las que las administraciones públicas actualmente no pueden darles una respuesta adecuada. Y a partir plantear las medidas, reformas estructurales y asignación de recursos que sean necesarias. Este no ha sido el planteamiento, lo que resulta enormemente preocupante porque sólo en estos términos se puede hablar de eficiencia: en la medida que estas reformas logren dar cumplimiento a los compromisos internacionales y las disposiciones del derecho español que consagran la protección y realización de los derechos de los niños y las niñas. Si esto no se contempla, es la mera rentabilidad a corto plazo lo que se persigue, algo que pasará factura al conjunto de la sociedad en los próximos años y décadas", pág. 105

³¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., considera que los valores constitucionales constituyen "la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por lo tanto, toda su interpretación y aplicación", en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 98.

³¹⁴ Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, (reitera ese mismo enfoque la STC 91/2000): "(...) la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".

³¹⁵ ORTEGA Y GASSET, J., *Origen y epílogo de la filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1960, pág. 79, escribió: "la historicidad parece traer consigo que toda cosa propiamente humana nace un día y muere otro. Nada propiamente humano, si es algo real, y por lo tanto concreto puede ser permanente. Esto no significa que en el hombre no haya nada constante. De otro modo no podríamos hablar del hombre, de la vida humana, del ser humano", y entiendo que esa constante no es sino la dignidad del hombre.

³¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, recoge esta idea señalando que los contenidos de la Constitución "es un «árbol vivo» que, debe ser interpretados de manera evolutiva para acomodarse a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar

Esta necesidad de concretar en cada momento histórico el significado de la dignidad legitima que la finalidad de la actividad prestacional de la Administración pública no se encuentre absolutamente prefigurada, por ello la Constitución, en su artículo 9.2, establece la obligación genérica de los poderes públicos de promover las condiciones para configurar en cada momento histórico el contenido real y efectivo de la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos en los que se encuentre integrado, removiendo los obstáculos que supongan una traba a la concepción de dignidad de la persona.

Pero esa legítima necesidad de adaptación no puede implicar un desconocimiento de los derechos sociales o una disminución excesiva de la actividad prestacional que garantiza los ya reconocidos, alegando circunstancias socioeconómicas desfavorables. Ello lleva a plantearse, entre otras cuestiones, la reversibilidad de los derechos sociales³¹⁷. Parte de la doctrina³¹⁸ reconoce el carácter

su propia relevancia y legitimidad, y «no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11)».

³¹⁷ Tribunal Constitucional, Auto 129/2014, de 5 de mayo de 2014. Voto particular que formulan los Magistrados doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré al Auto dictado en el recurso de amparo núm. 6698-2013, de 12 de mayo de 2014, que desestima el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la providencia de inadmisión de 14 de febrero de 2014 “debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica «no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3”

³¹⁸ Vid. PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, recoge el estado de la cuestión en la actualidad.

PAREJO ALONSO, L., “Estado Social y Administración Prestacional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, número 57, 2000, pág. 24, sostiene que la “inconstitucionalidad de toda legislación de desarrollo constitucional que sin fundamento suficiente, es decir, justificable en términos constitucionales, esté derechamente dirigida a la supresión o, simplemente, al recorte, por sí mismos, de contenidos propios de derechos sociales ya establecidos por ese mismo legislador. En ningún caso parece plausible, sin embargo, una afirmación de inconstitucionalidad de la mera omisión o inactividad del legislador ordinario”.

reversible de los derechos reconocidos por el legislador en el desarrollo de los derechos sociales de la Constitución³¹⁹, porque su redacción los configura fundamentalmente como mandatos de optimización y el hecho de que estén positivados en normas de contenido prestacional no supone la imposibilidad legal de efectuar una posible revisión de los niveles de protección que se incorporaron a las normas objetivas en un momento determinado^{320, 321}.

Por lo tanto, la aceptación de la legalidad de la reversibilidad de los derechos prestacionales no supone dotar al Estado de un poder ilimitado para suprimir o disminuir dichos derechos porque los derechos sociales prestacionales no se agotan en las obligaciones positivas del Estado ya que una vez reconocidos y establecida la necesaria organización para garantizar su eficacia, el Estado tiene una obligación negativa, que le obliga a abstenerse de toda conducta que ponga en peligro el

GARCÍA HERRERA, M. A., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, UNED, *Revista de Derecho Político*, números. 58-59 (2003-2004), págs. 277-304, refleja la tensión doctrinal sobre la irreversibilidad/reversibilidad de los derechos sociales y señala con acierto que “el curso de los acontecimientos confirma que se impone la propuesta reductora del acceso y contenido de las prestaciones en aras de unas exigencias financieras que están condicionadas por datos económicos más próximos a la primacía del mercado que a la realización del modelo del Estado Social. Instalados en la óptica de la revisión de los logros alcanzados, el problema se desplaza hacia la existencia de límites a la degradación de los derechos sociales: o dicho con otras palabras, si el legislador democrático puede traducir cualquier política económica apoyada electoralmente”, pág. 294.

³¹⁹ El Tribunal Constitucional en su sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, sin embargo estableció la irreversibilidad de los derechos sociales alcanzados, señalando en su fundamento jurídico 3º que en virtud del “carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución (...) debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. (...) sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente al actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores”. Ahora bien, hay que resaltar que el Tribunal señala “sin razón suficiente”.

³²⁰ Entre otros, GAVARA DE CARA, J. C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 58.

³²¹ Sobre la reversibilidad de los derechos sociales y las condiciones para garantizar su legitimidad *vid.* las sentencias del Tribunal Constitucional 81/1982 de 21 de diciembre, 65/1987 de 21 de mayo y 65/1990 de 5 de abril; indudablemente el que sea legal la reversibilidad de los derechos prestacionales no supone dar carta blanca al poder público, ya sea el gobierno o el legislador, para suprimir o disminuir dichos derechos porque su actuación siempre debe tener como límite la ponderación y la proporcionalidad. No hay que olvidar los principios rectores no son preceptos vacíos de contenido e informan actividad legislativa y deben ser tenidos en cuenta en la interpretación de las leyes que los desarrollan. En ese sentido, hay que hacer constar que la Constitución no contiene una prohibición absoluta, pero hay que tener en cuenta el valor que ese texto le reconoce a través del artículo 53.3, y la concreción del artículo 9.2 en relación con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.

contenido del derecho social concreto^{322, 323}. La cuestión a dilucidar es en qué medida puede disminuirse el contenido de los derechos sociales positivados para considerar que aún se mantiene ese derecho subjetivo concreto.

Si nos atenemos a lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³²⁴, y las directrices establecidas en Maastricht³²⁵ un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina "una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos" (se entiende que los relacionados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³²⁶).

³²² HERREROS LÓPEZ, J. M., "La justiciabilidad de los derechos sociales", *Lex Social, Revista de los Derechos Sociales*, nº 1/2011, pág. 82.

³²³ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, número 6 hace referencia a ello que "(A)l igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales".

³²⁴ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU -48º período de sesiones de 30 de abril a 18 de mayo de 2012- (E/C.12/ESP/CO/5), aprobó en su sesión de 18 de mayo de 2012, en relación con el examen del quinto informe periódico de España sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras las observaciones finales, y dentro de los "Principales motivos de preocupación y recomendaciones (C, 6): (...) Al Comité le preocupa que, a excepción del derecho a la educación que está incluido dentro de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, los derechos económicos, sociales y culturales solamente son considerados por el Estado parte como principios rectores de la política social y económica, de la legislación y de la práctica judicial. Al Comité también le preocupa que las disposiciones del Pacto hayan sido invocadas y aplicadas pocas veces ante los tribunales del Estado parte". En función de esta observación recomienda: "El Comité insta al Estado parte a que, en virtud del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adopte las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos. Asimismo, el Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales".

³²⁵ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, número 9, continua estableciendo ejemplos de ese incumplimiento "incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza." Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad".

³²⁶ Aplicable en España en virtud de los artículos 10.2 y del 96 de la Constitución, ya que fue ratificado por nuestro país el 13 de abril de 1977, (Boletín oficial del Estado número 103, de 30 de abril de 1977).

En este sentido, no puede establecerse una correlación exacta entre el reconocimiento del derecho subjetivo prestacional y la carencia presupuestaria para realizar la infraestructura necesaria para su eficacia, porque la escasez de recursos no exime al Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales³²⁷ en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales³²⁸, porque como mantiene TORNOS “las prestaciones inherentes a los derechos sociales (seguridad social, sanidad, educación, servicios sociales, vivienda digna...) tienen un contenido mínimo imprescindible para que el ser humano pueda desarrollar una vida digna”³²⁹, constituyendo la dignidad el límite infranqueable³³⁰. Es evidente que la actual concepción de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad requieren de un mínimo vital³³¹ que sólo se alcanza con la garantía previa de determinados derechos

³²⁷ Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, en su preámbulo que la Comunidad pretende “que se establezcan los niveles mínimos de bienestar que en todo caso una sociedad como la madrileña debe ofertar a su población infantil, como instrumento y garantía de la correcta evolución de su personalidad”.

³²⁸ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, número 10, y bajo el epígrafe de “Disponibilidad de recursos” se señala la “la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de los recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, de conformidad con los Principios de Limburg 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales”.

³²⁹ TORNOS MAS, J., “Crisis del estado de bienestar. El papel del derecho administrativo”, XIX Congreso italo-español de profesores de Derecho administrativo, Madrid 18,19 y 20 de octubre de 2012, pág. 43, y continua estableciendo que “este contenido mínimo es el que exige el mandato constitucional del respeto a la dignidad humana como fundamento del sistema de valores de la Constitución. Este contenido mínimo sin el cual el ser humano, en razón de sus concretas circunstancias personales (la edad, la minusvalía, etc...) no puede llevar a cabo una vida en sociedad de forma digna es el contenido esencial de los derechos sociales, es el límite infranqueable a todo proceso de reducción de su ámbito material”

³³⁰ Sobre el impacto de la actual política económica de contención del gasto público en la acción social pública es interesante el Informe de CAVERO T., POINASAMY, K., *La trampa de la austeridad. El verdadero coste de la desigualdad en Europa*, INTERMÓN OXFAM, 11 septiembre 2013, www.oxfam.org, en el cual los autores señalan que “(L)os programas de austeridad europeos han desmantelado los mecanismos que reducen la desigualdad y hacen posible un crecimiento equitativo. Con el aumento de la desigualdad y la pobreza, Europa se enfrenta a una década perdida. Si las medidas de austeridad siguen adelante, en 2025 entre 15 y 25 millones de europeos más podrían verse sumidos en la pobreza”, pág. 1.

³³¹ GARCÍA SCHWARZ, R., afirma que la materialidad de la dignidad humana se asienta sobre el denominado mínimo existencial, y este mínimo existencial lo señala como el núcleo duro de los derechos sociales, siendo los derechos sociales, en lo concerniente a ese núcleo, verdaderos derechos fundamentales, en *Derechos sociales: imprescriptibilidad y garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 11.

sociales, derechos íntimamente conectados la actividad prestadora del Estado a través de la acción social.

Estas notas sobre la configuración del Estado social y las transformaciones de la Administración prestacional como consecuencia del contexto económico actual, tiene especial relieve desde la vertiente de la protección del menor, por cuanto afecta al núcleo de la misma, que puede verse afectada por la reducción de los derechos más directamente vinculados con el concepto de Estado social y que forman parte de la actividad prestacional de las administraciones públicas en ámbitos fundamentales para el desarrollo integral del menor, tales como sanidad, educación, vivienda, así como en los servicios sociales necesarios para la protección específica de menores en situación de riesgo y exclusión social, en la medida que se cuestione el Estado social se está poniendo en riesgo dicha protección³³².

En este sentido, hay que recordar que la regulación del derecho del menor a ser protegido contenida en el Código civil, tanto en el ámbito de las relaciones paternofiliales como en el ámbito público, debe ser contextualizada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución recogido en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, bajo el epígrafe “Principios rectores de la vida social y económica” que establece de manera imperativa que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, así como aseguran la protección integral de los hijos³³³, correspondiéndole a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos³³⁴.

³³² CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., MIGUEZ MACHO, L., “Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado asistencial”, comunicación elaborada en el marco del Proyecto de Investigación *Derechos socioeconómicos y sistema de prestaciones en un Estado multinivel* (DER2009-07183), presentada en el VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Mallorca 2011, y recogidas en BLANCO ESTEVE, A., (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2012.

³³³ La segunda parte del artículo 39.2, iguales estos ante la ley, no era necesario introducirlo ya que está implícito en el artículo 14 de la Constitución, pero hay que contextualizar el momento de redacción de la Constitución, y era preferible declarar explícitamente la igualdad de los hijos que esperar a la interpretación por los tribunales del contenido del principio de igualdad contenido en el artículo 14.

³³⁴ ESPIN CANOVAS, D., en “Artículo 39 Protección a la familia” en *Comentarios a las leyes políticas*, T-III, Madrid Foro, 1983, pág. 20, considera que la inclusión del artículo 39 en este capítulo puede deberse a que se ha considerado a la familia como destinataria de gran parte de las normas protectoras del Capítulo III.

La ubicación sistemática de este artículo que abre el Título tercero no puede ser casual, la familia y el menor³³⁵, como ciudadano³³⁶,³³⁷ y miembro de esa familia, no solo deben estar protegidos por el desarrollo jurídico-prestacional de este artículo, sino que le concierne la actuación de los poderes públicos en la concreción de prácticamente todos los derechos sociales y económicos relacionados en dicho Título, así el derecho a una vivienda digna (aunque no haga referencia a la familia de manera expresa), el derecho a una redistribución de la renta más equitativa, de una política dirigida al pleno empleo, el derecho a un Sistema de Seguridad Social, el derecho a la protección de la salud, el acceso a la cultura, a una calidad de vida, el derecho de la juventud, de los menores a la participación en el desarrollo social, económico y cultural, la atención a los discapacitados, la defensa de los consumidores, etc.

Es indudable que el menor como persona es titular de los derechos fundamentales³³⁸, pero le incumbe de manera especialmente intensa el desarrollo de derechos sociales como derechos subjetivos, en su situación de vulnerabilidad es aún más acusada la relación entre el desarrollo de los derechos sociales y la

³³⁵ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., para estos autores el Estado social contemplado en las Constituciones se caracteriza, entre otras, por incorporar dimensiones colectivas en el derecho, (consumidores, grupos vulnerables, personas con discapacidad...); se parte de la consideración de las desigualdades reales y no solamente de las desigualdades formales, se limita la autonomía de la voluntad, en aras de conceptos como orden público y protección de la dignidad de las personas; y se acrecientan las funciones del Estado, ya que le corresponde la realización de tareas que hagan efectivos los derechos sociales, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, págs. 54-56.

³³⁶ La Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia, de Cantabria recoge esta idea: la Comunidad Autónoma de Cantabria ha seguido profundizando en la protección en sentido amplio de la infancia y la adolescencia, así como en la regulación y reconocimiento de derechos específicos, incorporando el bienestar social de la infancia y adolescencia a regulaciones destinadas a la ciudadanía en general, de la que la que la infancia está llamada a formar parte activa.

³³⁷ Sin embargo, HERRERA GOMÉZ, M. y CASTÓN BOYER, P., se cuestionan el binomio menor-ciudadano: "El mismo acercamiento de la idea de ciudadanía con la condición de menor configura una verdadera *contradictio in adjectio*, en cuanto que el primer término de la asociación exactamente presupone la emancipación de la persona, que es negada al segundo". Estos autores, citando a HABERMAS, coinciden con él en que "*la realización de los derechos fundamentales es un proceso que solo asegura la autonomía privada de los ciudadanos con iguales derechos si a la par tiene lugar la activación de su autonomía en cuanto ciudadanos*. Esto irremediamente excluye que estos derechos puedan ser garantizados a los menores, en cuanto que por definición se les atribuye la capacidad jurídica, pero no la capacidad de obrar o de ejercer los derechos", en *Las políticas sociales en la sociedades complejas*, Ariel, Barcelona, 2003, pág. 101.

³³⁸ Y de aquellas libertades públicas que sean compatibles con su situación jurídica de menor de edad.

efectividad de los derechos fundamentales y, en ese sentido, se pronuncia la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña cuando mantiene que los derechos sociales son indivisibles de los derechos personales^{339, 340}.

En la adaptación al mandato constitucional de protección la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, señaló la necesaria reformulación de las estructuras de protección de la infancia, ya que de acuerdo con la voluntad del legislador lo que se pretendía es “construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general”³⁴¹.

Ahora bien, cuando se adentra en el estudio de la persona del menor desde la perspectiva de la protección que la legislación vigente le dispensa, una de las primeras cuestiones que se plantean es la amplitud del campo de esta perspectiva, lo que lleva a cuestionarse en quién recae realmente la responsabilidad de protección del menor y cuál debe ser su contenido.

Respecto a consideración de su contenido, de acuerdo con la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal, actualmente se entiende que la protección dispensada está concebida como un todo, es una protección integral, de tal suerte que cada medida que se adopte sobre el menor condiciona y define otras técnicas, jurídicas y sociales. Esta protección tiende a crear un ecosistema social^{342, 343} en el

³³⁹ En su Preámbulo se señala que los “derechos de supervivencia –los derechos sociales– y los derechos de participación –subjetivos, personales– se complementan, son indivisibles, se ayudan mutuamente”.

³⁴⁰ ABRAMOVICH, V., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, defiende la tesis de que los derechos sociales no son meros enunciados programáticos, sometidos a los vaivenes políticos y económicos, son verdaderos derechos subjetivos y por lo tanto están revestidos de la exigibilidad y garantía judicial que le corresponden a los derechos subjetivos de corte tradicional.

³⁴¹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

³⁴² Prioridades para la Seguridad Infantil en la Unión Alianza Europea para la Seguridad Infantil, Europea, (European Child Safety Alliance, Ministerio de Sanidad y Consumo), Madrid, 2004: “La Convención de las Naciones Unidas para los Derechos de la Infancia ha iniciado una nueva interpretación basada en el respeto de los niños y sus necesidades y derechos, desde el nacimiento hasta los 18 años. La Convención subraya la responsabilidad social de proteger a los niños y proveer los servicios y ayuda necesarios para ellos. Esto incluye naturalmente a la causa principal de muerte e incapacidad en la infancia: las lesiones. La Convención declara que los niños tienen el derecho a recibir los niveles más altos de atención y salud y el derecho a un ambiente seguro”, pág. 1

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los alimentos destinados a los lactantes y niños de corta edad, Sesión plenaria Seguridad alimentaria 11junio 2013.

Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. En su Exposición de Motivos: “Las medidas para alcanzar los objetivos de protección de la infancia y la juventud en relación con la publicidad de alimentos a ella dirigidos resultarían más eficaces si se adoptan con el apoyo activo de los propios anunciantes y de los prestadores del servicio de comunicación comercial audiovisual”; y en su artículo 36. 3. Estrategia de la nutrición, actividad física y prevención de la obesidad: “La Estrategia abarcará todas las etapas de la vida de las personas, aunque priorizará las medidas dirigidas a la infancia, adolescencia y a las mujeres gestantes, y prestará especial atención a las necesidades de los grupos socioeconómicos más vulnerables, con el fin de reducir y evitar las desigualdades en alimentación, actividad física, obesidad y salud; y en el artículo 46.1 Publicidad de alimentos dirigida a menores de quince años: “Las autoridades competentes promoverán la firma de acuerdos de corregulación con los operadores económicos y los prestadores del servicio de comunicación comercial audiovisual, para el establecimiento de códigos de conducta, que regulen las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas, dirigidas a la población menor de quince años, con el fin de contribuir a prevenir la obesidad y promover hábitos saludables. Estos códigos de conducta deberán ser aplicados por sistemas de autorregulación que cumplan con lo dispuesto en el artículo anterior”; en el artículo 40.1 Medidas especiales dirigidas al ámbito escolar. “Las autoridades educativas competentes promoverán la enseñanza de la nutrición y alimentación en las escuelas infantiles y centros escolares” y en artículo 40.6: “En las escuelas infantiles y en los centros escolares no se permitirá la venta de alimentos y bebidas con un alto contenido en ácidos grasos saturados, ácidos grasos trans, sal y azúcares. Estos contenidos se establecerán reglamentariamente”.

Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad de Galicia, en su Preámbulo: “Se pretende dar impulso a una nueva cultura social, basada en el respeto y la empatía con los demás, es decir, en pensar en los otros. La ley busca un fortalecimiento de las relaciones entre los diversos actores de la sociedad gallega, especialmente en lo concerniente a la protección de los menores de edad. Se concibe como un código de regulación mutua en el cual el cumplimiento parta del convencimiento de que es lo mejor para todos. Se trata, ni más ni menos, de construir sociedad”; en su artículo 3 establece que a los efectos de esta ley se entenderá por menor de edad el menor de 18 años.

Ley 11/2005, de 28 diciembre de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Aragón, en su artículo 32.1 Protección del menor: “Sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la legislación específica de protección de menores, la infancia y la juventud, se establecen las siguientes limitaciones de acceso y permanencia en los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos respecto de los menores de dieciocho años:...b) Queda prohibida su entrada y permanencia en salas de fiesta, discotecas, salas de baile y pubs. Se excluyen de esta limitación las salas con autorización de sesiones para menores de edad, o salas de juventud, en las que se permitirá la entrada y permanencia de mayores de catorce años y menores de dieciocho, conforme a los requisitos establecidos reglamentariamente.

Ley 3/2007, de 7 marzo de Castilla y León que modifica la Ley 3/1994, de 29 de marzo de Prevención, Asistencia e Integración Social de Drogodependientes de Castilla y León, en su artículo 4: “Asimismo, serán sujetos protegidos por esta Ley, en las mismas condiciones que los españoles, las personas extranjeras drogodependientes que acudan a los servicios o centros asistenciales en situaciones de urgencia o emergencia; las extranjeras dependientes de las drogas durante el período de gestación, parto o posparto, así como los menores de edad extranjeros que sean drogodependientes o hijos de padres drogodependientes”.

Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la convivencia y el ocio de Extremadura, en su artículo 4. Educación para la salud: “Se fomentará en los centros docentes el ejercicio de un ocio saludable, previniendo el acceso de los menores de edad a las bebidas alcohólicas e informando a los alumnos de los riesgos derivados de su consumo. En su artículo 8. Venta, suministro o dispensación a menores. 1. En el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura no se permitirá ninguna forma de venta, suministro o dispensación, gratuita o no, de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años”.

que el menor no es una mera suma de individuos dentro de la sociedad, sino que forman parte sustancial de la organización de la misma y están integrados a ella a través de la interdependencia con el resto de los miembros de la sociedad³⁴⁴.

La obligación de prestarle una protección integral ya nos orientaría de alguna manera sobre el espectro tuitivo que se predica del menor, podríamos establecer como una primera aproximación, que esta protección integral se refiere a los dos aspectos que definen actualmente a la persona, su individualidad y su faceta social, aunando la tradición de un sistema jurídico liberal con la consideración de la persona en el sistema del Estado social, a ello se ha unido el que la protección actual sobre el menor se predica de este cualquiera que sea su situación jurídica, superando el sistema enfocado hacia la protección de situaciones irregulares.

Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía; o el Decreto 94/2009, de 9 de junio, por el que se regulan las ludotecas en Andalucía.

Orden PRE/193/2013, de 7 de febrero, por la que se modifica la parte III, del anexo II, del Real Decreto 1205/2011, de 26 de agosto, sobre la seguridad de los juguetes, en su artículo 1: “Este real decreto establece las normas de seguridad de los juguetes, aplicándose a los productos diseñados o previstos, exclusivamente o no, para ser utilizados con fines de juego por niños menores de catorce años, así como la libre circulación de los mismos”.

³⁴³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones — Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño» [COM(2011) 60 final] 2012/C 43/08), (Diario Oficial de la Unión Europea 15 febrero 2012), en su epígrafe 3, Los derechos del niño en la UE en su punto 7, el Comité considera especialmente importante que se haya formulado una primera recomendación sobre la vinculación entre los derechos del niño y el ámbito empresarial, con motivo de la puesta en marcha por UNICEF, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Save the Children de un proceso encaminado a desarrollar principios y orientaciones para ayudar a las empresas a proteger y fomentar los derechos del niño. Además de propiciar las acciones positivas, este proceso llama también la atención sobre las posibles repercusiones negativas, sobre todo en relación con la publicidad (dirigida de manera abusiva a los niños para incitarles a consumir productos perjudiciales para su salud física y mental o mostrar comportamientos violentos o arriesgados, y de carácter erótico-pornográfico), los hábitos de consumo, incluida la salud y la nutrición, el turismo, el trabajo infantil y la discriminación. Todos los sectores deben desempeñar un papel decisivo en este ámbito y por tanto deben cooperar estrechamente con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, así como con las organizaciones de la sociedad civil, empresariales y sindicales, para alcanzar estos objetivos tanto en la Unión Europea como en los Estados miembros.

³⁴⁴ VERNIS I DOMÈNECH, A., NAVARRO COLOMER, C., “El concepto de ecosistema para el emprendimiento social”, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 17/enero-abril, 2011: “La metáfora del ecosistema ayuda a expresar con claridad la complementariedad y la interdependencia existentes entre los miembros de esta comunidad de intereses. En los ecosistemas biológicos, hay una serie de roles que tienen que estar presentes para que el conjunto funcione. Si una función no está presente, los demás integrantes tendrán interés en generarla para el bien de cada uno de ellos. Lo mismo ocurre en una carrera ciclista en equipo: la velocidad del grupo viene determinada por la del miembro más lento. Si la comunidad quiere avanzar más rápidamente, sus miembros más privilegiados deberán prestar atención a los integrantes más débiles”.

Ello llevaría a afirmar que la obligación tuitiva comprenderá dos aspectos esenciales de toda persona menor: la protección jurídica y la protección social³⁴⁵. Es indudable que la responsabilidad de la protección del menor en el ámbito jurídico le corresponde a los poderes públicos, entendidos en su acepción más amplia, estando implicados en esa responsabilidad el poder legislativo, la administración pública y el poder judicial, ya que esta protección jurídica implica la utilización de la técnica del derecho subjetivo³⁴⁶, exigibles en instancias administrativas y judiciales, a través de los sistemas establecidos por las normas objetivas. Por lo tanto, esta expresión abarcará todas aquellas situaciones en las que están implicados derechos subjetivos cuya titularidad corresponde a la persona del menor siendo prácticamente imposible delimitar, porque en su acepción amplia implicará analizar cualquier aspecto de la esfera jurídica personal, familiar³⁴⁷, patrimonial, laboral, procesal, penal³⁴⁸, etc. del menor en la que estuviesen implicados sus derechos subjetivos. En la configuración jurídica actual de la protección al menor se refleja la situación de las distintas ramas del Derecho en el siglo XXI, la protección de los menores se aborda desde las normas constitucionales, civiles, administrativas, procesales, penales, etc.

³⁴⁵ Artículo L112-3 del Code de l'action sociale et des familles (L. nº 2007, de 5 de marzo): *“La protection de l'enfance a pour but de prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles et d'assurer, le cas échéant, selon des modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge partielle ou totale des mineurs. Elle comporte à cet effet un ensemble d'interventions en faveur de ceux-ci et de leurs parents. Ces interventions peuvent également être destinées à des majeurs de moins de vingt et un ans connaissant des difficultés susceptibles de compromettre gravement leur équilibre. La protection de l'enfance a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge.”*

³⁴⁶ GHESTIN, J., (direc.), GOUBEAUX, G., FABRE-MAGNANA, M., *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale*, LGDJ, 1994, pág. 155: *“Le droit subjectif est une restriction légitime à la liberté d'autrui, établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs; dans le cas particulier du droit de créance, il s'y ajoute une certaine emprise sur la personne du débiteur, en vue d'adapter, de maintenir ou de rétablir l'équilibre des situations respectives du créancier et du débiteur”*.

³⁴⁷ Vid. LEBORNE, A, *Le phénomène de multiplication des Droits subjectifs en Droits des personnes et de la Famille*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2007.

³⁴⁸ La protección del menor concreto o del menor como categoría social es también patente en el Derecho penal, y así lo señala PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, *Diario La Ley*, nº 7915, Sección Doctrina, 4 septiembre 2012, año XXXIII, como “el tipo penal se refiere a contactar con un menor de trece años, el sujeto pasivo que ve afectada su indemnidad sexual, sería aquel menor de esta edad. De acuerdo con esta premisa —según algunos autores—, podría afirmarse que el bien jurídico protegido tiene un doble carácter: el individual, en relación con este menor; y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y solo en relación con un menor concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger frente a este tipo de comportamientos”.

Por ello, en el contexto de este trabajo, la protección jurídica a la que nos referiremos será la relativa a la protección extraordinaria que le corresponde asumir a la Administración pública, en concreto, a la Entidad pública que señala la Ley Orgánica 1/1996³⁴⁹ respecto a la asunción de la guarda administrativa del menor concreto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172 en sus puntos 1 y 2, es decir, en la situación de tutela automática y en la situación de guarda voluntaria³⁵⁰.

En relación con el otro elemento que define la protección integral, es decir, la protección social se podría conceptualizar, de manera amplia, como el conjunto de actividades dirigidas a proporcionar las condiciones exigibles para el desarrollo biopsíquico-funcional del menor, para satisfacer las necesidades básicas y garantizar la efectividad de sus derechos y, como consecuencia, permitir el libre desarrollo de su personalidad. Esta vertiente social supone concebirle como ciudadano³⁵¹, y esa condición de ciudadano³⁵² debe orientar y condicionar la actividad desplegada por la

³⁴⁹ Ley orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, disposición vigésima segunda, señala que esa Entidad pública de protección será la establecida por la Comunidad Autónoma, dentro de su competencia de autoorganización.

³⁵⁰ A esta protección extraordinaria la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en su Exposición de motivos la denomina atención: “La atención es el conjunto de actuaciones sociales para «cuando las cosas empiezan a ir mal» o para cuando solo van «un poco mal» y existe la probabilidad, y no la certeza, de que el desarrollo integral del niño o el adolescente puede resultar afectado negativamente. La consecuencia jurídica de estos casos es la declaración de riesgo.

La Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León. Artículo 43. Concepto de protección. 1. “La protección de los menores comprende el conjunto de actuaciones y medidas de intervención en situaciones de desprotección tendentes a su reparación en el menor tiempo posible para garantizar la integración de aquéllos en los grupos naturales de convivencia, de manera definitiva, segura y estable y en las condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación normalizada en la vida familiar, social, económica y cultural, y su pleno desarrollo y autonomía como personas”.

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón: “La protección de menores es el conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tiene como finalidad prevenir, detectar y corregir las situaciones de riesgo y de desamparo, mediante la integración del menor en grupos naturales de convivencia, en condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social y cultural, y su desarrollo integral como persona.

³⁵¹ En la Comunidad Autónoma de Cataluña la Ley 14/2010 de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, en su artículo 53.1 establece: “Cualquier niño o adolescente tiene derecho a ser considerado un ciudadano o ciudadana, sin otras limitaciones que las establecidas explícitamente en la legislación vigente para las personas menores de edad, y a ser protagonista de la defensa de sus derechos”.

³⁵² Sin embargo, HERRERA GOMÉZ, M. y CASTÓN BOYER, P., se cuestionan el binomio menor-ciudadano: “El mismo acercamiento de la idea de ciudadanía con la condición de menor configura una verdadera *contradictio in adjectio*, en cuanto que el primer término de la asociación exactamente presupone la emancipación de la persona, que es negada al segundo. (...) la realización de los

Administración en todo el ámbito de protección del menor, no solo en el sentido anteriormente expuesto, también es objetivo del desarrollo de los derechos sociales, la concreción de los derechos sociales es condición ineludible para que sean reales y efectivos no solo los derechos fundamentales y las libertades públicas sino otros derechos subjetivos del menor, y en ese sentido se pronuncia la Ley 14/2010, cuando mantiene que “los derechos de supervivencia –los derechos sociales– y los derechos de participación –subjetivos, personales– se complementan, son indivisibles, se ayudan mutuamente”³⁵³.

En este sentido, la responsabilidad de la Administración en la protección social de menores se va a concretar en la existencia de unos recursos y prestaciones³⁵⁴ que se englobarían en lo que se denomina, en sentido amplio, acción social pública vinculada al mandato genérico del artículo 9.2 de la Constitución, que implica la existencia y garantía unos servicios públicos que respondan a las necesidades del menor concreto o de un grupo determinado de menores, así como, la definición de unas políticas sociales públicas³⁵⁵ dirigidas al menor como categoría social y a las familias, entendida ésta como el grupo social básico para el desarrollo del menor³⁵⁶, políticas complementarias a las diseñadas para la concreción de un sistema de bienestar para la sociedad en general.

derechos fundamentales es un proceso que solo asegura la autonomía privada de los ciudadanos con iguales derechos si a la par tiene lugar la activación de su autonomía en cuanto ciudadanos. Esto irremediamente excluye que estos derechos puedan ser garantizados a los menores, en cuanto que por definición se les atribuye la capacidad jurídica, pero no la capacidad de obrar o de ejercer los derechos”. *Las políticas sociales en las sociedades complejas*, Ariel, Barcelona, 2003, pág. 101.

³⁵³. Preámbulo de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de la Comunidad autónoma de Cataluña.

³⁵⁴ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, en su Exposición de motivos “La promoción es el conjunto de actuaciones sociales que se desarrollan «aunque nada vaya evidentemente mal», porque obedecen a objetivos de mejora social y responden a anhelos o aspiraciones colectivos, particularmente a los de un bienestar personal y social mayor. (...) El concepto de prevención resulta transversal a las (...) actuaciones sociales”.

³⁵⁵ FOSSIER, T., “*le lien entre la politique et l’administratif est donc affirmé en matière de protection de l’enfance*”, *Droit de la Famille*, MURAT, P., (dir.), Dalloz, París, 2009, pág. 845.

³⁵⁶ Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad (Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros) “reconociendo que el ejercicio de la parentalidad, aunque vinculado a la intimidad familiar, debe ser considerado como un ámbito de la política pública y deben adoptarse todas las medidas necesarias para apoyar el ejercicio parental y crear las condiciones necesarias para un ejercicio positivo de la parentalidad”.

Por lo tanto, las funciones tuitivas de los poderes públicos no se reducen a reparar el daño ya causado, es más, la verdadera obligación de la administración es la de evitar el daño a través de la prevención, el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996³⁵⁷, señala que la protección pública se realizará mediante la prevención y, técnicamente, la sitúa antes de la reparación de las situaciones de riesgo, esta labor de prevención se concreta, principalmente, a través de las políticas sociales, en las que se incluyen una actividad de fomento que implica “una voluntad conformadora de la sociedad, un afán de conseguir un plus, la mejora de la sociedad o, al menos, la canalización de su evolución”³⁵⁸ y de planificación, entendiendo esta como un sistema de ordenación de técnicas administrativas³⁵⁹, es decir, de medidas, recursos

³⁵⁷ Artículo que tiene carácter de ley ordinaria y, de acuerdo con la disposición final vigésima primera, es supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social, pero cuyo contenido ha sido incorporado a todas las legislaciones autonómicas en esta materia.

³⁵⁸ CUETARA, de la, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 295.

³⁵⁹ La finalidad de ordenación y coordinación de la actividad de planificación se recoge en prácticamente todas los planes estratégicos en servicios sociales de las Comunidades autónomas:

El Primer Plan Estratégico de Servicios Sociales de Navarra 2008-2012 señala que “constituye el primer paso hacia una nueva forma de gestión de los servicios sociales en la Comunidad Foral de Navarra, dirigida a hacer frente con eficacia a los desafíos que plantean los cambios en el sistema público de servicios sociales derivados de dichas normas, que debe garantizar una adecuada respuesta a necesidades de las personas y la mejora de la calidad de los servicios prestados”.

El Plan Estratégico de Servicios Sociales de Aragón 2012/15 señala que “es un instrumento esencial para el desarrollo del Sistema de Servicios Sociales. Mediante una periodicidad cuatrienal se van a formular los objetivos, las medidas y las actuaciones necesarias para que el sistema alcance la máxima eficacia y eficiencia en su funcionamiento. El Plan señala las prioridades a acometer en el periodo 2012-2015, partiendo para ello de las características sociodemográficas de la ciudadanía, de sus necesidades sociales, de las previsiones de su evolución y de las características detectadas en el análisis del Sistema de Servicios Sociales cuyas debilidades y fortalezas enmarcan igualmente las decisiones estratégicas a tomar en el futuro”.

En el Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2011-2014, señala el Plan “recoge los ejes, objetivos y acciones del Plan Estratégico de Servicios Sociales de la CAPV, así como el diagnóstico de necesidades en el que se basa, los indicadores de evaluación correspondientes a las diversas acciones previstas, y el dispositivo acordado para el seguimiento de su aplicación.

El I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2006/2009), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de junio de 2006 se presenta como un esquema común de planificación integral, mediante el que se definen de forma consensuada las grandes líneas estratégicas de desarrollo de las políticas de infancia y adolescencia. Se trata de un instrumento integrador, a medio plazo, para lograr el pleno desarrollo de los derechos, la equidad interterritorial y la igualdad de oportunidades para la infancia y la adolescencia, dentro de un marco común y flexible que respete las singularidades y la capacidad de autogobierno de cada Comunidad Autónoma.

La finalidad del presente Plan es promover desde los poderes públicos, con la colaboración de las familias, los propios niños y niñas y todos los agentes e instituciones implicadas, el bienestar de la infancia y un entorno social favorable y seguro para satisfacer sus necesidades y conseguir el pleno desarrollo de sus capacidades como sujetos activos de sus derechos, fundamentalmente a través del desarrollo de políticas y actuaciones integrales y transversales.

y actuaciones necesarias para lograr los objetivos marcados por una política social determinada³⁶⁰.

Es evidente que en el artículo 39 de la Constitución se atribuye la responsabilidad de la protección del menor a dos entidades, los progenitores y los poderes públicos. Lo que lleva a plantearse si lo que establece la Constitución es un sistema de atribución directa a unos y subsidiaria a los otros, o si es un sistema de atribución de funciones compartidas.

Bien es cierto, que podemos considerar que el primer escalón en el cuidado del bienestar del menor le corresponde a los progenitores, porque ello forma parte del contenido de la institución jurídica de la patria potestad³⁶¹ que regula aspectos de una situación social³⁶², pero desde la reforma de esta institución para su adaptación³⁶³ a los principios constitucionales, se ha ido afianzando su función protectora del hijo lo que se ha traducido en una mayor preocupación por el contenido personal de la misma, y ello ha supuesto que su regulación legal se haya ido escorando hacia la técnica legislativa de los conceptos jurídicos indeterminados casi de manera inevitable, en coherencia al cambio conceptual de las relaciones familiares y de la redefinición de la persona del menor cristalizados a finales del siglo pasado y al que hacíamos referencia en páginas anteriores. Y en ese sentido, se ha

³⁶⁰ PASCUAL ROIG, C., *La regresión de los derechos de la infancia en España 2007-2013*, DE CASTRO LAMELA, G., (editor), Educo, 2013, "Para considerar el bienestar material no sólo debemos tener en cuenta la disposición de ingresos personales, sino también la disposición suficiente de bienes y servicios públicos, el acceso suficiente a los recursos y las formas de administración de los mismos, ya sea de forma pública, privada o como bienes comunes, entre otras cuestiones", pág. 4, y también señala la evidencia de que en el contexto de "Europa los países más ricos (medido en función del PIB/cápita) dedican más recursos a la protección social que los países más pobres. Pero dedicar más presupuesto no siempre significa que se reduzca el riesgo de pobreza o se mejore el nivel de bienestar de los hogares. Los datos del Eurostat muestran que países con niveles similares en el gasto social muestran grandes diferencias en la efectividad de este gasto para reducir la pobreza infantil. Por ello es interesante observar las investigaciones que miden el impacto de las transferencias sociales teniendo en cuenta la situación de los hogares antes y después de recibirlas", pág. 11.

³⁶¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.046, señalaba que la patria potestad supone "una concreción –la más importante, sin duda– del principio constitucional recogido en el art. 39, párr. 3 de la Constitución, según el cual, «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad»"

³⁶² BÉNABENT, A., *Droit de la Famille*, (2ªed.), considera el mantenimiento de los hijos como una "charge liée à la procréation", Montchrestien, París, 2012, pág. 483.

³⁶³ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

perdido seguridad jurídica³⁶⁴ y se ha ganado en flexibilidad y en posibilidad de adaptar esa institución legal a la realidad diaria de las relaciones progenitores con los hijos menores de acuerdo con lo que en cada edad y, de acuerdo con su personalidad, sea lo más conveniente para el menor. El legislador ha hecho recaer la protección del menor en conceptos jurídicos indeterminados son concretados por los poderes públicos³⁶⁵, son ellos los que señalan el contenido de las obligaciones que les corresponde a los progenitores derivadas la patria potestad, a la vez que es el Estado el que debe establecer las condiciones jurídicas, sociales y económicas para que los progenitores cumpla con sus funciones³⁶⁶.

En realidad, se está considerando a los progenitores como un recurso³⁶⁷ más de la asistencia social y los servicios sociales, por lo que la administración debe proveer a los progenitores de aquellos apoyos, asistencia y protección necesaria para cumplir con su cometido³⁶⁸.

³⁶⁴ La inseguridad jurídica no solo se produce intramuros de la patria potestad, sino que afecta a terceros, como ya habíamos planteado.

³⁶⁵ Es la administración pública la que realiza principalmente esta tarea siendo, en realidad la intervención del juez residual, salvo ocasiones puntuales solo va a intervenir para fiscalizar la actuación de la administración y establecer si el acto administrativo que establece una determinada medida de protección es adecuado a derecho garantizando los derechos de las partes.

³⁶⁶ GUALTERO, R. D. “De la adolescencia hacia la edad adulta en una sociedad de cambios acelerados”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 47, 2009, págs. 5-34, refiriéndose a la familia “damos por sentado que el amor, juntos a otros valores –ayuda y sostén mutuo a lo largo de una vida; sacrificio para sacar adelante una prole, conseguir o aumentar un patrimonio– ha sido el cemento que animaba y les mantenía unidos. Sin embargo, una mirada más atenta pone de manifiesto muchos altibajos en este proyecto que, durante siglos ha estado tutelado por los mandatos, ya sean divinos, la tradición o del Estado”, pág. 21.

³⁶⁷ DE MEO, R., “La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, v. XLI, enero-marzo, 2012, señala que, actualmente, se protege directamente al menor, siendo la familia un medio para hacer más eficaz esa protección, ya que ésta “invece, è solo un mezzo per rendere più efficace tale tutela, per raggiungere il fanciullo nella realtà nella quale la sua vita si esplica”, pág. 467.

Pero como advierten RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012, “se ha de ser especialmente cuidadoso de no transferir a las familias de acogida la responsabilidad que se derivada del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado, del mandato institucional de la protección a la infancia que son fruto de los compromisos adoptados por nuestro país en su ordenamiento jurídico, tanto a nivel nacional como internacional. La situación de crisis socio-económica actual nos expone en mayor medida a correr este tipo de riesgos. Queremos con ello, referirnos a que se ha de garantizar, no sólo mediante el control sino, y prioritariamente, mediante el apoyo a las familias acogedoras y de origen, para que puedan cumplir con la responsabilidad de la guarda del niño o niña, en lugar de entregar la responsabilidad sin posibilitar su cumplimiento”, pág. 17.

³⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 415/2000, de 24 de abril de 2000, Fundamento jurídico primero: “La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho

Son los poderes públicos los que asume de manera casi monopolística, la función de garante de la protección del menor, toda vez, que la responsabilidad de la administración va más allá de la que concierne a los progenitores, ya que comprende ámbitos que exceden de las funciones que por ley vienen encomendadas a estos, la Administración viene obligada a establecer unas condiciones jurídicas y socioeconómicas que aseguren la protección integral de los menores mientras que los padres tienen como funciones las acotadas por el contenido de la patria potestad.

Por lo tanto, el principio de subsidiariedad sólo es válido para la guarda de un menor concreto en las situaciones planteadas en el artículo 172 del Código civil³⁶⁹, en los demás casos de protección los poderes públicos son los primeros obligados, porque la protección integral de los menores como categoría social no puede ser subsidiaria³⁷⁰.

Esto debe ser así, porque el principio básico del interés superior del menor contenido en toda la normativa de protección de los menores, tanto nacionales

positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2).

Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses.”

³⁶⁹ Contenido que hay que analizar desde sus dos vertientes, el menor como miembro de una familia y menor como ciudadano y sujeto de derecho en su concepción más plena.

³⁷⁰ La Comisión Europea en su Recomendación (2013/112/UE) “Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas”, (de 20 de febrero de 2013, Diario Oficial de la Unión Europea L 59/5, de 2 marzo 2013), en su Considerando (6), señala que las estrategias más eficaces “para abordar la pobreza infantil han demostrado ser las sustentadas en políticas destinadas a mejorar el bienestar de todos los niños, teniendo muy en cuenta al mismo tiempo a los niños que se encuentran en situaciones particularmente vulnerables”, y recomienda a los Estados miembros que se combata la pobreza y la exclusión social de los menores “mediante estrategias integradas que vayan más allá de garantizar la seguridad material de los niños y promover la igualdad de oportunidades para que todos los niños puedan aprovechar todo su potencial”, y señala como uno de los principios horizontales de la aplicación de las Recomendaciones el mantener el necesario equilibrio “entre las políticas universales destinadas a promover el bienestar de todos los niños, y los enfoques específicos encaminados a apoyar a los más desfavorecidos”.

como internacionales, suponen el que toda la actuación de los poderes públicos debe tener como aspiración conseguir cotas mayores de bienestar y una vida más saludable y de más calidad para toda los ciudadanos, niños y jóvenes incluidos.

Y, como hemos visto, esta atribución a los poderes públicos de la responsabilidad en el bienestar del menor no es una mera declaración programática sin contenido jurídico, sino un deber jurídico, los poderes públicos son pues los responsables últimos de que el menor tenga una calidad de vida que le permita un desarrollo integral, y esto supone garantizar al menor, y por supuesto, a la familia³⁷¹, la procura en las necesidades³⁷².

5.2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR A LA LUZ DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO.

Como ya habíamos adelantado, otro elemento de influencia en la actual configuración de la protección del menor es el establecimiento por la Constitución de una nueva organización territorial del Estado, instaurando el denominado Estado de las Autonomías³⁷³.

En el anterior sistema político la estructura territorial del Estado se asentaba en la existencia de un Estado centralizado y de unas Entidades locales, y el sistema de protección del menor respondía a ese esquema organizativo, con la existencia de normas estatales con eficacia en todo el territorio nacional y la gestión de la

³⁷¹ “Sostenida la hipótesis de que la crisis acentúa el conflicto en las familias donde ya hay problemas, hay que concluir que la crisis agravará las dinámicas negativas que alejan progresivamente de la inclusión social. A menos que se modifiquen las estrategias y metodologías de intervención psicosocial en esas situaciones familiares, no se registrarán cambios cualitativos en los itinerarios de las personas”, VIDAL, F., (PUGA, D., TOBÍO, C., VÍLCHEZ, L. F., colaboradores), *Informe España 2011, Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro-CECS, 2011, págs. 235-236.

³⁷² AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos, un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 191-192. “(l)as necesidades no pueden identificarse con los sus modos de satisfacción o con los objetos hacia los que van dirigidas, ya que aquellas no constituyen una situación en relación a un objeto, sino en todo caso una mediación entre el objeto y la necesidad a través de la acción humana” y que “si ciertamente es posible referirse a la categoría de necesidades con independencia de los objeto o los medios de satisfacción, resulta extremadamente difícil explicar qué es una necesidad sin apelar a la insatisfacción que produce ese estado que denominamos necesidad”.

³⁷³ Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXÍA, P., (eds.), *Curso de Derecho público de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2003.

necesaria actividad tuitiva sobre menores desplegada por la Administración pública descentralizada a través de las Corporaciones Locales.

En ese modelo de Estado, el Código civil regulaba lo relativo al régimen de protección jurídico-privado, patria potestad y tutela ordinaria, y la protección jurídico-pública³⁷⁴ circunscrita a los menores infractores o a los menores que se encontraban, en lo que actualmente denominaríamos, grave situación de riesgo se sustanciaba, en todo el territorio nacional, a través del Decreto de 2 de julio de 1948, Texto refundido sobre Protección de Menores³⁷⁵, protección que se organizaba administrativamente a través del Consejo Superior de la Obra de Protección de Menores constituido como un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Justicia, que tenía como finalidad canalizar las funciones de policía administrativa a través del control de los centros de menores, así como la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de protección establecidas por el Texto refundido sobre Protección de Menores y resoluciones dictadas por los Tribunales

³⁷⁴ Anteriormente, la incipiente preocupación por la protección de la infancia se plasmó en Ley de 12 de agosto de 1904, que en su artículo 1 señalaba como finalidad "la salud física y moral del niño, la vigilancia de los que han sido entregados a la lactancia mercenaria o estén en Casa-cuna, escuela, taller, asilo etc. y cuanto directa o indirectamente pueda referirse a la vida de los niños" (circunscrito, en principio hasta los 10 años). La actividad protectora estaba encomendada al Consejo Superior de Protección a la Infancia, dependiente del Ministerio de la Gobernación, y de manera descentralizada a las Juntas Provinciales, en las capitales de provincia, y a las Juntas locales en aquellos municipios que no fuesen capital de provincia. Posteriormente se incluyó en el sistema de protección a la infancia a los menores infractores, a través de la Ley de 2 de agosto y el Real Decreto de 25 de noviembre de 1918, con la creación de unos Tribunales tutelares de niños, competentes en delitos y faltas de los menores de 16 años (siendo estos tribunales de clara naturaleza administrativa y no judicial). Durante la II República y por Decreto de 16 de abril de 1932, el Consejo Superior se adscribe al Ministerio de Justicia con la consideración de organismo autónomo, y pasando a denominarse Consejo Superior de Protección de Menores, asumiendo las funciones que la legislación atribuía al Consejo Superior de Protección a la Infancia, modificándose por Orden de 18 de junio de 1932 la denominación de todos los organismos dependientes del Consejo, que reciben el nombre de Juntas Provinciales y Locales de protección de Menores. Con la caída de la II República, el nuevo régimen modifica la legislación de menores pero mantiene la adscripción y la denominación del Consejo Superior de Protección de Menores.

Con la aprobación de la Constitución se iniciaron las reformas del anterior sistema, los Tribunales Tutelares de Menores han sido sustituidos por Juzgados de Menores incorporados al Poder Judicial. Y las competencias sobre protección administrativa fue asumida por las Comunidades Autónomas, por lo que la Obra de Protección de Menores quedo sin funciones y fue suprimida por Real Decreto de 1 de agosto de 1985 por el que se modificaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, asumiendo las funciones que le correspondían a la Administración del Estado en protección de menores a la Dirección General de Protección Jurídica al Menor.

³⁷⁵ Cuya organización se reforma con el Decreto 414/1976 de 26 de febrero de 1976, que incorpora a la Obra de Protección de Menores el Consejo Superior de Protección de Menores, las Juntas de Protección y los Tribunales Tutelares (aprobados por Texto refundido sobre Tribunales Tutelares de 11 de junio de 1948).

Tutelares en el ejercicio de las competencias que le atribuía el Decreto de 11 de julio de 1948, Texto refundido sobre Tribunales Tutelares de Menores³⁷⁶. La estructura organizativa que establecía el Texto refundido de Protección de Menores estaba constituida por el Consejo Superior y las Juntas de Protección de ámbito provincial, era por consiguiente una organización que respondía a lo que se espera de un Estado fuertemente centralizado.

Ahora bien, la Constitución, como es bien sabido, modificó la estructura territorial del Estado reconociendo el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas³⁷⁷, y ello supuso la configuración del Estado español como Estado de las Autonomías. Estos entes territoriales autonómicos se caracterizan por el reconocimiento de la capacidad de autogobierno^{378, 379}. La creación de esta estructura territorial se realizó en el marco de lo dispuesto en el Título VIII de la Constitución, y en torno al reparto de competencias³⁸⁰ entre el Estado central y las Comunidades Autónomas señalado por los controvertidos artículos 148 y 149 de la Constitución. En concreto, competencia sobre protección pública de los menores quedó fuera de la distribución competencial de ambas Administraciones, ya que ni el artículo 148 ni el 149 hacían

³⁷⁶ Vid. DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006, págs. 30-34.

³⁷⁷ El artículo 2 de la Constitución establece que la Constitución se fundamenta en la “indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

³⁷⁸ Autonomía política que es definida por el Tribunal Constitucional como “la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y el Estatuto”, sentencia 37/1987, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico décimo: “Y sí, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los art. 1, 9.2, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía”.

³⁷⁹ constituyendo los Estatutos autonómicos y la Constitución los límites de esa capacidad de autogobierno concedido a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de sus competencias que impide un desarrollo autonómico al margen del resto del Estado. Véase reflejada por FERNANDEZ AMOR, J. A., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre financiación autonómica”, *Revista catalana de dret públic*, nº 32, 2006, pág. 8.

³⁸⁰ El Tribunal Constitucional en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio, en su Fundamento jurídico 5 entiende por competencia, “una norma que habilite a los poderes públicos (...) para actuar en una determinada materia en la que carecerían de atribuciones de no existir aquella”, en un Estado de Derecho la competencia constituye el fundamento jurídico de la actuación del poder público.

referencia a esta materia³⁸¹, cuestión esta de gran trascendencia para comprender la situación actual de la protección pública de los menores.

Este estado de cosas no ha planteado especiales problemas jurídicos ni doctrinales en ámbitos donde se establecía una determinada protección jurídica y específica del menor como en el Derecho penal, en el Derecho procesal o en el desarrollo de derechos fundamentales como la educación o la sanidad, pero si ha supuesto treinta años de divergencias doctrinales y jurídicas en relación con la protección de los poderes públicos respecto a los menores en situación de grave riesgo, es decir, aquellos que salvando las distancias ideológicas y de marco normativo, constituían el ámbito subjetivo de la Obra de Protección de Menores (exceptuando las medidas sobre menores infractores cuya protección siguió otro *iter* legislativo³⁸²).

³⁸¹En materia del reparto competencial en la protección del menor hay que tener en cuenta el especial régimen autonómico de Ceuta y Melilla, que carece de competencias legislativas, ya que de acuerdo con Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta en su artículo 12. 1ª a) se señala que le corresponde a la Asamblea de Ceuta: Ejercer la potestad normativa atribuida a la ciudad de Ceuta en los términos previstos en el presente Estatuto; y en el artículo 12. 1ª h) le corresponde aprobar las normas básicas de organización y funcionamiento de los servicios de la Ciudad, en aplicación de lo dispuesto en el presente Estatuto.

Y en el artículo 21.1: “La ciudad de Ceuta ejercerá competencias sobre las materias que a continuación se relacionan, con el alcance previsto en el apartado 2 de este artículo, señalando en el punto 18 la Asistencia social, y en el punto 20 el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la ciudad de Ceuta.

Y el artículo 21.2 concreta que en relación con las materias enumeradas en el apartado uno, la competencia de la ciudad de Ceuta comprenderá las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria.

Y en el mismo sentido, la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla, ya que ambos estatutos tienen la misma redacción.

³⁸² Los Tribunales Tutelares de Menores se encuadraron el poder judicial con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que creó los Juzgados de Menores, (artículos 96 y 97) aunque previamente se había contemplado en la Ley 42/1974 de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia, la constitución de las Magistraturas Tutelares de Menores, Bases séptima -novena, que serían “ejercidas por funcionarios especializados de la Carrera Judicial o Fiscal, sin perjuicio de conservar o extinguir las actuales situaciones de quienes desempeñen su cometido”. Como señalaba el Defensor del Pueblo “no obstante que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre de Demarcación y Planta Judicial, los tribunales tutelares de menores son considerados como órganos estrictamente jurisdiccionales, liquidando la vieja configuración del Texto Refundido de 1948 en el que constituían una sección del extinguido Consejo Superior de Protección de Menores, entidad administrativa entonces dependiente del Ministerio de Justicia y compuestos por titulares que no eran miembros de la carrera judicial”, *Estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora*, Defensor del Pueblo, Madrid, 1991, epígrafe, 3.2.1.

Constituidas las Comunidades Autónomas se inició el vaciamiento estatal de aquellas competencias que de acuerdo con el artículo 148 habían sido reservadas en exclusividad a las Comunidades Autónomas en la medida en que estas las habían asumido en sus respectivos Estatutos³⁸³. Este vaciamiento³⁸⁴ se hizo a través de los Reales Decretos de transferencias negociados³⁸⁵ entre el Estado Central y el gobierno de las recién constituidas Comunidades Autónomas³⁸⁶, Decretos que siguen siendo referencia para dirimir los conflictos competenciales entre la Administración estatal y las Administraciones autonómicas, tal y como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 36/2012, de 15 de marzo^{387 388}.

³⁸³ Sentencia Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre de 2007, Fundamento Jurídico 1, el “Estatuto de Autonomía, en cuanto que es norma estatal, puede realizar su función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma, con la consiguiente delimitación entre competencias estatales y autonómicas, incidiendo en el alcance de las primeras” aunque el propio Tribunal señala que “es obvio que esa posible regulación normativa estatutaria no puede en ningún caso quebrantar el marco del art. 149.1 CE, desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permita su reconocibilidad como institución”.

³⁸⁴ ALAEZ CORRAL, B., “La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español”, *Aequum et bonum*, año I, número 1, enero-junio 2003, pág. 95.

³⁸⁵ En el caso concreto de Castilla y León este traspaso se hizo en virtud del Real Decreto 1112/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Castilla y León en materia de protección de menores, y se hizo al amparo del artículo 26.1.18 del Estatuto de la Comunidad (posteriormente reformado) que establecía la competencia exclusiva de la misma en materia de asistencia social y servicios sociales. En el anexo I B.1a señala que se traspasan a la Comunidad de Castilla y León las funciones que venía realizando la Administración del Estado en materia de “protección y tutela de menores, la inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de los organismos y Servicios de Protección de menores”. Y de acuerdo con el anexo I C. se establecen las funciones que se reserva la Administración del Estado, y que permanecen en el Ministerio de Justicia (Consejo Superior de Protección de Menores), y “seguirán siendo de su competencia, para ser ejercidas por él mismo, las funciones y actividades que tiene legalmente atribuidas: 1.- Los Tribunales Tutelares de Menores, cuya organización, atribuciones y en cuanto no incidan en la gestión, régimen y funcionamiento de los Centros y servicios transferidos, ya que son objeto de la Ley y reglamentos especiales de esta jurisdicción”.

³⁸⁶ En rigor histórico, las transferencias de competencias del Estado a las Comunidades autónomas se inició antes de la constitución legal de las Comunidades, siendo el órgano interlocutor los Entes Preautonómicos, *vid.* Real Decreto 251/1982, de 15 de enero, sobre transferencia de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a Entes Preautonómicos en materia de Servicios Sociales y Asistencia Social.

³⁸⁷ Sentencia Tribunal Constitucional 36/2012, de 15 de marzo, en su Fundamento Jurídico 4, “el análisis de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía e, incluso, de los decretos de traspaso de funciones y servicios en la medida en que pueden servir como elementos auxiliares de la interpretación...).

³⁸⁸ Las normas de transferencias contenidas en estos Decretos constituyen “medios idóneos para concretar las formas, modos y procedimientos para el ejercicio de las respectivas competencias estatales y autonómicas” así como “para articular mecanismos de cooperación”, *vid.* Sentencia Tribunal Constitucional 88/1987, de 2 de junio, Fundamento Jurídico nº 3; Sentencia Tribunal Constitucional 220/1992, de 11 de diciembre, Fundamento jurídico nº 16.

En el caso concreto de la protección pública de los menores, al no existir en esta materia título competencial concreto asignado a ninguno de los niveles territoriales pero, a la vez, ser requisito inexcusable la existencia de un título competencial que legitime la asunción de competencias en los Estatutos, el traspaso de la responsabilidad del Estado en materia de protección de menores a las Comunidades autónomas encontró su acomodo legal en el artículo 148.20 de la Constitución, la asistencia social como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas³⁸⁹, competencia, por otra parte, de contornos poco precisos, sin que exista un consenso sobre su contenido³⁹⁰ y cuya denominación responde a una

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que “los Reales Decretos de transferencias no incorporan, en ningún caso, normas atributivas ni ordenadoras de competencias, correspondiendo esta tarea a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a las demás fuentes...”, *vid.* Sentencia Tribunal Constitucional 102/1985 de 4 de octubre, Fundamento jurídico nº 2; Sentencia Tribunal Constitucional 158/1986, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico nº5; Sentencia Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico nº 10; Sentencia Tribunal Constitucional 118/1998, de 4 de junio, Fundamento Jurídico nº 12.

Así mismo, el Tribunal señala que las normas de traspaso de funciones y servicios no contemplan “sino el criterio interpretativo de las Comisiones Mixtas”, criterio interpretativo que no puede “prevalecer sobre las previsiones constitucionales y estatutarias”, *vid.* Sentencia Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, Fundamento Jurídico nº 32; Sentencia Tribunal Constitucional 86/1989, e 11 de mayo, Fundamento Jurídico nº 10; Sentencia Tribunal Constitucional 220/1992, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico nº 16.

³⁸⁹ Galicia (Real Decreto 1108/1984, de 29 de febrero y 1054/1985, de 5 de junio) y Madrid (Real Decreto 1095/1984, de 29 de febrero) solo reflejaron en sus Estatutos el término “asistencia social”; Extremadura en virtud de la competencia asumida en su Estatuto en “asistencia social y bienestar social” (1107/1984, de 29 de febrero); Cataluña (Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio) y Navarra (Real Decreto 1775/1885, de 1 de agosto) bajo el título de la competencia asumida en “instituciones públicas de protección y tutela de menores”; o al amparo de la competencia sobre “asistencia y bienestar social, incluida la política juvenil” como en el caso de la Rioja (Real Decreto 1109/1984, de 8 de febrero); o en la Comunidad de Aragón “asistencia social, bienestar social, desarrollo comunitario y juventud”, (Real Decreto 1070/1984, de 8 de febrero, y Real Decreto 2051/1985 de 9 de octubre); Castilla y León (Real Decreto 1112/1984, de 29 de febrero) en base a las competencias en “asistencia social y servicios sociales”, etc.

³⁹⁰ En realidad, el contenido de la asistencia social viene definida por lo que no es, así el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/2013, de 31 de enero de 2013, Fundamento Jurídico 5, 1, d), que recapitulando su doctrina a este respecto, señala que *“ya ha tenido ocasión de definir el alcance de la materia asistencia social, cuando ha afirmado que, “atendiendo a las pautas de algunos instrumentos internacionales como la Carta social europea, la asistencia social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. De esta forma, la asistencia social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces”*, (cursiva en del texto original).

amplia diversidad terminológica^{391, 392}; de hecho, las Comunidades Autónomas, al incorporarla a sus Estatutos fueron especialmente imprecisos en la recepción del término asistencia social³⁹³, lo que, a su vez, implicó su distinto desarrollo legislativo³⁹⁴.

Esta cuestión terminológica no fue baladí y ha condicionado la actual estructura jurídico-social de protección del menor, ya que al realizarse el traspaso de las funciones y servicios de protección del menor en el marco de ese título competencial exclusivo y no haberse reservado el Estado competencias explícitas en materia de asistencia social y servicios sociales³⁹⁵, más allá de los que estén

³⁹¹ El Tribunal Constitucional se hace eco de esta diversidad de *nomen* refiriéndose a los conceptos de asistencia social y bienestar social: “De hecho, se puede apreciar en este punto una falta de homogeneidad entre los distintos Estatutos de Autonomía, que se traduce en el empleo de una diversidad de fórmulas que, en ocasiones, no responden al concepto técnico estricto de asistencia social. Así, en unos casos, se incluye una amplia exposición de cláusulas específicas separadas de la asistencia social, mientras que, en otros, sólo figura la mención de la asistencia social, sola o acompañada de alguna especificación, e, incluso, en algún supuesto, se puede advertir la ausencia de utilización del *nomen* «asistencia social» (que se sustituye por la referencia a aspectos concretos tradicionalmente englobados en esta noción), todo lo cual no impide que la «asistencia social» siga siendo identificable a efectos de la distribución de competencias sobre la materia”, sentencia Tribunal Constitucional 36/2012, de 15 de marzo de 2012, Fundamento Jurídico 4.

³⁹² “Asistencia social sinónimo de Beneficencia” según el voto particular de RUBIO LLORENTE y DIEZ PICAZO en la Sentencia Tribunal Constitucional 76/1986 de 9 de Junio.

³⁹³ En la recepción que las Comunidades Autónomas realizaron en sus Estatutos de su competencia en Asistencia social se acentúa la confusión terminológica: Aragón, Baleares y Cantabria utilizaron la expresión acción social; Castilla y León acción social y servicios sociales; asistencia y servicios sociales, Cataluña; servicios sociales Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco.

³⁹⁴ En la actualidad, los términos asistencia social, acción social son sinónimos porque responden a la misma finalidad, de hecho, en las normativas autonómicas de desarrollo de estas competencias, principalmente en las denominadas Leyes de Servicios Sociales de segunda generación ha desaparecido la expresión acción social ya que, en cierta medida, se ha identificado con un tipo de prestación que puede ser ejercida también por la Administración central, manteniendo tangencialmente el sintagma asistencia social por ser la denominación constitucional de este ámbito competencial.

³⁹⁵ De la importancia que este estado de cosas ha supuesto *vid.* LÓPEZ MENUDO, F., “La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, M. J., “Comentario art. 70 1.10º”, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Ley orgánica 14/2007, de 30 de noviembre*, SAÉZ HIDALGO, I., REY MARTÍNEZ, F., (dirs.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ CARDO, I., “El concepto de asistencia social: Un foco permanente de tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo blanch, 2011, págs. 797-816.

encuadrados en el Sistema de la Seguridad Social³⁹⁶, han sido las Comunidades Autónomas las que han monopolizado³⁹⁷ todo lo relativo a los servicios públicos de prevención, promoción y protección de los menores, aunque el Tribunal Constitucional ha reiterado que estas no tienen el monopolio de la asistencia social, así en su Sentencia 36/2012³⁹⁸.

Con independencia de estas consideraciones, bajo la cobertura de ese título competencial, las Comunidades asumieron las funciones y servicios que le correspondía al Estado central en la protección administrativa de menores, teniendo en cuenta que el marco jurídico en el que se enmarcaban dichas funciones era la regulación estatal contenida en el Texto refundido sobre Protección de Menores³⁹⁹,

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.

VIDAL BELTRÁN, J. M., GARCÍA HERRERA, M. A., (coords.), *El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, v. I, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales*, Publicaciones del Senado, Madrid, 2003.

VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, IDP/Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO REBATO, T., *Régimen jurídico de la asistencia social*, MTAS, Madrid, 2002.

ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España. Estudios jurídicos*, BOE, 2001, Madrid.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *Régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Bilbao, 1992.

GARCES SAN AGUSTIN, A., *La acción social. Delimitación conceptual y régimen jurídico*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988.

³⁹⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 36/2012, de 15 de marzo de 2012, Fundamento Jurídico 4: “el Estado, al igual que ocurría con la competencia en materia de vivienda, no cuenta con un título concreto en materia de asistencia social, con el que, por el contrario, sí cuenta la Comunidad Autónoma, de suerte que la dirección política de ésta es la que, en principio, debe estimarse más específica, puesto que «son las Comunidades Autónomas las que tienen la competencia para diseñar su propia política de asistencia social, sin perjuicio de las competencias que al Estado correspondan en virtud del artículo 149.3, en el art. 150.3 o, en su caso, en el art. 149.1 de la Constitución”.

³⁹⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I., “El concepto de asistencia social: Un foco permanente de tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo blanch, 2011, págs. 797-816.

³⁹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional 36/2012, de 15 de marzo, Fundamento jurídico 4: “aunque en una primera aproximación el lenguaje constitucional no desmiente esta caracterización, el análisis de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía e, incluso, de los decretos de traspaso de funciones y servicios en la medida en que puedan servir como elementos auxiliares de la interpretación, proporciona una noción más amplia de lo que es la asistencia social a efectos del reparto de competencias constitucionalmente establecido. Esta noción no sólo comprende a la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también a la dispensada por entidades privadas, caso en el que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control”.

³⁹⁹ El Decreto de 2 de julio de 1948, que aprobó el Texto refundido de la legislación sobre protección de menores fue derogado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor y de Modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

a través de la Obra de Protección de Menores, habida cuenta que el traspaso de competencias en esta materia se realizó entre 1981 y 1986⁴⁰⁰, y la incorporación de la tutela administrativa y la guarda voluntaria al Código civil no se materializó hasta la Ley 21/1987, de 11 de noviembre⁴⁰¹ y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, protección jurídica del menor, aún tardaría casi diez años en aprobarse, siendo esta Ley Orgánica la que deroga el Decreto de 2 de julio de 1948 por el que se aprobó el texto refundido de la Legislación sobre Protección del Menor⁴⁰². Es preciso puntualizar que la Administración del Estado se reservó las funciones en relación con los menores infractores, que tenía legalmente atribuidas en relación con los Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto no incidiesen en la gestión, régimen y funcionamiento de los Centros y servicios transferidos⁴⁰³.

Aunque, en principio, pudiese interpretarse desde la dicción literal del contenido de los decretos de transferencia, que se atribuía a las Comunidades Autónomas la protección pública del menor únicamente enmarcada en lo dispuesto en la Obra de Protección de Menores y cuyas funciones se concretaban básicamente en la inspección, vigilancia, fomento y coordinación de Organismos y servicios protectores⁴⁰⁴, careciendo apenas de funciones en la prevención y protección de menores que por sus especiales circunstancias familiares o por su conducta se encuentren en situación de riesgo, en realidad, y dada la evolución conceptual de la protección de la persona del menor, las Comunidades Autónomas asumieron, desde el primer momento, la responsabilidad *cuasi* monopolística de la protección de los menores en todos aquellos ámbitos que pudiesen incidir sobre el bienestar material y psicológico de los mismos, tanto como menor individualizado como menor

⁴⁰⁰ Salvo las ciudades de Ceuta y Melilla, que no se habían constituido aún como ciudades autónomas, *vid.* Real Decreto 416/1996, de 1 de marzo, por el que se crea las Comisiones de atención a la infancia en las ciudades de Ceuta y Melilla, en el que se establece una nueva organización como consecuencia de la derogación por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, del Texto refundido de 1948 sobre protección de menores, (en lo relativo a la protección no reformadora).

⁴⁰¹ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

⁴⁰² En su Disposición derogatoria única.

⁴⁰³ Los Tribunales Tutelares de Menores continuaron adscritos al Ministerio de Justicia, y dentro de él al Consejo Superior de Protección de Menores.

⁴⁰⁴ DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, pág. 33, señala que la Obra de Protección de Menores se refería a “la actividad administrativa protectora se desarrollaba a través del ejercicio de la actividad clásica de policía administrativa”, y apenas estaba esbozada la actividad prestacional.

categoría social, y ello debido a la indefinición de los títulos competencias en virtud de los que asumían dichas competencias⁴⁰⁵.

Por lo tanto, y dado que la protección del menor se había planteado como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas⁴⁰⁶, son ellas las que en el ejercicio de su autonomía política determinaron, con mayor o menor amplitud, cuál era el nivel de protección que le correspondía a los menores que estuviesen en su territorio, que servicios y prestaciones consideraban necesarios para garantizar un determinado grado de bienestar a “sus” menores”. Y ello supuso el nacimiento, dentro del ordenamiento jurídico autonómico⁴⁰⁷, de los sistemas autonómicos de protección del menor.

Cuestión esta que se vio favorecida por el hecho de que el Estado no desarrolló, en aquellos primeros años, una normativa básica de protección de menores acorde con los postulados establecidos en la Constitución y que hubiese tenido encaje constitucional por la vía del artículo 149.1.1º de la Constitución que reserva al Estado la competencia exclusiva en la regulación de las condiciones

⁴⁰⁵ La Exposición de motivos de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja: “En lo que se refiere a las situaciones de desprotección social de los menores, la Ley, respetando escrupulosamente la legislación civil -que es competencia exclusiva del Estado-, ocupa todo el espacio de la competencia autonómica con una disciplina en la que trata de conjugarse la efectiva y eficaz protección de los menores a través del ejercicio de las oportunas potestades administrativas con el respeto a los derechos de sus padres o guardadores, evitando que aquéllas puedan convertirse en una sanción a la marginalidad o la pobreza de éstos”.

⁴⁰⁶ En relación con el menor extranjero no acompañado el Estado central mantiene competencias exclusivas sobre distintos ámbitos: “La Administración del Estado es la responsable última de la averiguación de la identidad y las circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante, al menos en que deberá disponer de todos los datos necesarios a tal efecto, utilizando cuantos medios se estimen útiles o necesarios para acopiar la información y los datos precisos para tomar una decisión sobre el destino del menor. En cambio, la Administración autonómica, en cuanto tutora del menor, tiene la obligación de colaborar activamente con la Administración del Estado facilitando a la misma cuanta información disponga respecto de la identidad y circunstancias familiares del menor”, DURÁN RUIZ, F. J., “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de junio de 2007, pág. 16.

El artículo 191 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 señala que es competencia de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno realizar los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado, así como de la concesión del permiso de residencia en caso de que sea imposible su repatriación.

⁴⁰⁷ Entendido este ordenamiento jurídico autonómico como parte del ordenamiento español, pero con validez en el territorio de esa Comunidad Autónoma.

básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales⁴⁰⁸.

No obstante, es necesario precisar que el Estado en el artículo 149.1 se reserva la competencia exclusiva en materias que inciden en la protección de menores, por lo que no pueden ser objeto de regulación autonómica, así en “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” (artículo 149.1 2º), en “Administración de justicia” (artículo 149.1 5º), en legislación “penal y penitenciaria⁴⁰⁹; “legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” (artículo 149.1 6º), y en “el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas” (artículo 149.1 18º)⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Sentencia Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, Fundamento Jurídico 7: “la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquella, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción”.

⁴⁰⁹ En relación con la competencia exclusiva del Estado en materia penal, hay que tener en cuenta, que se traspasó a las Comunidades Autónomas, al amparo del título competencial en asistencia social, las competencias para la ejecución de las medidas de protección y reforma dictadas por los Tribunales Tutelares de Menores, y que con la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad penal de los menores, se mantenía esa atribución ya que el artículo 45 de la misma señala que le corresponde a las Administraciones autonómicas la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores, y en la actual Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad penal de los menores, mantiene la misma redacción. Pero “Esta distribución de competencias, en la que se deja en manos de las Comunidades Autónomas la ejecución de las medidas impuestas y se deja a cada una de ellas la facultad de establecer su propio modelo organizativo, hace que no exista un modelo común de gestión a nivel nacional, sino que existen diferentes modelos, algunos muy dispares entre sí. A este marco disperso contribuye la ausencia de unos referentes mínimos a nivel nacional al que todas las Comunidades debieran someterse. La dispersión del sistema es tal que ni siquiera existe una estadística nacional, más allá del boletín estadístico que confecciona el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (el último con datos de 2005) o de la información que pueda extraerse de las estadísticas judiciales o del Registro de sentencias sobre responsabilidad penal de los menores”

⁴¹⁰ La Disposición final vigésima primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero en su apartado 2 señal que el artículo 10, en su apartado 3, el artículo 21, en su apartado 4, el artículo 23, las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, la disposición transitoria única y las disposiciones finales decimonovena y vigésima, se dictan al amparo del artículo 149.1.2ª, 5ª y 6ª de la Constitución.

Y en su apartado 3 establece que los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8.ª de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial.

En resumen, se puede afirmar que el sistema de distribución de competencias entre los distintos niveles territoriales en relación con la protección pública del menor deviene complejo y aquejado de una importante inconcreción e inseguridad jurídica⁴¹¹, desde el momento en que la protección del menor se concibe como integral, lo que supone que la responsabilidad pública se proyecta sobre todos los niveles públicos, quedando afectados todos los sectores de la actividad de la Administración pública.

5.3. ORDENAMIENTO JURÍDICO AUTONÓMICO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Una cuestión que se plantea como consecuencia de la competencia *cuasi* exclusiva de las Comunidades autónomas en la protección pública de los menores, es su impacto en el principio básico a la igualdad, en concreto, en el derecho de los menores a la igualdad de trato⁴¹² en relación con el acceso a los bienes y servicios especialmente dirigidos a ellos y sus familias, cuestión está que se agudiza de manera especial en los servicios asociados al acogimiento familiar de los menores bajo guarda de la entidad pública⁴¹³.

⁴¹¹ Vid. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *La seguridad jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, principalmente el Capítulo II, relativo a la distribución de competencias entre los distintos niveles territoriales, págs. 51 y ss.

⁴¹² Sobre la igualdad de trato es muy interesante NAVARRO MARTÍNEZ, C., (coord.), *Legislación sobre Igualdad de trato y no Discriminación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (editor), *Boletín de Documentación*, nº 34, 2010, Ministerio de sanidad, política social e igualdad, por la recopilación de textos internacionales y documentación jurídica (Convenios y Declaraciones de la ONU, OIT, etc.), así como la legislación y otros documentos de los organismos europeos (Consejo de Europa y Unión Europea), legislación de países europeos y jurisprudencia, así como un repertorio de conceptos manejados en estos textos, discriminación, igualdad de oportunidades, igualdad de trato, etc.

⁴¹³ Este problema no solo afecta a España, es un problema común a todos los Estados con una organización administrativa descentralizada, a título de ejemplo, al Estado italiano, el Comité de los Derechos del Niño, en su 58º periodo de sesiones (19 de septiembre a 7 de octubre de 2011), CRC/C/ITA/CO/3-4, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, en su punto 7, dentro del apartado III, Principales motivos de preocupación y recomendaciones, el Comité señala su preocupación porque la delegación de competencias del nivel central al nivel regional y a otros niveles subnacionales ha supuesto una desigualdad en la aplicación de los dispuesto en la Convención a nivel local, y le recuerda que el Gobierno central es responsable de asegurar la coordinación de la aplicación de la misma.

El derecho a la igualdad y no discriminación es poliédrico, se articula como el principio básico del sistema universal de derechos humanos⁴¹⁴; en nuestro sistema jurídico comprende la igualdad propia de un Estado de derecho y la igualdad como presupuesto de un Estado social, acepciones recogidas en el texto constitucional, igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, (artículo 1.1), igualdad en la ley y ante la ley, (artículo 14)^{415, 416}, e igualdad sustancial o material, (artículo 9.2).

⁴¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, Instrumento de Ratificación Boletín Oficial del Estado número 313, de 31 de diciembre de 1990, en su artículo 2. 1: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a estar protegida frente a la discriminación constituye un derecho universal reconocido, en ese mismo sentido y con carácter general, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, Instrumento de Ratificación de España Boletín Oficial del Estado número 103, de 30 de abril de 1977, en su artículo 26.

⁴¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 1/1990 de 15 de enero, Fundamento Jurídico nº 2: “mientras este último, (*igualdad ante la ley*), es de carácter material y pretende garantizar la identidad de trato de los iguales, aquel, (*igualdad en la aplicación*), es predominantemente formal. Lo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige no es tanto que la Ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, es decir, como solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo y no como respuesta individualizada al concreto supuesto planteado”. Doctrina que debe ser complementada dado que “no puede desconocerse que el principio de igualdad en la aplicación de la ley no llega a fundamentar por sí solo la pretensión de que sean reconocidos determinados derechos en contradicción con el ordenamiento jurídico, por cuanto el principio de igualdad encuentra un límite en el principio de legalidad”, Sentencia Tribunal Constitucional 49/1985, de 28 de marzo, Fundamento Jurídico nº 2.

⁴¹⁶ En concreto respecto a la igualdad ante la Ley, la sentencia Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico nº 9: “que pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptadas; d) por último para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ellos se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.

El derecho a la igualdad concretándolo a la protección de los menores, nos plantea una serie de cuestiones algunas de difícil solución dado que en el régimen jurídico-social del menor se superponen normas dictadas por el Estado central y normas autonómicas, en el ejercicio en ambos niveles de competencias exclusivas o concurrentes.

En relación con la igualdad en la ley y ante la ley y centrándonos en el objeto de esa tesis, el acogimiento familiar desde la protección dispensada en los artículos 172 y siguientes del Código civil⁴¹⁷, se comprueba que no existe igualdad en todo el territorio nacional, dado que su regulación jurídica no es uniforme. En primer lugar, la Constitución reconoce el derecho de ciertos territorios a desarrollar su propio Derecho civil⁴¹⁸ y esto supone reconocerles no solo el mantenimiento y desarrollo de las instituciones civiles que tenían como propias al aprobarse la Constitución sino que les habilita para regular “instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de la actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”⁴¹⁹, por lo que dichos territorios han regulado su propio sistema de protección civil de los menores. Pero también las Comunidades Autónomas de Derecho civil común han desarrollado leyes de protección del menor en las que se regulan materias propias de Derecho civil⁴²⁰, invadiendo la competencia exclusiva del Estado⁴²¹ en Derecho civil común⁴²²,

Vid. sobre igualdad ante la ley las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/2004, de 4 de marzo, Fundamento Jurídico 6º y 104/2004 de 28 de junio, Fundamento Jurídico 6º.

⁴¹⁷ Tal y como se perfiló en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y se concretó con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

⁴¹⁸ Artículo 149.1 8º de la Constitución.

⁴¹⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo (Fundamento Jurídico nº 3) y 156/1993, de 6 de mayo, (Fundamento Jurídico nº 1). En puridad, y respecto a la competencia civil en cuestiones sobre la persona del menor y su régimen jurídico de protección en sede civil, solo tendrían competencias Cataluña, Aragón y Navarra, pero Galicia también ha regulado esta materia basándose en su derecho foral.

⁴²⁰ BELLO JANEIRO, D., “Competencia autonómica en materia de menores. El caso de Galicia”, *Políticas jurídicas para el menor*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., (edit.), Comares, Granada, 2009, pág. 46, señala con gran acierto que “(T)odas las Comunidades Autónomas, y no solo las forales, han asumido competencias en materia de Derecho Civil y no se han limitado a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho, sino a legislar, bajo principios propios, y distintos del Código Civil, sobre las instituciones que les ha parecido más oportuno, tuvieran o no antecedentes en su legislación, que pudieran desarrollar, e incluso forzando las materias atribuidas *en todo caso* al Estado”.

⁴²¹ En este sentido son esclarecedoras las palabras de COCA, señalando que si el Estado hubiese regulado hace tiempo determinadas cuestiones relacionadas con la familia, el panorama actual no

produciéndose también en estos territorios divergencias en el régimen jurídico de la persona del menor, en general, y en concreto, respecto a las figuras de protección señaladas en los artículos 172 y ss. del Código civil⁴²³.

Por otro lado, la protección extraordinaria del menor del Código civil se sustancia a través de normas de Derecho administrativo, y también en este ámbito hay divergencias, cada Comunidad Autónoma ha desarrollado normas de adaptación del procedimiento administrativo común de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que supone importantes variaciones en la posición jurídica y en sus garantías frente a la actuación de las Administraciones autonómicas.

En cuanto a la tercera acepción del principio de igualdad reconocido en la Constitución, la igualdad real o igualdad promocional del artículo 9.2 de la Constitución, cabe decir que las diferencias de trato son más acusadas. El artículo 9.2 atribuye la responsabilidad a los poderes públicos de una manera genérica, vinculando a los poderes del Estado⁴²⁴, sin establecer o distribuir la competencia en ninguno de los niveles territoriales establecidos en el Título VIII⁴²⁵, pero al ser la

sería tan caótico: “Si el Estado hubiera regulado los aspectos de constitución de este tipo de parejas, los de eficacia personal y patrimonial y los de extinción de las mismas, a buen seguro nos habiéramos ahorrado la diversidad normativa autonómica sobre la propia configuración de la pareja estable, así como las leyes de CCAA que carecen de competencias en el ámbito del Derecho Civil, y el panorama de “contaminación legislativa” en este campo, así como el espectáculo de arbitrariedad que ha llevado a recurrir por inconstitucionalidad unas leyes (Navarra, Madrid, Valencia), y no otras (Cataluña, Baleares, Extremadura...)”, COCA PAYERAS, M., “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, nº 1 (enero-marzo, 2014), Estudios, págs. 29-48, pág. 34.

⁴²² BATALLER RUIZ, E., “El derecho civil autonómico en España: génesis y perspectiva” señala “que el Derecho foral, preexistente a la Constitución de 1978 tanto en forma de Compilación como consuetudinariamente, no es la única vía para la conformación progresiva de un nuevo Derecho civil autonómico. Si repasamos el elenco de materias cuya competencia puede ser asumida por cualquier Comunidad Autónoma a virtud del artículo 148 CE, encontraremos entre ellas algunas tan importantes como el urbanismo y la vivienda, la agricultura y la ganadería, los montes y aprovechamientos forestales, caza y pesca fluvial, las ferias interiores, el patrimonio monumental de interés para la Comunidad, y otras más. La completa regulación de todas ellas comporta no sólo consecuencias de índole administrativa, sino también civil, porque afecta a posiciones jurídicas de los particulares”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, nº 5, 1º semestre, 2009.

⁴²³ A modo de ejemplo, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, en su artículo 72 b), cuando determina las causas de finalización de la actuación protectora, señala que por vencimiento del término o plazo inicialmente fijado, o de la prórroga acordada, en su caso. Y de una manera absolutamente irregular en su letra e) señala como motivo de finalización de la relación de tutela o guarda la desaparición del menor protegido.

⁴²⁴ Así lo reflejó el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de julio.

⁴²⁵ En la Sentencia 146/1986, de 25 de noviembre, el Tribunal Constitucional no considera que el art. 9.2, sea título habilitante para que el Estado pueda asumir competencias en aras del interés general, determinándose que las competencias deben asumirse a través de la Ley.

protección del menor competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas la capacidad de decisión de estas es prácticamente total.

Es, por tanto, el Estado social autonómico⁴²⁶, que forma parte del Estado social del artículo 1.1 de la Constitución⁴²⁷, al que se le exige una actuación positiva, intervencionista más intensa⁴²⁸, cuya finalidad se concreta en hacer efectivo el principio de igualdad a través de la garantía de los derechos sociales de los que son titulares los menores y sus familias⁴²⁹, en definitiva de sus ciudadanos menores de edad, porque siguiendo con la doctrina del Tribunal Constitucional⁴³⁰ la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía, solo a través de aquella es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad, por ello el legislador constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de

⁴²⁶ Sobre la inclusión de derechos sociales y económicos en los Estatutos de Autonomía y sus consecuencias, *vid.* ÁLVAREZ LATA, N., "Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los principios del Derecho civil gallego (y de la doctrina del Tribunal Constitucional)", *Derecho Privado y Constitución*, 75 nº 22, enero-diciembre 2008, págs. 57-94.

⁴²⁷ Sobre los derechos sociales y económicos en los Estatutos de Autonomía, *vid.* NAVARRO MARCHANTE, V. J., PÉREZ SÁNCHEZ, G., "Estado autonómico, políticas y servicios sociales", CASCAJO CASTRO, J. L.; TEROL BECERRA, M.; DOMÍNGUEZ VILA, A.; NAVARRO MARCHANTE, V., (coords), *Derechos sociales y principios rectores: actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

SOLOZOBÁL ECHEVARRÍA, J. J., "Estado social como Estado autonómico", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1º semestre 1999, págs. 61-78.

BAÑO LEÓN, J. M., *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.

⁴²⁸ *Vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional números 39/1986, de 31 de marzo, 19/1988, de 16 de febrero y 216/1991 de 14 de noviembre, conteniendo esta última la justificación doctrinal de la denominada discriminación positiva.

⁴²⁹ DE LA CUETARA, J. M., mantiene que la intervención estatal se establece inicialmente para "garantizar una libertad real de los individuos, por entender que las libertades formales, tan queridas por la burguesía liberal, tan solo beneficiaban a una minoría adinerada. La igualdad de oportunidades, el acceso a la enseñanza y bienes de la cultura, o la posibilidad de adquirir servicios son, hoy, bienes que forman parte de la libertad que se quiere", *De la actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 218.

⁴³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre, Fundamento Jurídico nº 5: "la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (...) no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva".

Sentencia Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero, en su Fundamento Jurídico nº 3, el Constitucional, en relación al artículo 9.2 de la Constitución, señala que "con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del art.1 que constituye a España como un Estado social de Derecho"

acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material⁴³¹, en una concepción dinámica de dicho precepto⁴³² que obliga a los poderes públicos a un replanteamiento continuo para hacer efectivo esa igualdad⁴³³.

Por lo tanto, en la configuración de la protección pública del menor y de sus familias nos encontramos con un Estado autonómico plurilegislativo y ello ha supuesto un ordenamiento jurídico español complejo, en el que los territorios autonómicos han ido creando su propio sistema legislativo que se relaciona con el del Estado central no por el principio de jerarquía⁴³⁴ sino por el de competencia, lo

⁴³¹ Sentencia Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, Fundamento Jurídico 4.

⁴³² Sentencia Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, Fundamento Jurídico 4: “en particular del art. 9.2 CE, y de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos”.

⁴³³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Título XXI, delitos contra la Constitución, Capítulo IV de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, sección 1. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución) establece una tutela penal de la discriminación negativa, tipificando en el artículo 510 esta conducta como delito. Aunque como sostiene CONDE-PUMPIDO TOURON, C., en “Tutela penal de la igualdad: discriminación de la discriminación en el nuevo Código Penal”, *Actualidad jurídica*, nº 241, 2000, págs. 2 y 3, falta en este texto legal “un enfoque sistemático adecuado tras lo que se trasluce una escasa valoración, o incluso defectuosa comprensión, de la entidad del bien jurídico protegido y de la relevancia que el derecho fundamental a la igualdad tiene en un Estado social y democrático de derecho”, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en el Título XXI, delitos contra la Constitución, Capítulo IV de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, sección 1. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución

⁴³⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 26 de octubre de 2010 (rec.1535/2009): *“sintetizamos el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento estatal, de un lado, y los distintos ordenamientos autonómicos, de otro, señalando en lo que ahora importa lo siguiente: Que los principios de unidad y de jerarquía informan internamente cada uno de ellos, siendo el de competencia, y no esos otros dos, el que rige la articulación entre ambos ordenamientos. Que el reconocimiento por virtud de este principio de un ámbito propio para el ordenamiento autonómico, se produce sin perjuicio de la articulación de éste y del estatal en el “supraordenamiento” constitucional, de suerte que la separación entre ordenamientos no es absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma “normarum”. Y que cuando el reparto competencial actúa sobre una misma materia mediante el concurso, para su regulación global, de normas estatales básicas y autonómicas de desarrollo, surgen entonces entre ambas los efectos denominados de preclusión y de desplazamiento. Por el primero, queda cerrada para la norma autonómica, sin posibilidad de que ésta la replantee, la regulación que como propia del Estado global, del Estado en su integridad, haya hecho la previa norma estatal básica. Y por el segundo, queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: ésta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquélla, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles, la estatal básica”.* (la cursiva es del texto original)

que supone que el principio de la igualdad, en realidad, debe ser analizado en clave autonómica, dado que el Tribunal Constitucional ha matizado el derecho a la igualdad en relación con los distintos ordenamientos jurídicos de las Comunidades autónomas estableciendo que este principio “no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones”, apoyándose el Constitucional en que la autonomía legislativa que tienen las Comunidades Autónomas en sus competencias exclusivas, “hacen de nuestro ordenamiento una estructura compuesta”⁴³⁵, lo que justifica una distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas territorios nacionales⁴³⁶ y esa desigualdad en la posición jurídica de los ciudadanos que deriva del ejercicio de la capacidad de autogobierno de las Comunidades no supone necesariamente una infracción a los artículos 1, 9.2, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución⁴³⁷.

En definitiva, actualmente existen diecisiete sistemas de protección jurídico-social del menor⁴³⁸, uno por cada Comunidad Autónoma⁴³⁹ y ello ha supuesto una

⁴³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, en su Fundamento Jurídico nº 2.

⁴³⁶ Diversidad se debe encuadrarse dentro de la unidad que supone el Estado español, por lo que la Comunidades autónomas no podrían regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos o de las posiciones jurídicas fundamentales que se han reservado a la legislación del Estado.

⁴³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico nº 10: “ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía”.

⁴³⁸ Totalmente aislados entre sí y como indica MONTERO HERNANZ, T., “El papel de la entidad pública de protección y/o reforma en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, nº 7070, Sección Doctrina, 4 diciembre. 2008, año XXIX, en referencia a la vinculación competencial atendiendo al criterio de territorialidad, determinado por la sede del juzgado sentenciador, del artículo, siendo contradictorio “con esta determinación de competencia territorial es el derecho del menor a estar en el centro más cercano a su domicilio, de acuerdo a su régimen de internamiento, y a no ser trasladados fuera de su Comunidad Autónoma excepto en los casos y con los requisitos previstos en la Ley y sus normas de desarrollo (artículo 56.2.e) de la LORPM). No es infrecuente el supuesto de menores que delinquen en una Comunidad distinta a la suya de residencia, o los casos en que tras la comisión del delito se produce un cambio de domicilio familiar, no estando articulado, de forma normativa, un sistema de coordinación entre las diferentes entidades públicas de reforma, quedando a criterio de cada una de ellas la aceptación o no de aquellos casos cuya sentencia corresponde a un Juzgado ubicado en otra Comunidad”.

⁴³⁹ En el análisis que realiza el Gobierno central sobre la implantación del I PENIA, y entre las limitaciones encontradas, se señala que esta “pluralidad legislativa y política y presupuestaria derivada de la organización territorial de nuestro país hace que sea complejo situar las prioridades

clara desigualdad de nivel de cobertura del menor y de sus familias⁴⁴⁰, suscribo las palabras de AZNAR LÓPEZ, “la perplejidad que produce la decisión del constituyente de someter la acción destinada a las gentes que precisan más solidaridad al régimen competencial menos solidario”^{441, 442}.

Y eso no puede llevar sino a afirmar que el menor en España no tiene el mismo sistema de protección⁴⁴³, más allá de las disposiciones del Código civil para las de Derecho civil común y que, a pesar de lo dispuesto por las leyes y por la doctrina, difícilmente podemos afirmar que en España exista un estatuto básico de protección extraordinaria del menor, esto queda aún más patente con la doctrina

del Plan siempre en el mismo nivel. De ahí las diferencias, que ya fueron reseñadas en el apartado de Ejecución, existentes entre las CCAA”, II Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia 2013-2016 (II PENIA) (Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013).

⁴⁴⁰ UCEDA-MAZA, F. X., GARCÍA MUÑOZ, M., “Los Servicios Sociales en España: itinerarios comunes, escenarios divergentes. ¿Cuál debería ser el mínimo común de protección social?”, *Revista Servicios Sociales y Política Social*, nº 89, 2010, págs. 84-98: “Lo que hoy conocemos como SS.SS., surge como evolución de las prácticas e instituciones de la Beneficencia Local, existentes hasta el año 1982, y de la Asistencia Social del Estado, transferida a las Comunidades Autónomas a partir de esa década, consolidándose un sistema de doble dependencia orgánica: autonómica para los SS.SS. especializados y local para los comunitarios”, pág. 84.

⁴⁴¹ En ese sentido, AZNAR LÓPEZ, M., “Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 30, 2001, pág. 85.

⁴⁴² Aunque esa libertad legislativa en materia de asistencia social no pueda realizarse si respetar el principio de unidad, al margen de las demás Comunidades Autónomas y del Estado, como sostiene PARDO MARTÍNEZ, E., “Los menores desprotegidos en Andalucía”, *Políticas jurídicas para el menor*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., (edit.), Comares, Granada, 2009, pág. 50.

⁴⁴³ Esta situación también se produce en relación con la competencia de las Comunidades Autónomas en reforma de menores establecida por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad penal de los menores, en su artículo 45: “la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley”. Coincido con MONTERO HERNANZ, T., “El papel de la entidad pública de protección y/o reforma en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” *Diario La Ley*, nº 7070, Sección Doctrina, 4 diciembre. 2008, año XXIX, cuando señala que semejante sistema de “distribución de competencias, en la que se deja en manos de las Comunidades Autónomas la ejecución de las medidas impuestas y se deja a cada una de ellas la facultad de establecer su propio modelo organizativo, hace que no exista un modelo común de gestión a nivel nacional, sino que existen diferentes modelos, algunos muy dispares entre sí. A este marco disperso contribuye la ausencia de unos referentes mínimos a nivel nacional al que todas las Comunidades debieran someterse. La dispersión del sistema es tal que ni siquiera existe una estadística nacional, más allá del boletín estadístico que confecciona el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (el último con datos de 2005) o de la información que pueda extraerse de las estadísticas judiciales o del Registro de sentencias sobre responsabilidad penal de los menores”.

del Tribunal Constitucional⁴⁴⁴ sobre la supletoriedad⁴⁴⁵ del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico, que señala que “la regla de supletoriedad del Derecho estatal del artículo 149.3 de la Constitución no constituye una clausula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materia a favor del Estado”^{446, 447} dado que en la materia que nos ocupa, la responsabilidad de la

⁴⁴⁴ Por su claridad, se reproduce Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2011 de 16 de mayo de 2011, dictada en el recurso de amparo núm. 2942-2007: “1. En muchas ocasiones me he referido al triste destino que la doctrina de nuestro Tribunal ha deparado a dos claros mandatos constitucionales incluidos en el art. 149.3 CE: a) la Constitución quería —y sigue queriendo— que el derecho estatal fuera —«será»—, «en todo caso supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas», pero en nuestras Sentencias esta supletoriedad, que debía operar «en todo caso», se ha quedado prácticamente sin virtualidad (...); b) también quería la Constitución —y sigue queriendo— que las normas del Estado prevalecieran —«prevalecerán»—, «en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas», prevalencia esta de la que este Tribunal viene prescindiendo reiteradamente, (...). 2. El abandono del principio de prevalencia, es, ante todo y sobre todo, una inaplicación de la Constitución. Pero además ocurre que con ello se producen graves e inconvenientes consecuencias prácticas que en este caso —se trata de un recurso de amparo— resultan ostensibles.”

⁴⁴⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., “Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 95, 1997, págs. 407-416; PÉREZ TREMS, P., “Notas sobre el principio de supletoriedad del derecho estatal respecto al derecho de las Comunidades Autónomas”, en *La supletoriedad del derecho estatal: actas de las IV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1999, págs. 85-93; SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “La supletoriedad del Derecho estatal como garantía en la ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 1, 2004, págs. 241-270.

⁴⁴⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 147/1991, de 4 de julio, en su Fundamento Jurídico 1, establece que a fin de “armonizar de manera congruente estas distintas declaraciones doctrinales, integrándolas en un sistema conceptual dotado del grado de coherencia lógica que le es exigible, debemos, de un lado, distinguir entre competencias exclusivas y competencias compartidas, y, de otro, reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinarse a partir de la norma reguladora del ámbito materias en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de título competencial específico que justifique dicha reglamentación, puesto que esa carencia, según ha establecido la doctrina referida, no puede ser suplida con la conversión de la regla de supletoriedad en clausula universal atributiva de competencia” (...). “Será, por consiguiente, ilegítima, por invasión competencial, aquella ordenación estatal de materias que hayan sido deferidas por los Estatutos de Autonomía a la competencia exclusiva de todas y cada una de las respectivas Comunidades Autónomas y en relación con las cuales es Estado no invoque algún título propio que le permita dictar normas generales sobre dichas materias, puesto que la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades autónomas decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse, lo cual las legitima para negar a dichas normas estatales alcance supletorio”.

Sentencia Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio, que en su fundamento jurídico 6 establece que “la cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión

Administración pública en la protección de menores, se ha atribuido a todas las Comunidades autónomas de manera exclusiva y homogénea; en este sentido debe tenerse en cuenta también el impacto que la sentencia del Tribunal Constitucional 131/2010, de 2 de diciembre⁴⁴⁸, tiene sobre la disposición final vigésima primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

En su momento la cláusula de supletoriedad contenida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁴⁴⁹, pudo tener su justificación y encaje jurídico, ya que las Comunidades Autónomas no habían completado de manera absoluta las competencias en materia de protección de menores, pero en este momento carece de eficacia, toda vez que éstas han ido ampliando su techo competencial en materia de protección de menores a través de la modificación de sus Estatutos⁴⁵⁰ y en la

constitucional emanada de la CE que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que debe colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya”.

⁴⁴⁷ JIMÉNEZ DE PARGA, M., “El interés general de España en el reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA”, *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 21, diciembre 2009, págs. 8-9, y 19 reivindica el principio de interés general de España como soporte estructural de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, fundamento de la supletoriedad del Derecho estatal respecto al de las Comunidades Autónomas, y retomando la orientación jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, que señalaba que la autonomía es un poder limitado: “A veces se olvida cuál es la vertebración de nuestro Estado de las autonomías, basado en el principio de que la autonomía de las Comunidades Autónomas sólo tiene sentido dentro de la unidad del Estado (art. 2 C.E.) y que se predica de entidades (parciales) que constituyen piezas de la “organización territorial” del Estado (art. 137 C.E.). Por lo tanto, existe un único Estado (España) que tiene como correlato un único ordenamiento jurídico. (...). Ese insertan en ese único ordenamiento se insertan los ordenamientos de las Comunidades Autónomas en cuanto partes del mismo. Desde esta perspectiva, y sólo desde ésta, se puede entender que el ordenamiento estatal pueda operar en «todo caso» (art. 149.3 C.E.), como un Derecho supletorio”.

⁴⁴⁸ Que declara inconstitucional la disposición vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

⁴⁴⁹ La Disposición final vigésima primera, señala en su apartado 1 que el artículo 5, en sus apartados 3 y 4; el artículo 7 en su apartado 1; el artículo 8, en su apartado 2 letra c); el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d); los artículos 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 en su apartado 2, 21 en sus apartados 1, 2 y 3, y el artículo 22, son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social.

⁴⁵⁰ DE GUAYO CASTIELLA, I., “Las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas”, en RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXÍA, P., (edts.), *Curso de Derecho público de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2003, señala que el “Estatuto es inmune a las demás leyes del Estado y, por tanto, es jerárquicamente a ellas, salvo a determinadas leyes estatales orgánicas que regulan materias también contempladas en los Estatutos—como, v. gr., la Administración de Justicia-, y a las que se encuentran subordinados por imperativo constitucional”, pág. 442.

actualidad todas ellas han asumido de manera exclusiva esta competencia, desarrollando un ordenamiento jurídico propio y completo en ese ámbito⁴⁵¹.

La pretensión del legislador de “construir un amplio marco jurídico de protección que vincule a todos los poderes públicos”⁴⁵² ha quedado totalmente desdibujada si se analiza desde la perspectiva del Estado central y de las Comunidades Autónomas⁴⁵³, dado que ninguna tiene título competencial exclusivo sobre todos los ámbitos de protección de los menores.

El reclamar una regulación estatal básica y común de protección jurídico-social del menor y su familia, más allá del artículo 172 y ss. del Código civil, no incide negativamente en el marco competencial de las Comunidades en materia de asistencia social, sino que vendría a definir su *status* jurídico básico, sin tener en cuenta su ubicación física dentro del territorio nacional, sin negar la posibilidad de un desarrollo normativo por parte de las Comunidades autónomas que implicase un cierto grado de desigualdad, en base a las distintas situaciones que se puedan plantear en cada territorio. La regulación estatal no supondrá un uniformismo completo, sino que ha de reducirse a lo esencial para que cada Comunidad establezca sus propias peculiaridades⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ DE PABLO CONTRERAS, P. V., “Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor: I Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi*, PÉREZ ALVAREZ, M. Á., (coord.), págs. 49-62 núm. 46, Universidad de La Coruña, La Coruña, 1999, pág. 61, sostiene que la “disposición adicional 21ª de la Ley 1/1996, al establecer que las normas que en ella regulan dichas «situaciones de riesgo» y sus consecuencias, son sólo «legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social». Esta última afirmación es incompatible con la ya asentada y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de que el Estado no puede dictar válidamente normas con la pretensión de que sean tan sólo supletorias, lo que sucede siempre que todas las Comunidades Autónomas han asumido de modo uniforme competencias exclusivas en una determinada materia”.

⁴⁵² Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

⁴⁵³ Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, en su Preámbulo que la Comunidad no pretende “regular un Estatuto de los menores de la Comunidad de Madrid, entendido como cuerpo normativo que regule omnicomprendensivamente su *status* jurídico, puesto que no existe título competencial sobre la materia”.

⁴⁵⁴ Así GARCÍA HERRERA señala que el “respeto a la competencia del artículo 149.1.1 es compatible con la capacidad de las Comunidades Autónomas de desarrollar una política social articulada y de establecer un régimen específico en la prestación de los derechos sociales”, GARCÍA HERRERA, M. A., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, UNED, *Revista de Derecho Político*, números. 58-59 (2003-2004), págs. 277-304, pág. 300.

El Estado ha utilizado esta clausula en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁴⁵⁵ y podría haber seguido la misma técnica en relación con la protección del menor y de su familia, ya que el enfoque integrador que se predica de las personas incluidas en su ámbito subjetivo de la Ley 39/2006, también se predica de la actual concepción de la protección del menor, estableciéndose en ambos casos una situación de competencias compartidas en materia de protección social, basándose más la obligación constitucional de asegurar esa protección integral del menor que en la naturaleza de las técnicas de protección sin por ello haber conculcado el sistema de reparto de competencias entre la Comunidades Autónomas y el Estado, manteniendo la exclusividad de la competencia autonómica en materia de Asistencia Social⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, está planteada como una norma básica estatal de mínimos garantizados a toda la población que esté dentro de su ámbito subjetivo, con independencia del lugar de residencia, a través de ella el Estado define el ámbito subjetivo, los principios básicos comunes de aplicación de la ley, establece el catálogo de servicios, señala la relación de infracciones y sanciones, establece los criterios básicos de calidad, etc.

⁴⁵⁶ AZNAR LÓPEZ, M., "Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 30, 2001, pág. 86.

II EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO EJE DE LA FUNCIÓN TUTITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. EL VALOR DEL INTERÉS DEL MENOR COMO TÍTULO LEGITIMADOR

El interés del menor es el motor que mueve todo el entramado jurídico de protección de los menores, este principio es el que unifica y da coherencia a la diversidad de normas jurídicas y actuaciones de protección tanto en el ámbito privado (actuaciones de los progenitores, del tutor o de terceros), como en el ámbito público, ya sea en sede judicial o administrativa; así mismo, se convierte en el elemento básico de las relaciones internacionales que afecten a decisiones adoptadas por los Estados sobre un menor concreto, pero además trasciende lo estrictamente jurídico, ya que incide sobre la formulación de las políticas públicas e, incluso, sobre una concepción cultural más acorde con el respeto de los derechos de todas las personas⁴⁵⁷.

El interés del menor⁴⁵⁸ es concebido como el principio superior de cualquier decisión que se adopte sobre el menor, de hecho, está presente en todos los textos jurídicos, nacionales e internacionales, cuyo objeto sea la protección del menor; en nuestro ordenamiento jurídico lo consagra el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que lo configura como principio general de carácter orgánico⁴⁵⁹, en consonancia con el artículo 3.1 de la Convención

⁴⁵⁷ CILLERO BRUÑOL, M., "El interés superior del Niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño", en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, GARCÍA MENDEZ, E.; BELFOFF, M. (comps.), Temis Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1998, pág. 84.

⁴⁵⁸ En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón recibe el nombre de "best interests of the child" o "the welfare of the child", en el mundo hispano se habla del principio del "interés superior del niño" y en el modelo francés se refiere a "l'intérêt supérieur de l'enfant", en la legislación italiana "l'interesse del minore", etc.

⁴⁵⁹ Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en la propuesta de dicho artículo 2, en su apartado 1 adopta la siguiente redacción respecto al interés superior del menor: "Todo menor tiene derecho a que su

sobre los Derechos del Niño⁴⁶⁰, o con el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁶¹.

La importancia de esta noción también viene corroborada por la jurisprudencia, tanto nacional⁴⁶² como internacional⁴⁶³, que concibe el interés superior del menor como el marco fundamental para resolver todas las posibles situaciones de conflicto de intereses en los cuales estén en juego derechos o decisiones que afecten a menores, otorgándoles en todo caso un plus de protección, con carácter de orden público y prevalente ante cualquier otro interés o derecho,

interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, o los Tribunales, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Como no podía ser de otro modo, el principio de la primacía del interés del menor está recogida en toda la legislación autonómica cuyo objeto es la promoción, atención y protección de los menores.

⁴⁶⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), artículo 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁴⁶¹ El texto de la vigente Carta (publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea nº 83, de 30 de marzo de 2010), recoge, adaptándola, la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituyó a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el artículo 24.2: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”.

⁴⁶² Sentencia Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, en su Fundamento Jurídico nº 5: “las normas relativas a la protección del menor, y por lo tanto que tiene como principio el interés del menor conforman (...) el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional (...). A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”.

En esa misma línea, Sentencia Tribunal Supremo 200/2012, de 26 de marzo, Fundamento de Derecho tercero: En esa misma línea, el Tribunal Supremo reconoce el valor superior de este principio “en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores... «se buscará siempre el interés del menor», sintagma de carácter absoluto que refleja la superior jerarquía que el ordenamiento, tanto constitucional como internacional, atribuye al principio *favor minoris* o interés del menor, como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores”.

⁴⁶³ Tribunal Constitucional de Bélgica. Sentencia nº 30/2013 du 7 mars 2013, en sus apartados B.8: “*La Cour européenne des droits de l’homme a par ailleurs précisé que, dans la balance des intérêts en jeu, l’intérêt de l’enfant revêt une importance particulière*”. En el B.10: “*Si l’intérêt de l’enfant revêt un caractère primordial, il n’a pas pour autant un caractère absolu. Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l’intérêt de l’enfant occupe une place particulière du fait qu’il représente la partie faible dans la relation familiale. Cette place particulière ne permet pas pour autant de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence.*” <http://www.const-court.be/public/f/2013/2013-030f.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (*Fondo*), en su considerando 194.

incluso fundamental, que pudiera entrar en conflicto con el interés del menor⁴⁶⁴, decidiendo siempre a tenor de las circunstancias del caso concreto. Es el principio rector que convierte el derecho de los menores en un derecho estatutario, porque se constituye en atención a la especial protección que el ordenamiento jurídico brinda a los menores en todos los ámbitos en los que se encuentre.

La doctrina⁴⁶⁵, acorde con su consideración jurisprudencial, también lo conceptúa como un principio general que se proyecta más allá de su tipificación concreta, sirviendo además de criterio hermenéutico para otros supuestos y normas, señalando las características esenciales de este principio rector, a saber, su prevalencia en caso de que el interés del menor entre en conflicto con otros intereses, el constituir una garantía en la aplicación de los derechos del menor, obligando a todos los poderes públicos, a los progenitores y a las instituciones privadas, constituyendo no solo una norma de resolución de conflictos jurídicos sino también la necesaria directriz en la orientación de las políticas públicas de protección⁴⁶⁶.

El Comité de los Derechos de Niño, en su Observación general nº 14 (2013)⁴⁶⁷ ha dado un paso más en la configuración de la naturaleza del interés superior del menor, es indudable que para el Comité, en la línea que hemos venido

⁴⁶⁴ BATTEUR, A., LARRALDE, J. M., "La liberté de ne pas être mère: l'accouchement sous X", *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (direc.), L.G.D.J., París, 2012, así la posibilidad contemplada en el Derecho francés amparando el derecho de la madre a no ser identificada en el parto está siendo cuestionado en aplicación del interés supremo del menor que, en este caso, se traduce en el derecho del menor a conocer su origen y su derecho a que el otro padre asuma su autoridad parental o en segunda instancia, los abuelos , pág. 175.

⁴⁶⁵ Vid. entre otros, DE TORRES PEREA, J. M., *El interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, "a menos que razones suficientes exijan otra cosa, lo que habrá que justificar, y demostrar la necesidad e idoneidad de la medida restrictiva, y de ser proporcionada al caso", págs. 34-35.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., "Los derechos de los menores a la luz de la Ley 1/1998, de los Derechos y la Atención al Menor, de la Comunidad autónoma de Andalucía", *La protección del menor en Andalucía (Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la Atención al Menor)*, RODRÍGUEZ BENOT, A., HORNERO MÉNDEZ, C., (eds.), Comares, Granada, 2000.

⁴⁶⁶ DE CASTRO MARTÍN, R., "El interés superior del Menor", Ponencia en la Jornada Técnica *Análisis del Sistema de protección de menores en el ámbito del Sistema judicial*, celebrada en Sevilla, el 5 de octubre de 2011, Dirección General de Infancia y Familias de la Junta de Andalucía y el Consejo General del Poder Judicial, Sevilla, 2011, pág. 4.

⁴⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación general nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, en su punto 6.

expresando, supone un principio jurídico interpretativo fundamental dentro del contexto normativo, en el sentido de que es el derecho del menor a que su interés superior goce de una consideración primordial al evaluar y sopesar los distintos intereses en juego, a la vez que se constituye en la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un menor, a un grupo de menores concreto o genérico o a los menores en general, además de entender que este principio constituye una norma de procedimiento; cualquier decisión que se adopte y que afecte a los menores deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el menor o en los menores interesados.

Pero el Comité de Derechos del Niño, además, lo considera un derecho sustantivo de aplicación inmediata e invocable ante los tribunales. Ahora bien, hay diferencia entre los derechos y los intereses, como ya nos informa el hecho de utilizar dos términos distintos⁴⁶⁸. En materia de protección de menores no basta con

⁴⁶⁸ Esta confusión entre derecho subjetivo e interés ya fue tratada por la doctrina, mostrando su disconformidad; en concreto, DOSI, G., "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", *// Diritto di Famiglia e delle Personne*, 1995, existen dos áreas, la del derecho y la de los intereses, y esta dicotomía opera cuando el juez debe conocer de un asunto relacionado con el menor y su familia, así el menor tiene unos derechos concretos a ser educado, alimentado por los padres así como el derecho del padre a ejercer la patria potestad sobre su hijo, el área del interés supone la orientación de cómo debe tutelarse ese derecho, porque el contenido de la norma no puede explicitar de una manera cerrada en que consiste ese derecho concreto, el derecho subjetivo supone el *prius* del interés: "Entre el área de los derechos y el área de los intereses hay diferencias: de otro modo esta terminología no tendría sentido. El ejercicio de la función jurisdiccional en materia de menores y familiar comporta no sólo el reconocimiento de la existencia de un determinado derecho (por ejemplo, el derecho del hijo a ser mantenido, educado o instruido, o el derecho del padre a ejercitar la patria potestad sobre el hijo), sino también la indicación de cómo tutelarlos concretamente teniendo en cuenta criterio que la ley no puede definir de una vez para siempre sino que lo deja a la apreciación del juez (...) el derecho subjetivo constituye el *prius* del interés y no se identifica con este último (...) la función de esta categoría (interés del menor) no es la de sustituir el derecho subjetivo sino la de indicar la dirección en la cual tutelar y garantizar los derechos subjetivos." (...) "hay necesidad de una redefinición entre el derecho (entendido como interés primario de la persona garantizado y protegido por el orden jurídico) y el interés del menor (entendido como indicación en el caso concreto de los criterios de base que satisfacen determinado derecho) y dejan, al mismo tiempo, entrever una recuperación de los confines de plausibilidad y de coherencia jurídica de cada una de estas dos categorías", pág. 1605. Tomado de SANTOS BELANDRO, R., "El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado", <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=28>.

MORO, A. C., "Diritti del minore e nozione di interesse", *Cittadini in crescita*, nº 2-3/2000 "L'interesse del minore che l'ordinamento italiano riconosce e richiama, non implica affatto un eclassamento dei diritti soggettivi del minore in meri interessi e cioè in mere aspettative il cui appagamento è affidato alla discrezionale volontà di altri soggetti: ormai per il nostro ordinamento minorile il soggetto in formazione è sicuramente portatore di autentici diritti soggettivi il cui godimento deve essere garantito e la cui promozione deve essere stimolata", pág. 11.

el reconocimiento a estos de un determinado derecho, su ejercicio debe ser complementado con la indicación de cómo debe ser tutelado ese derecho concreto, toda vez que la norma no puede definir este criterio de una manera cerrada, siendo necesario su determinación en cada caso, es decir, la función del interés del menor no es sustituir al derecho subjetivo sino la de mostrar la dirección correcta, los criterios de base que satisfacen la tutela y garantía de un derecho subjetivo concreto; el derecho subjetivo constituye un *prius* del interés, sin que quepa identificación entre ambos, pero sí su combinación, así el derecho establecido por la norma jurídica se vale del concepto del interés del menor para poder ser interpretado y adaptado a las circunstancias concretas, otorgándole al derecho sustantivo dinamismo, pero a la vez el interés del menor está supeditado a la estructura de la norma que recoge el derecho subjetivo⁴⁶⁹.

Es indudable que el interés del superior del menor no puede sustituir al derecho subjetivo reconocido por las normas a sus titulares, la finalidad del interés superior del menor es servir de indicación en cada caso concreto de los criterios que deben ser conjugados para satisfacer un determinado derecho del menor. Por otro lado, esta consideración del interés del menor como derecho sustantivo, tiene un indudable peligro, ya que llevado a su extremo, supondría retomar las posturas más

En ese mismo sentido, CHABERT, C., *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), Aix-en-Provence, Cedex, 2001: "L'obscurité de la notion d'intérêt de l'enfant est une idée communément reçue. Le détail de ses trois composantes le dément fortement. En effet, si un mal affecte la notion d'intérêt de l'enfant, ce mal réside uniquement dans l'absence de distinction de ses trois composantes. En droit interne, deux intérêts de l'enfant se sont révélés sur un seuil de juridicité. Au-dessus de ce seuil, est d'abord apparu un intérêt substantiel de l'enfant regroupant ses droits subjectifs. En deçà de ce seuil, s'est présenté un intérêt factuel de l'enfant, véritable technique d'évaluation judiciaire d'une situation permettant au magistrat d'adapter la prescription abstraite d'une règle juridique aux circonstances de l'affaire et à celles du milieu de vie du mineur. Autrement dit, il s'agit d'une opportune condition d'application de la règle de droit. Enfin, la troisième composante de l'intérêt de l'enfant relève du droit international privé, à savoir l'intérêt conflictuel de l'enfant associant les exigences d'unité du statut personnel et de permanence de l'état des personnes. Ces trois composantes dégagées, l'examen de leur jeu sur le domaine international m'a conduit à dresser un tableau non dénué de contrastes. Si la différenciation de ces trois intérêts facilite assurément la perception de leur régime et justifie certaines positions jurisprudentielles et conventionnelles, dans le même temps elle incite à remettre en question des solutions pourtant bien assises, par exemple au sujet de l'établissement d'un lien de filiation, les conflits de conventions ou à propos de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits fondamentaux de l'enfant", pág. 55.

⁴⁶⁹ RUBELLIN-DEVICHI, J., "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises", *Droit de la enfance et de la famille*, nº 43, 1996/1, considera que el interés del menor solo debe tenerse en cuenta como criterio hermenéutico cuando exista una norma jurídica aplicable, por lo su aplicación viene condicionado por la preexistencia de una norma jurídica, pág. 113.

radicales del movimiento del Derecho libre, lo que suponían un ataque directo al principio de legalidad y de seguridad jurídica, pudiendo propiciar decisiones *contra legem*, y abrir la puerta a la absoluta arbitrariedad de jueces y entidades públicas en el ámbito de la protección del menor⁴⁷⁰.

En otro orden de cosas, este principio ha dejado de ser una cuestión circunscrita prácticamente a los conflictos derivados de la patria potestad⁴⁷¹,

⁴⁷⁰ Vid., el interesante artículo de GARCÍA AMADO, J. A., “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1997), págs. 803-825, “Podríamos sintetizar el pensamiento de Fuchs sobre estas cuestiones, con sus contradicciones u oscuridades, de la siguiente manera: aunque se insiste en que el Derecho libre no aprobaría la vulneración por el juez de la letra clarísima de un precepto legal, siempre que las circunstancias del caso exijan un tratamiento más justo o socialmente apropiado que el que la ley propone, se puede considerar que existe una laguna y que el juez está llamado a desarrollar el Derecho, para lo cual el Derecho libre, esto es, la libre ponderación de los intereses con arreglo a las necesidades y la opinión social, sería el método adecuado. Con ello el Derecho no se estaría violando, sino que se realizaría de modo acorde con sus verdaderos fines, los fines de toda ley, que no pueden ser otros que la justa y equitativa resolución de cada conflicto. El sistema operante no será ya un puro sistema lógico de conceptos o de puros mandatos literales, sino un sistema de fines. Pongamos en lugar de la mera mención de fines una referencia a valores superiores o valores inspiradores de la Constitución, y tendremos la imagen de un «Derecho dúctil» muy del gusto de nuestros días”, pág. 817, aunque Fuchs creyese tener la respuesta a ese peligro: “La pregunta capital, entonces, es dónde está el límite de ese poder del juez para poder convertir un caso en especial y sustraerlo a la dicción genérica de la ley, de modo que su actuación no pueda tenerse por arbitraria o prevaricadora. A esta pregunta contesta Fuchs en los siguientes términos: «imperativo de la justicia, sentimiento jurídico general, exigencias del desarrollo jurídico, necesidades jurídicas emergentes, necesidades del tráfico, *exceptio doli generalis*, todas estas fórmulas no significan sino ponderación sociológica de intereses y justicia del resultado en casos especiales, en lugar de culto a la letra y álgebra conceptual»”, pág. 806.

Así como, SEGURA ORTEGA, M., “Kantorowicz y la renovación jurídica”, *Dereito*, v. II, nº 2, 1993, págs. 113-130, “La pregunta que hay que formularse a partir de este momento es la siguiente: ¿de dónde extrae el juez los criterios para resolver un caso cuando nos encontramos en presencia de una laguna, al respuesta de Kantorowicz es obvia: si la ley no facilita una respuesta y si tampoco los procedimientos tradicionales de interpretación la proporcionan solamente se puede acudir al Derecho libre”, pág. 118.

⁴⁷¹ El interés del menor no puede circunscribirse únicamente al ámbito de las relaciones y posibles conflictos paterno-filiales, como puede apreciarse en la Sentencia Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero, en relación con la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional, en su Fundamento de Derecho tercero, 1: “el interés superior del menor no solo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto. De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede al mero tratamiento patrimonial de la cuestión, esto es, a su mera reconducción al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Por el contrario, la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, artículo 1255 del Código Civil, como con los que se derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su contenido”

O como ya determinó el Tribunal Supremo en su sentencia 713/1996 ampliando la aplicación del principio a todo tipo de situaciones incluso en aquellas sin transcendencia jurídica. Doctrina que veinte años después este Tribunal mantiene vigente, así la Sentencia del Tribunal Supremo 713/1996

evolucionando, como hemos señalado, hacia una cuestión de orden público y su tutela adquiere la categoría de valor jurídico⁴⁷², en el sentido de valor en el campo constitucional. Este principio supone englobar dentro de la categoría de institución de protección a cualquier medida, que con independencia de la forma que adopte o del ámbito que contemple, tenga como finalidad dar una respuesta de protección efectiva al menor con independencia de la situación personal o familiar en la que se encuentre⁴⁷³.

Su fuerza es tal⁴⁷⁴, que en él radica actualmente la legitimación de la potestad concedida por los ordenamientos jurídicos a los progenitores⁴⁷⁵ y, de manera especial, a los poderes públicos para materializar la protección del menor. Por ello y aunque la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han planteado

de 17 de septiembre, relativa al mantenimiento de las relaciones de un menor con los padres del progenitor fallecido, Fundamento de Derecho segundo, en respuesta a la oposición del Ministerio Fiscal de admitir recurso de casación: "al no discutirse en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos cuales son las circunstancias que sean más favorables al menor, cuestiones de hecho a valorar por los tribunales de instancia y sin acceso a la casación" que "el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con el, que vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, (...), de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 del Cc.) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramentes paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España".

⁴⁷² Sentencia Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho tercero, 2: "en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE)".

⁴⁷³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", (discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña) *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 4, 1994.

⁴⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 305/1986, de 17 de mayo, en su Fundamentos de Derecho primero, en relación a la doctrina de la Sala relativa a la vigencia del principio de irretroactividad de las leyes, especialmente en su versión procesal, mantiene que "tal razonamiento, que resulta adecuado y procedente cuando de derechos subjetivos privados «*strictu sensu*» se trata, necesita de mayores matices y puntualizaciones cuando, como acontece en el presente caso, está en juego el interés supremo de los hijos, cuyos derechos, de cara a su protección y tutela, exceden el ámbito estrictamente privado y pasan a gozar de la consideración de derechos públicos para los que la Constitución sanciona su «protección integral» por parte de los poderes públicos".

⁴⁷⁵ Artículo 371-1 del Código civil francés: "*L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.*

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne".

primordialmente el interés del menor enmarcado en un conflicto de intereses⁴⁷⁶ con un tercero, sea este tercero los progenitores, tutores, el propio poder público o, incluso, cualquier otra persona que formalice una relación jurídica con el menor⁴⁷⁷, considero que el principio del interés del menor debe independizarse del conflicto⁴⁷⁸, sería reduccionista limitar la valoración por parte de los agentes jurídicos⁴⁷⁹ y de los poderes públicos de este principio omnicompreensivo a la

⁴⁷⁶ Conflictos normalmente encuadrados en el ámbito de las relaciones entre progenitores sobre la guarda y custodia del menor, que en más ocasiones de las deseadas, desembocan en “una situación patológica, (que) escapa de todas las prevenciones legales, en perjuicio de la menor cuyo interés demanda un régimen de relaciones paternofiliales estable, (...) como marco imprescindible para el desarrollo de los derechos de la menor y de los padres”, Sentencia Tribunal Constitucional 127/2013, de 3 de junio, fundamento jurídico 6.

⁴⁷⁷ Sentencia Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero, (contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional), Fundamento de Derecho tercero: 1. (...) “En efecto, el interés superior del menor no solo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto. De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede al mero tratamiento patrimonial de la cuestión (...) la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, artículo 1255 del Código Civil, como con los que se derivan de la representación de los hijos”.

⁴⁷⁸ Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 29 de marzo, sobre la coordinación del registro de menores extranjeros no acompañados: “Es preciso garantizar que el Registro recoja todos los datos relativos al número asignado, circunstancias e identificación de los menores extranjeros sometidos a guarda o tutela institucional que se encuentran en España, ... sino también para que pueda servir de instrumento eficaz para garantizar el interés superior del menor, significadamente en los procedimientos de determinación de la edad cuya tramitación está atribuida al Ministerio Fiscal (artículo 35.3 LOEX), o para combatir las graves situaciones que puedan sufrir los menores extranjeros desamparados (delincuencia, fraude y explotación por terceros)”.

⁴⁷⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Un voto particular demoledor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10/2014, valora positivamente el voto particular de Adela Asúa Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré en la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 4 de noviembre, por la que se deniega el amparo solicitado por una ciudadana argentina, madre de una menor española, frente a la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que confirma en apelación la Resolución administrativa por la que se acuerda su expulsión del territorio nacional, entendiéndose el Constitucional que no se ha vulnerado ni el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 Constitución española), ni el derecho de los españoles, concretamente de su hija española, de tres años en el momento de acordarse dicha sanción de expulsión de la madre (y de siete años en la actualidad), a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19 de la Constitución). El Constitucional en su Sentencia tiene en cuenta, como criterio interpretativo, el interés superior del menor, pero sin embargo, como expone Bercovitz, en consonancia con dicho voto particular, que la expulsión de la madre “implica que el derecho fundamental de una menor de edad de nacionalidad española a permanecer en España ex art. 19 CE queda lesionado si el superior interés de la misma pasa necesariamente por acompañar a su progenitor expulsado de aquélla, al no tener en España ningún otro elemento de arraigo o por ser dicho progenitor el único que pueda asumir su manutención”.

Planteándose una situación similar a la que supuso la condena a España por la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, K.A.B. c. ESPAÑA, nº 59819/08, 10 de abril de 2012, en el que

existencia de un interés legítimo contrapuesto al del menor⁴⁸⁰, ya que el interés del menor deberá ser tutelado en cualquier caso⁴⁸¹, también cuando la materialización del mismo coincida con el interés de los otros o con un indiferente jurídico, es este enfoque el que se refleja en las últimas normativas sobre protección del menor⁴⁸².

La onda expansiva de este principio es de tal magnitud que no sólo implica y obliga legalmente a los progenitores y a los poderes públicos en sus relaciones directas con el menor, sino también a la sociedad en su conjunto, es la base para la limitación de la actividad privada cuando esa actividad puede incidir en el ámbito del menor o cuando el sector privado oferte productos o servicios en los que estén

la expulsión de la madre supuso la pérdida de contacto del padre con su hijo, que fue declarado en desamparo y posteriormente adoptado.

⁴⁸⁰ Auto del Juzgado de primera instancia nº 39 de Madrid (sección 39), de 6 de marzo 2013, en su Fundamentos de Derecho séptimo: “La situación socioeconómica de esta familia y la integración en ella de tres niños obliga, por tanto, al tribunal, por todos los fundamentos hasta ahora explicados, a dictar la presente resolución primando el interés superior de los menores afectados sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Y tratando de conjugar el derecho de la parte actora a la ejecución de la sentencia (*proceder a la ejecución del desahucio*) con que ésta se produzca de modo que respete los derechos de los menores y una vez que se conozcan las medidas concretas que adoptarán los poderes públicos a fin de garantizar su debido alojamiento, como ya ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª) en decisión adoptada en fecha 6 de diciembre de 2012 (solicitud número 77842/12)”

⁴⁸¹ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 08-r1 (2006), realiza una traducción y comentario de la Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, (Consejo de Europa), (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros), en concreto de la Regla nº 36.1: “Los niños de poca edad pueden estar en prisión con un pariente recluso únicamente si ello resulta de interés para el menor. Estos no deben ser considerados como detenidos”. Y la Regla 36.2: “Cuando se autorice que un niño de poca edad permanezca en la prisión con un pariente deben tomarse medidas especiales para disponer de una guardería infantil dotada de personal cualificado donde el niño sea ubicado cuando el pariente esté realizando actividades a las cuales no tenga permitido el acceso al menor”; concretándose en la Regla 36.3: “Una infraestructura especial debe reservarse con el fin de proteger el bienestar de los niños de poca edad”.

El profesor MAPELLI, señala que es indudable la necesidad del lactante de permanecer con la madre aún estando esta en prisión y además, siempre que no sea contrario a el interés del menor, se debe respetar el derecho del menor a mantener en contacto con el otro progenitor aunque también este privado de libertad.

⁴⁸² DURÁN RUIZ, F. J., “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de junio de 2007: “Por razones de protección del interés superior del presunto menor, (*extranjero no acompañado*), suele establecerse ante la duda una presunción de minoridad, y se fija la edad del menor por parte de la Fiscalía en la menor de las edades determinadas como posibles”, pág. 16.

implicados menores⁴⁸³, en realidad, “todas las instituciones jurídicas sufren modulaciones cuando se refieren o tiene en cuenta”^{484, 485} el interés del menor.

Por otro lado, el interés del menor se ha focalizado excesivamente en la búsqueda de una solución en la que se concebía al menor como un ser absolutamente individual, que indudablemente lo es, olvidándose, o no teniendo en cuenta, la importancia que para el desarrollo del menor tienen los grupos sociales, de los indudablemente forma parte esencial la familia. En la implantación de la concepción actual del menor como sujeto de derecho e independizado de la

⁴⁸³ Observación general nº 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013) cuando analiza el interés superior del niño (artículo 3, párrafo 1), en su apartado B 15. “Los Estados están obligados a integrar y aplicar este principio en todos los procedimientos legislativos, administrativos y judiciales relativos a las actividades y operaciones empresariales que afecten directa o indirectamente a los niños. Por ejemplo, los Estados deben garantizar que el interés superior del niño ocupe un lugar central en la elaboración de las leyes y las políticas que determinan las actividades y operaciones empresariales, como las relativas al empleo, la fiscalidad, la corrupción, la privatización, el transporte y otras cuestiones económicas, comerciales o financieras generales”.

⁴⁸⁴ DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, pág. 113.

⁴⁸⁵ El Tribunal Constitucional en su sentencia 158/2009 de 29 de junio, en su Fundamento Jurídico nº 4 establece que en “la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, (...), que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor”, por lo que “(...) ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores”, erigiéndose el interés del menor en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz.

Doctrina que recoge el Tribunal Supremo en su sentencia 443/2013 de 18 de febrero, en su Fundamento de Derecho nº 3, que señala que aunque los “derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentran limitados por las libertades de expresión e información”, cuando entra en conflicto el interés del menor y su derecho a la intimidad y a su imagen y el derecho fundamental de información “el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía de los menores como un atentado a su derecho a la propia imagen y a su intimidad. No existe un interés público en la captación o difusión de las fotografías que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de los menores, pues lo que se considera ilegítimo es la utilización de imágenes en las que se encuentre un menor, con independencia del momento en que se publique, circunstancia en la que habrá de analizarse el resto de los requisitos exigidos por la norma (menoscabo de su honra o contrario a sus intereses). El derecho a la propia imagen e intimidad de los menores prevalece en este caso sobre el derecho a difundir libremente información veraz toda vez que han sido captadas y difundidas las fotografías de los menores sin que medie ninguna causa que excluya la protección que brinda el art.18 de la CE y la LO 1/1982, esencialmente porque ni existe consentimiento (art. 2.2 y 3 de la LO 1/1982) ni exclusión legal (art. 8.2 de la LO 1/1982 que comprende la accesoriadad)”.

“posesión paterna”, tanto la doctrina como los operadores que aplicaban las normas de protección del menor hicieron un gran esfuerzo en consolidar esa “manumisión” del menor de la autoridad parental, y ello supuso descuidar los derechos del menor y su interés superior como miembro de la familia⁴⁸⁶, por lo que la protección de ésta como elemento esencial del derecho fundamental del menor a ser cuidado por sus progenitores no ha sido lo suficientemente desarrollado⁴⁸⁷.

Es decir, debe haber un cambio de enfoque, la protección del menor no debe estar dirigida de manera exclusiva a la persona del menor⁴⁸⁸, en el principio del interés superior del menor confluyen otros intereses⁴⁸⁹, no es un interés que se agote en sí mismo, es un interés relacional lo que obliga a analizarlo en relación con otros, entre los cuales, en principio, estaría el interés de la familia^{490, 491}.

⁴⁸⁶ Siempre y cuando la protección de la familia suponga la protección de los derechos del menor del menor porque como señala la sentencia Tribunal Supremo 257/2013 de 29 abril, en su Fundamento de Derecho tercero: “En el recurso interpuesto se destacan las virtudes de cada progenitor en orden a su capacidad y voluntad de ejercer una paternidad/paternidad responsable, olvidando que lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”.

⁴⁸⁷ Sentencia de la Audiencia provincial de León (Sección 2ª), 212/2007 de 12 de julio, en su Fundamento de Derecho quinto: “la naturaleza de los derechos de los padres biológicos no es un principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor pues, en tal caso, adquiere un valor preponderante, al que ha de atenderse de forma preferente, el superior interés del menor. (...) Por eso aunque las medidas de protección en un caso concreto pudiera considerarse extraordinarias, ha de pasarse por ella cuando las mismas resultan más beneficiosas (...), sin que pueda olvidarse que los hijos son seres libres, dotados de una existencia y personalidad propia, y a los que no puede aplicarse el concepto de pertenencia”.

⁴⁸⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres”, *La conflictividad en los procesos familiares: vía jurídicas para su reducción*, VVAA, (Asociación Española de Abogados de Familia), Dykinson, 2004, págs. 19-116, considera que la afirmación categórica de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del menor: “En aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” supone excluir la posibilidad de ponderar entre los intereses que se planteasen en una situación, lo que en su opinión supone un error.

⁴⁸⁹ Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su Exposición de motivos: “El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

⁴⁹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, señala acertadamente que si el interés del menor está integrado dentro de la convivencia normal de la familia, el interés del menor no puede analizarse como contrapuesto a la familia. pág. 100.

Actualmente la legislación y los servicios sociales públicos dan una respuesta bastante eficaz a las situaciones de grave desestructuración de la familia e imposibilidad material de ejercer las funciones parentales, en la que el interés del menor suponga el alejamiento de la familia de origen, pero no ha resuelto con la misma eficacia las situaciones menos graves, en las cuales se debe considerar que el interés del menor es directamente proporcional al interés de la familia, situaciones en las que deben primar los servicios sociales de apoyo e implementación de la unidad familiar⁴⁹².

Esta misma línea argumental la encontramos en la Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad⁴⁹³ cuando señala que, de acuerdo con el interés superior del menor, los padres tendrán derecho a recibir el apoyo necesario y adecuado de los poderes públicos para desempeñar sus funciones parentales, dado que el ejercicio de la responsabilidad parental de manera igualitaria y compartida sobre los hijos contribuye al buen desarrollo de la personalidad del menor⁴⁹⁴. Se

MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil*, Pirámide, Madrid, 2005, “sino a una actuación global cuyo fin sea la rehabilitación y la capacitación de la familia para que pueda asumir el cuidado de sus hijos (...) El punto de partida debe ser un giro en la orientación desde el rescate de los niños al concepto de ayuda a las familias”, pág. 188.

⁴⁹¹ RIVERA FERNÁNDEZ, M., Los derechos de los menores a la luz de la Ley 1/1998, de los Derechos y la Atención al Menor, de la Comunidad autónoma de Andalucía, *La protección del menor en Andalucía (Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la Atención al Menor)*, RODRÍGUEZ BENOT, A., HORNERO MÉNDEZ, C., (eds.), Comares, Granada, 2000, “tenerse en cuenta que el carácter prioritario del interés del menor debe, en todo caso, armonizarse con las circunstancias familiares que le rodeen y, claro está, con el propio interés familiar”, pág. 14.

⁴⁹² Esta misma concepción ya fue defendida por LÓPEZ SÁNCHEZ, F., cuando afirmaba que debía tenerse “un sentido global de los servicios sociales, de forma que se apoyen y complementen. Por ejemplo es absurdo entender los derechos del niño como contrarios a los derechos de la mujer. Se ha de encontrar formulas... para que la defensa de los derechos del niño no sea nunca en contra de los derechos de los padres”, *Necesidades de la Infancia y protección infantil I. Fundamentación teórica, clasificación y criterios educativos*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pág. 68.

⁴⁹³ La Recomendación Rec(2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad, (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros), Apéndice de la Recomendación nº 5: “De acuerdo con el interés superior del niño, también deben de darse relevancia a los derechos de los padres, tal como el derecho a recibir apoyo adecuado de las autoridades públicas para desempeñar sus funciones parentales. El ejercicio por parte de padres y madres de una responsabilidad igualitaria y compartida hacia sus hijos supone una contribución importantísima al desarrollo armonioso de la personalidad del niño”.

⁴⁹⁴ También sigue esta orientación la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC--17/2002, de 28 de agosto de 2002, en los considerando 24, 25 y 53 establece que “las normativas de protección del menor constituyen un “círculo de protección del menor” que tiene como finalidad “el desarrollo armonioso de la personalidad” de los menores y el “disfrute de los

puede entender que una parentalidad que no tiene en cuenta el interés superior del niño es aquella “en donde el desarrollo psico-físico del niño se ve obstaculizado por acciones u omisiones debidas a una falta de responsabilidades de los padres con respecto a los principios del interés superior del niño (y a su derecho al máximo desarrollo)”⁴⁹⁵. Teniendo en cuenta que el apoyo al ejercicio de la parentalidad recae básicamente sobre las estructuras de los servicios sociales, el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁴⁹⁶ invocando el interés del menor y el respeto a sus derechos exhorta a la adaptación de los servicios sociales a las necesidades de menores y sus familias⁴⁹⁷.

Las normativas autonómicas más recientes también asumen este nuevo enfoque en la determinación del interés del menor, toda vez que la obligación de los poderes públicos respecto a este principio no solo debe activarse en caso de conflicto, sino que debe estar presente en todas las políticas públicas, ya sean estas dirigidas específicamente al menor o a la población en general pero que en alguna medida puedan quedar afectados los menores⁴⁹⁸. En este sentido, este principio

derechos que les han sido reconocidos. Le corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella”.

⁴⁹⁵ PEÆNIK, N., (con aportaciones de Christian Lalière), “Hacia una visión de la parentalidad en el interés superior del niño”, *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, DALY, M. (ed.), Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012, pág. 32.

⁴⁹⁶ Recommandation CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres) Annexe à la Recommandation CM/Rec(2011)12: en su punto I, 1 establece que “*La recommandation traite de la question des droits de l'enfant dans la planification, la prestation et l'évaluation des services sociaux qui doivent être adaptés à leurs besoins ainsi qu'à ceux de leurs familles. Elle est basée sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant à la prise en charge, à la participation et à la protection*”.

⁴⁹⁷ La sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, 18 de junio de 2013, condena a España a indemnizar a una madre por no haber cumplido la Administración con su obligación de proteger el derecho del menor a vivir con sus progenitores proporcionando a la familia los recursos públicos necesarios.

⁴⁹⁸ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, este espíritu se refleja en la Exposición de motivos de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña: “El interés superior del niño o el adolescente no necesita estar en conflicto para ser el primer interés que deben tener en cuenta las políticas públicas, por lo que también hay que aplicar la evaluación de las normas desde la perspectiva del interés superior del niño o el adolescente”; que continua estableciendo que “El principio de transversalización representa un avance importante en el reconocimiento de los derechos de los niños y los adolescentes, porque fomenta una revisión global del derecho desde el prisma de la preeminencia del interés del niño o el

debe ser conjugado como un principio transversal de toda medida o actuación jurídica⁴⁹⁹, política⁵⁰⁰ o social⁵⁰¹ que regule o afecte a cualquier ámbito que tenga

adolescente, y porque incorpora a los procesos políticos la perspectiva de este interés en todas las fases y niveles. Toda acción de gobierno debe incorporar esta visión y debe promover la participación de niños y adolescentes en cualquier ámbito, por lo que es necesario que el principio de transversalización del interés superior del niño o el adolescente impregne todas las políticas y las medidas generales y se tenga en cuenta en el momento de la planificación de las mismas”.

Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, en su preámbulo señala que: “De entre todos los principios y criterios generales que la Ley recoge y proclama, merece destacarse, en primer lugar, el de primacía del interés del menor, orientado a la consecución particular de su desarrollo armónico y pleno y a la adquisición de su autonomía personal y su integración familiar y social”.

⁴⁹⁹ Este principio se conjuga en cualquier norma que afecte a menores, por ejemplo en Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo 6 como principio inspirador de la ejecución de las medidas, establece el superior interés del menor sobre cualquier otro interés concurrente.

⁵⁰⁰ El Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia 2013–2016, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, establece que “el principio del interés superior del menor ha de continuar siendo la directriz de los poderes públicos en colaboración con las familias, los propios niños y todos los agentes e instituciones implicadas en el desempeño de políticas y actuaciones integrales y transversales” y señala como uno de los objetivos a alcanzar la promoción de políticas de apoyo a las familias en el ejercicio de sus responsabilidades en el cuidado, la educación y el desarrollo integral de los niños, y facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar como elemento básico de alcanzar el interés del menor, pág. 6.

El Comité de los Derechos del Niño (55º período de sesiones 13 de septiembre a 1º de octubre de 2010), Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención Observaciones finales: España: 5. Entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado (artículos 5, 18 (párrafos 1 y 2), 9 a 11, 19 a 21, 25, 27 (párrafo 4) y 39 de la Convención), en su punto 39: “Si bien acoge con agrado la gran variedad de servicios sociales para las familias, preocupa al Comité que muchas de ellas sigan sin contar con asistencia adecuada para ejercer sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación. Inquieta especialmente al Comité la situación de los niños de familias afectadas por la actual crisis económica, que necesitan medidas sociales afirmativas, en particular familias de origen extranjero y monoparentales”. Y en el punto 40: se recomienda a España “que redoble sus esfuerzos por prestar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el ejercicio de sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular a los de familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación. También le recomienda que vele por que se satisfagan las necesidades de todos los niños y que adopte todas las medidas necesarias para asegurar que ningún grupo de niños viva por debajo del umbral de la pobreza. El Comité recomienda igualmente al Estado parte que refuerce el sistema de prestaciones familiares y por hijo para apoyar a los padres y los niños en general y que preste apoyo adicional a las familias monoparentales, las que tienen muchos hijos y aquellas cuyos padres están desempleados”. Es evidente que esta recomendación se enmarca en la necesidad de que los poderes públicos desarrollen de una ineludible y urgente política de apoyo a la familia que favorezca la conciliación familiar y laboral, que ponga en valor los servicios de apoyo a la familia y que atienda de forma prioritaria a las familias con especiales necesidades como instrumento para alcanzar el interés del menor”.

⁵⁰¹ ALEXIS M.-A., “Quand la protection (renforcée) de la moralité du mineur justifie l'atteinte à la liberté d'entreprendre et la non-transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité”, *Droit de la famille* n° 3, Mars 2013, comentario 43, (Cass. crim., 22 janv. 2013, n° 12-90.065: JurisData n° 2013-000706): “L'exigence constitutionnelle de protection de la moralité du mineur contraint le législateur à prévoir l'incrimination de comportements dangereux. L'article 99 de la loi n° 87-588 du

impacto o relación con los menores, tanto para un menor concreto como para los menores como categoría social en respuesta al concepto integral de protección⁵⁰², ahora bien, para el menor individualizado sobre el cual hay que tomar una decisión concreta este principio se constituye como elemento básico y primordial en la adopción de la medida, mientras que cuando se determina el interés de los menores como colectivo en realidad se trata de un interés difuso⁵⁰³.

Pero paralelamente a la presencia omnicomprendensiva de este principio, y quizás por su aparente carácter abstracto y evanescente⁵⁰⁴, se va asentando la sensación en los operadores de protección de menores de que en muchos casos no se tiene en cuenta este principio sino de una forma retórica y su inclusión en los

30 juillet 1987 modifié par l'article 6 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, qui a pour objet l'interdiction d'une installation à moins de deux cents mètres d'un établissement d'enseignement, d'un commerce vendant ou mettant à disposition du public des objets à caractère pornographique, ne méconnaît pas le principe de la liberté d'entreprendre, principe à valeur constitutionnelle consacré par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", pág. 1.

⁵⁰² El Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 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, (en vigor en España desde el 1 de enero de 2011), establece en su Preámbulo: "Confirmando que el interés superior del niño merece una consideración primordial (...) el Convenio se funda en la idea de que las disposiciones para la protección del niño deben constituir un todo integrado. Por esto, el ámbito de aplicación del Convenio es extenso y cubre ambos tipos de medidas de protección o cuidado, tanto públicas como privadas".

⁵⁰³ El interés del menor, al configurarse no como una mera declaración programática sino como un auténtico derecho especial de su *status* de menor y, que por lo tanto, recae sobre personas en proceso de desarrollo, tanto físico como intelectual, requiere de una protección no solo de los derechos individuales, centrados en la protección del menor en los conflictos intersubjetivos, es necesario ampliar esa protección a los intereses difusos que atañen al menor como categoría social. La protección integral supone establecer un contexto que permita a los menores como genérico un desarrollo pleno y satisfactorio en todos los ámbitos, se trata de intereses que atañen al menor como un todo y que deben ser tenidos en cuenta tanto por los poderes públicos en el momento de regular aquellas actividades, bienes o servicios donde este implicado los menores, como la posibilidad de poder obtener la tutela jurisdiccional efectiva cuando estos intereses difusos estén cuestionados. En este sentido es interesante el estudio que realiza ARMIJO SANCHO, G., "La tutela constitucional del interés difuso. un estudio según el nuevo Código de la niñez y la adolescencia de Costa Rica", *Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Antología*, GONZÁLEZ OVIEDO M., VARGAS ULATE, E., (coords.), Conamaj, Escuela Judicial, Unicef, Costa Rica, 2001, págs. 107-167.

LINACERO DE LA FUENTE, M., "en cualquier caso, en lo que afecta a la infancia y a la adolescencia existe un reconocimiento legal como consumidores especialmente indefensos en materia de publicidad en el art. 16 de la Ley 12 julio 1994, amén de la normativa autonómica (*en esta materia*)", *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 122.

⁵⁰⁴ MARRE D., SAN ROMÁN, B., "El "interés superior" de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones", *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, v. XVI, nº 395 (9), 15 de marzo de 2012, considera que "el principio del "interés superior" –además de ser un "significante vacío" que se *rellena* de acuerdo al contexto social y cultural en el que se crea, sanciona y aplica una legislación– se presta a una singular diversidad de interpretaciones".

textos tanto legales como de políticas sociales⁵⁰⁵ se ha convertido en “cita obligada”⁵⁰⁶, convirtiéndose en un concepto que no siempre responde a la finalidad para la que fue concebido⁵⁰⁷, o que es utilizado para sustentar una determinada decisión o la contraria⁵⁰⁸. En este sentido, el principio del interés superior del menor actúa como una proposición finalista, alcanzar la indemnidad del menor en cualquier campo, finalidad muy loable pero que necesariamente debe ser determinada de acuerdo a las circunstancias del caso concreto en el que se aplique y eso puede conducir, como ya expuse, a que la protección del menor, en determinados casos, se convierta en un Derecho líquido, incluso quede extramuros del Derecho positivo y, por otro lado, en dichas normativas no se complemente como derechos subjetivos las medidas concretas de protección que le pueden corresponder como miembro de la familia o de otros grupos sociales.

⁵⁰⁵ En las recomendaciones del Comité de los Derechos de Niño de Naciones Unidas, tanto generales como las dirigidas a específicamente a España en 2010, en su recomendación 28 se recomienda al Estado español que adopte todas las medidas adecuadas para asegurarse de que el principio del interés superior del niño oriente todas las medidas y decisiones que adopten los gobiernos central y autónomos en relación con las disposiciones jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas, que repercutan en los niños”.

⁵⁰⁶ Sentencia Tribunal Supremo 323/2012 de 25 de mayo, en su Fundamento Jurídico segundo señala que: “La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor. (...) se invoca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se idéntica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen “cita obligada”, pero no se aplica ningún criterio integrador del interés; (...) y se apoya en un informe negativo del Fiscal, que se opone a la estimación del recurso y pide la confirmación de la sentencia recurrida “por ser correcta y ajustada a Derecho por sus propios fundamentos”, en un informe puramente formal, en el que no se razona ni se dice nada sobre la medida discutida”.

⁵⁰⁷ MARTÍN HERNÁNDEZ, J., analizando este concepto desde la psicología señala “creemos que se está tergiversando el principio del supremo interés del niño, mediante una aplicación indiscriminada y distinta del marco para el fue concebido”, *La intervención ante el maltrato infantil*, Pirámide, Madrid, 2005, pág. 24.

⁵⁰⁸ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Aranzadi Doctrinal*, nº 9/2014 parte Comentario, señala “que, el mismo principio, el interés superior del menor, puede conducir a una solución opuesta en este ámbito de maternidad subrogada, como defienden las sentencias del Juzgado de 1º Instancia y la Audiencia Provincial de Valencia. Pues se trataría de evitar que el menor pueda ser «objeto» de contrato y la solución médica a algunos casos de infertilidad.” (...) Visto el panorama jurídico en esta materia de maternidad subrogada autorizada y consolidada en el extranjero, debemos concluir diciendo, que las dos opciones posibles que se pueden presentar en torno a la misma, pueden conducir a resultados insatisfactorios: si rechazamos el reconocimiento, se puede producir una situación claudicante en materia del estado civil de filiación en contra del interés de los niños. Si admitimos el reconocimiento podemos favorecer una discriminación respecto a las situaciones internas, fomentando un elitismo en el acceso a la gestación por sustitución porque sólo podrían acceder a la misma lo que tuviesen medios de acudir a los países que la autorizan”.

De otro lado y al hilo de estas cuestiones, cabe plantearse si la protección del interés del menor como concepto transversal y global supone el ejercicio de una discriminación positiva⁵⁰⁹. Es indudable que el superior interés del menor no responde a una discriminación positiva como así lo expresa el Tribunal Superior de Cataluña porque lo de lo que se trata es de garantizarle su *status* de persona y los bienes y derechos que le corresponden en su calidad de sujeto de derecho⁵¹⁰, que como mantiene IGLESIAS la consagración de interés del menor como principio constructor de toda la actuación sobre los menores no supone la consagración de ningún “*favor minoris*” concebido como gracia dispensada por una entidad con un poder superior a una persona vulnerable; el menor es un sujeto de derecho titular de derechos y no se le protege por paternalismo, se le protege como ciudadano, la protección que debe dispensar los progenitores y los poderes públicos no es graciable, es un deber jurídico que el legislador les atribuye a fin de lograr la protección integral del menor y “estriba en al mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección hacia el futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal”⁵¹¹, como tampoco puede identificarse el *favor filii* con el interés superior del menor, el significado que debe atribuirse a *favor filii* responde a la obligación de los progenitores de tener en cuenta el beneficio de los hijos menores en todas aquellas cuestiones que deban decidir y que atañan a estos, siendo el interés superior del menor un concepto más amplio, pues no solo comprende lo anterior sino que constituye una cláusula de aplicación en cualquier ámbito, prevaleciendo en caso de conflicto con otros intereses legítimos de los progenitores⁵¹², su interés superior

⁵⁰⁹ Denominación que no tiene el respaldo unánime de la doctrina, pero que ha prevalecido frente a otras como discriminación activa, *vid.* URTEAGA, E., “Las políticas de discriminación positiva”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), nº 146, Madrid, octubre-diciembre, 2009, págs. 181-213.

Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero de 2008.

⁵¹⁰ Auto del Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sección 1), 25 de octubre de 2012, (Recurso de Casación y extraordinario por infracción procesal núm. 87/2011).

⁵¹¹ IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 66.

⁵¹² En este sentido, coincido con DE TORRES PEREA, J. M., “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret*, 4/2011, nota a pie de pág. 12, págs. 9-10, “no considero correcto la equiparación del “*favor filii*” introducida por la reforma del CC de 1981 con el concepto del “interés superior del menor” introducido por la reforma de 1996 (LO 1/1996). Mientras que en el

responde al derecho que tiene el menor a que la medida que se adopte, la decisión que se tome en los ámbitos jurídicos, sociales y familiares y que le afecten, suponga la materialización de los derechos de los que el menor es titular⁵¹³.

Porque es indudable que en determinados contextos, y sin ninguna duda en la protección pública del menor dispensada por los artículos 172 y ss. del Código civil, para que ese axioma sea real y efectivo es necesario una actuación positiva por parte de los poderes públicos, entendida como un conjunto de medidas cuyo objeto y finalidad es garantizar la igualdad material, a través de la consideración del interés superior del menor como principio protector que debe predicarse de todos menor por igual y sin distinción⁵¹⁴.

año 1981 se partía de un esquema en el que el padre podía decidir sin atender al beneficio del hijo (estos simplemente debían tributar reverencia a sus padres) y lo que en dicho momento se consiguió fue introducir en nuestro Código el deber de tener en cuenta el beneficio de los hijos al decidir sobre ellos (pues anteriormente ello era irrelevante); sin embargo en el año 1996 se dio un paso más, al establecerse que no solo tendría que tenerse en cuenta el beneficio de los hijos, sino que además en caso de conflicto con el interés de los padres, debería prevalecer el de los hijos sobre el de sus progenitores. Pues bien, resulta que cuando nuestra doctrina introduce en los últimos años setenta el concepto del “favor *fili*” en nuestro Ordenamiento se está refiriendo al concepto del “beneficio de los hijos” que se reflejaría finalmente en la reforma del art. 154 CC en 1981; pero en absoluto se refería al concepto del “interés superior del menor que vendría dado por una evolución posterior materializada en la LO 1/1996 que introduce la cláusula general del ISM en su artículo segundo. Es por ello que debe distinguirse entre uno y otro concepto, que sin embargo aparecen confundidos en numerosas sentencias y artículos doctrinales”; sin embargo identifican ambas expresiones OTERO CRESPO, M., GARCÍA RUBIO, M. P., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 8, 2006, págs. 69-106, entendiendo que “si hay algo en común a estos veinticinco años de historia jurisprudencial es el teórico criterio inspirador de todas y cada una de las resoluciones: el beneficio del menor, *favor filii* o *bonum minoris*. Será este superior interés de los hijos el que guiará el proceso de toma de decisiones judiciales y, en definitiva, la adopción del régimen de custodia y visitas más conforme con aquél”, pág. 75.

⁵¹³ Así lo entiende el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuando señala que “el interés del menor debe interpretarse no como una discriminación positiva, sino que se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarse su estatus de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde”, Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1), de 25 de octubre de 2012, (recurso nº87/2011).

⁵¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo 200/2012, de 26 de marzo 2012, Fundamento de Derecho tercero.

2. EL INTERÉS DEL MENOR Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Otra de las cuestiones que surgen cuando se analiza el principio del interés del menor, es determinar a quién le corresponde la potestad de su determinación, sobre qué instituciones recae, en realidad, la responsabilidad de evaluar y determinar este concepto que, como ha quedado expuesto, se plantea como global y transversal y que atañe a todos los niveles donde estén implicados los derechos de los menores. Esta cuestión conduce a plantear la relación entre el interés del menor y el principio de subsidiariedad en este contexto.

Como ya hemos apuntado, la protección del menor en nuestro ordenamiento jurídico se enmarca en el artículo 39 de la Constitución, que establece la coexistencia de un sistema de la responsabilidad tuitiva del menor entre progenitores y Estado⁵¹⁵, atribuyéndola obligación de asistencia integral de los hijos a los progenitores pero, en el mismo plano, impone a los poderes públicos una doble responsabilidad, procurar a los menores la protección necesaria para hacer efectivos sus derechos y garantizar la protección social, económica y jurídica a la familia⁵¹⁶ del menor^{517, 518} pero en este punto solo analizaremos la relación entre progenitores y poderes públicos en el ejercicio de esa responsabilidad tuitiva.

⁵¹⁵ DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, pág. 135, considera que la familia y el Estado tiene atribuida distintas áreas de actuación.

⁵¹⁶ Consecuencia lógica dado el papel preeminente que el Estado otorga a la misma, en su consideración de grupo social básico y más idóneo de socialización, así la actual Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea nº 83, de 30 de marzo de 2010), dispone en su artículo 33.1 relativo a la vida familiar y vida profesional, que: “Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social”.

⁵¹⁷ Bien es cierto, que esta corresponsabilidad en la protección del menor, de acuerdo con su evolución conceptual, no se limita a esos dos niveles, implica también a toda la sociedad, tanto las instituciones públicas como las privadas, y en este sentido, el Comité de Derechos del niño, en su Observación general nº 16 (2013), CRC/C/GC/16, de 7 febrero 2013, sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, establece los límites del interés privado frente al interés del menor, “considera que el impacto del sector empresarial en los derechos del niño ha aumentado en los últimos decenios debido a factores tales como el carácter globalizado de las economías y de las actividades empresariales y las tendencias actuales de descentralización, así como la externalización y la privatización de las funciones del Estado que afectan el disfrute de los derechos humanos. Las empresas pueden ser un motor fundamental para que las sociedades y las economías avancen de manera que se fortalezca la efectividad de los derechos del niño mediante, por ejemplo, los avances tecnológicos, la inversión y la generación de trabajo decente. Sin embargo, la efectividad de los derechos del niño no es una consecuencia

En general la doctrina, considera que el esquema del artículo 39 de la Constitución supone un sistema mixto, que responde al principio de subsidiariedad progresiva, estableciendo que la familia es la primera responsable de velar por la protección del menor y que los poderes públicos intervienen sólo cuando el interés o el bienestar del menor estén en peligro, señalando que este principio de subsidiariedad está referido a aquellas intervenciones más graves, reactivas, en las que se ha de actuar para defender a un menor concreto de riesgos determinados⁵¹⁹. De hecho, la afirmación de la actuación subsidiaria⁵²⁰ de los poderes públicos respecto a las funciones tuitivas sobre los menores se ha convertido casi en una fórmula de estilo tanto en la doctrina⁵²¹ como en la legislación⁵²². Sin embargo,

automática del crecimiento económico y las empresas también pueden afectar negativamente a los derechos del niño.”

⁵¹⁸ Como ya aparecía explícitamente en el art. 24.1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala que todo menor tiene derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado”, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A3-0172/91, Diario Oficial de la Comunidad Europea nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992, en su considerando D., establece que los derechos de los menores “generan en consecuencia, obligaciones para los padres, el Estado y la sociedad”.

⁵¹⁹ En este sentido, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nº 28499/05, de 29 de noviembre de 2009, VAUTIER c. FRANCE, en su punto 58: “*Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (...). La Cour constate que le Gouvernement ne conteste pas que les mesures prises concernant les filles de la requérante constituaient une ingérence dans le droit de la requérante au respect de sa vie familiale. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux, et notamment proportionnée au but légitime recherché (...)*”.

⁵²⁰ LOO GUTIERREZ, M., “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, nº33, págs. 391-426, realiza un escueto pero interesante estudio histórico de la formación de este principio, haciéndose eco de la complejidad del concepto y de sus diversos enfoques, que responden a la ideologización del mismo, señalando que la reciente doctrina sobre la materia “intenta dilucidar un asunto apremiante durante toda la historia del pensamiento contemporáneo: cómo efectuar una división justa de las tareas de interés general entre la sociedad civil y el poder público”, pág. 394.

⁵²¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, entiende que la familia coadyuva al Estado en la atención de las necesidades de los ciudadanos, consagrándose un sistema mixto de atención en el que participa, en primer lugar, la familia y subsidiariamente, el Estado, pág. 135.

En ese mismo sentido, DE PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *AFDUAM*, nº 15 (2011), págs. 185-215, señala que el artículo 39 “acoge un sistema de protección de menores que podríamos calificar de mixto, en la medida que se basa en la colaboración entre el ámbito público y el privado, las responsabilidades se comparten entre la familia y las Administraciones Públicas. (...) “Por tanto,

considero que esta afirmación debe ser convenientemente matizada y enfocada desde la responsabilidad de la Administración pública en la valoración y concreción del interés del menor.

En primer lugar, y para determinar cómo se conjuga este principio⁵²³ en este contexto, deben analizarse los dos enfoques que se predicen de la subsidiariedad⁵²⁴, es decir, distinguir entre la subsidiariedad vertical, referida a las relaciones entre el Estado Central y organizaciones supranacionales⁵²⁵, o en nuestro caso, entre el

las Administraciones Públicas deberán actuar de forma subsidiaria siempre que los padres no cumplan de forma adecuada sus obligaciones legales y los menores no tengan debidamente garantizada su protección y el disfrute de sus derechos”, págs. 187-187.

⁵²² A modo de ejemplo, Ley 14/2002, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, en su artículo 4, f, en relación con los principios rectores señala la “subsidiariedad progresiva de la actuación de las diferentes Administraciones Públicas en relación a los deberes y funciones inherentes a la patria potestad”, en el artículo 5.1, en relación con la corresponsabilidad y colaboración, establece que los padres o tutores, “en primer término y simultánea o subsidiariamente, según los casos, los poderes públicos, administraciones, entidades y ciudadanos en general, y en particular la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, las Entidades Locales, los servicios sociales, sanitarios y educativos, el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales, han de contribuir al mejor cumplimiento de los fines perseguidos en la presente Ley mediante el ejercicio, en sus respectivos ámbitos, de las obligaciones, competencias y responsabilidades que el ordenamiento jurídico les asigna y a través de las actividades de cooperación, colaboración y participación debidamente coordinadas”.

⁵²³ ALONSO DE LEÓN, S., “Análisis crítico del papel de los parlamentos regionales en el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea”, *ReDCE*, año 8, nº 16, julio-diciembre/2011, págs. 283-329, en su pág. 290, señala que el “concepto básico del principio de subsidiariedad, (...)”, se refiere a que el poder político sólo debe intervenir en aquellos casos en los que las partes individuales de la sociedad no pueden hacerlo y, por tanto, se inserta en la tendencia a la descentralización del gobierno de los asuntos públicos y en el desarrollo de la sociedad civil. Por eso, el principio de subsidiariedad es un principio esencialmente democrático que trata de llevar la decisión política, o cuando menos su ejecución, al nivel más cercano a la sociedad”.

⁵²⁴ MANGAS MARTIN, A., “EL Tratado De la Unión Europea: análisis de su estructura general”, *Gaceta Jurídica Europea de la C.E. y de la Competencia*, D-17, septiembre 1992, págs. 40-48, señalaba que el principio de subsidiariedad es “poliédrico: filosófico, político, jurídico”, pág. 44.

⁵²⁵ El principio de subsidiariedad ha sido desarrollado de manera más intensa en relación a la consolidación de la Unión Europea, en concreto con el artículo 5, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y cuya definición, en este contexto, implica que “el principio de subsidiariedad tiene como función general garantizar un cierto grado de independencia a una autoridad inferior respecto de una instancia superior, en particular un poder local respecto de un poder central. Se refiere, por consiguiente, al reparto de las competencias entre los diferentes niveles de poder, principio que constituye la base institucional de los Estados federales”, Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2013, pág. 2, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf

Vid., ALONSO GARCÍA, R., “Interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 28, págs. 385-410, Civitas, 2008; ANTÓN ZARRAGOITIA, M., “Previsiones sobre el principio de subsidiariedad y su impacto en el ámbito regional”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 40, 2009, págs. 19-41; D’ATENA, A., “Modelos federales y subsidiariedad en el reparto de las competencias normativas entre la Unión y los Estados miembros”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 3, 2005, págs. 195-202; DOMÍNGUEZ HERNÁNDEZ, H., “La aplicación del

Estado y otras entidades administrativas con autonomía para la gestión de sus propias competencias, (Comunidades Autónomas y Entidades Locales), y la subsidiariedad horizontal, que se conjuga en las relaciones entre el Estado (y sus entes subestatales) y la sociedad civil, las personas y los grupos privados donde ésta se inserta, centrándola, en nuestro caso, en las relaciones entre poderes públicos y progenitores⁵²⁶ en el ámbito de la protección del menor.

En el primer caso, y en el contexto de esta tesis, la subsidiariedad como principio de organización jurídico-política del poder público⁵²⁷ se plantea a través del reparto de competencias en protección de menores entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre ambos y las Corporaciones locales, cuestión esta a la que ya hicimos alusión, teniendo en cuenta que el principio de subsidiariedad vertical solo será de aplicación en aquellos ámbitos en los que se de competencias compartidas o concurrentes⁵²⁸ entre los distintos niveles, quedando al margen las

principio de subsidiariedad en la legislación comunitaria”, *Ambienta: Revista del Ministerio de Medio Ambiente*, octubre 2006, págs. 52-55.

⁵²⁶ En la orientación dada por la doctrina social de la Iglesia, que cristaliza con Pío XI, que en el punto 80 de *Quadragesimo anno*, da al término el significado actual: “Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función “subsidiaria”, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación”, PÍO XI, *Quadragesimo anno* de 15 de mayo de 1931, sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica, www.vatican.va/.

Y sobre el que la Iglesia ha ido profundizando a lo largo del siglo XX, en concreto, el Papa Juan Pablo II publica la encíclica *Centesimus Anno*, enfocando este principio hacia la actividad económica y la actividad interventora de Estado en el bienestar de los ciudadanos, en su punto 48: “En los últimos años ha tenido lugar una vasta ampliación de ese tipo de intervención, que ha llegado a constituir en cierto modo un Estado de índole nueva: el «Estado del bienestar». Esta evolución se ha dado en algunos Estados para responder de manera más adecuada a muchas necesidades y carencias tratando de remediar formas de pobreza y de privación indignas de la persona humana. No obstante, no han faltado excesos y abusos que, especialmente en los años más recientes, han provocado duras críticas a ese Estado del bienestar, calificado como «Estado asistencial». Deficiencias y abusos del mismo derivan de una inadecuada comprensión de los deberes propios del Estado. En este ámbito también debe ser respetado el *principio de subsidiariedad*. Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común”, JUAN PABLO II, *En el centenario de la "Rerum novarum"*. Carta encíclica "*Centesimus annus*", 1 de mayo de 1991, www.vatican.va/

⁵²⁷ CESANA, G., BAREA, M., “Subsidiariedad horizontal en la protección social de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 238, págs. 9-17, 2004.

⁵²⁸ Vid., BOIXAREU CARRERA, A., “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 21, nº 3, 1994, págs. 771-808, en relación con el principio de subsidiariedad en la Unión Europea, señala en relación con el principio de subsidiariedad contemplado en el anterior artículo 3 B del Tratado de la Unión Europea que este principio no “juega en los ámbitos en que exista

competencias que cada uno de ellos tenga atribuidas como exclusivas, y ello supone, en un tema tan complejo como la protección del menor, plantearse el problema práctico de aplicación preferente de la subsidiariedad en ámbitos donde no está clara la naturaleza de la competencia, hay que recordar que, prácticamente, todo el entramado de protección del menor está basado en la asistencia social, servicios sociales, o en servicios públicos como la sanidad, la educación⁵²⁹, etc., en las que el reparto competencial no tiene unas fronteras especialmente bien delimitadas⁵³⁰.

Es evidente que cuando se trata de determinar el interés del menor en riesgo o desamparo establecidas en el Código civil en sus artículos 172 y siguientes, para en su caso arbitrar las medidas de protección específicas, el órgano encargado de hacer la valoración y ponderación de ese interés es la entidad pública que tenga encomendada la función de protección de los menores de un territorio determinado, siendo la Comunidad Autónoma la competente en designar a qué órgano le corresponde. Ello implica que cada Comunidad Autónoma ha establecido su propio organigrama, en el ejercicio de su capacidad de autogobierno, organigramas que tienen un perfil muy similar ya que estas a la hora de iniciar el desarrollo de su propia Administración pública han optado por un “isomorfismos mimético”⁵³¹.

Es indudable que la relación entre entes con potestad pública no agota el contenido de este concepto tan poliédrico, es necesario analizarlo también como elemento de organización social⁵³², en la denominada subsidiariedad horizontal

competencias exclusivas de la Comunidad; por consiguiente, sólo resulta aplicable a los sectores o materias en que se da una competencia, mixta, compartida, concurrente o paralela -la terminología es variable- entre la Comunidad y los Estados miembros”, pág. 788.

⁵²⁹ RESTÁN, J., “El sistema educativo, ámbito privilegiado para la aplicación del principio de subsidiariedad”, *Boletín de Doctrina Social de la Iglesia*, (Observatorio Internacional Cardenal Van Thuân sobre Doctrina Social de la Iglesia), año 2, 2010, nº 4 (septiembre-diciembre), en relación con la educación señala que “algún analista podría interpretar que en España estamos ante un caso de sistema educativo organizado según el principio de subsidiariedad, ya que las leyes establecen que la administración educativa es competencia de los gobiernos regionales y no del Estado central. Y eso es verdad solo en parte”, pág. 1.

⁵³⁰ Por otro lado, en el ámbito concreto de la organización administrativa de cada una de los niveles territoriales, la subsidiariedad se resuelve a través de los principios del artículo 103 de la Constitución, a saber, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

⁵³¹ BASSOLS COMO, M., *La Administración pública de las Comunidades Autónomas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2004, pág. 13.

⁵³² MASUCCI, A., “Le Nouveau citoyen et le principe de subsidiarité horizontale”, *Civitas Europa*, nº 16, págs. 151-157, 2006.

compresivo de las relaciones de las instituciones públicas con la sociedad civil, cuyo planteamiento básico sería el reconocimiento de los poderes públicos de las organizaciones civiles⁵³³ y su obligación de respetar la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciendo la intervención pública a lo esencial, en el sentido inicial del rol subsidiario del Estado, entendido como abstención y como sustitución de las deficiencias de la iniciativa privada.

En relación con la evaluación y determinación del interés del menor, la subsidiariedad horizontal nos lleva a plantearnos en qué medida se articula la colaboración entre la familia, progenitores y menor⁵³⁴, y el Estado en relación a la consecución de ese interés general de los menores. Este interrogante nos conduce a una respuesta menos pacífica y consensuada que la planteada por la doctrina respecto a la subsidiaridad intrainstitucional⁵³⁵.

Por un lado, no puede cuestionarse el reconocimiento y garantía que nuestro ordenamiento jurídico hace de los “cuerpos intermedios” y, en nuestro caso, de la familia, a la que se le confiere *status* constitucional, con atribución a los progenitores de competencias protectoras sobre el hijo menor, competencias que tienen su desarrollo legal en la regulación de la patria potestad contenida en el Código civil, en concreto, el artículo 154⁵³⁶ y siguientes cuyo contenido deberá

⁵³³ Tal y como planteó la Iglesia católica este principio, uniendo la legitimidad del Estado al respeto de la dignidad del hombre, lo que implicaba el reconocimiento de los grupos civiles donde se inserta el individuo, como instrumento para evitar las desviaciones de un liberalismo económico salvaje y de los sistemas totalitarios, que niegan la existencia de esas organizaciones que integran la sociedad civil.

⁵³⁴ RAYMOND, G., BARRETEAU-RAYMOND, C., (colaboradora), *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, París, 2003, pág. 9 (epígraf 10), señala que el principio del control del Estado sobre la autoridad de los padres se inicia a finales del siglo XIX, con las primeras leyes de protección de la infancia, regulando el trabajo de los menores.

⁵³⁵ ALÁEZ CORRAL, B., mantiene en relación con la protección de los derechos fundamentales del menor que “el artículo 39 C.E. impone una serie de obligaciones subordinadas al cumplimiento de esta función protectora. Destinatarios de dichas obligaciones son de un lado, los padres, y de otro, los poderes públicos, de forma acumulativa y no subsidiaria” en “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, nº 20, 2007, págs. 179-210, en concreto, pág. 206.

⁵³⁶ El artículo 154 del Código civil no habla de interés de menor pero utiliza una expresión equivalente “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”.

El Code civil francés en su artículo 371-1, establece que: “*L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.*”

ejercerse, como es sabido, de acuerdo con el interés de estos, tal y como establece el Tribunal Supremo en su sentencia 26/2013, la patria potestad y la función de representación “nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quién determina su ámbito y aplicación”⁵³⁷. Por lo tanto, el ejercicio de la patria potestad no es un ámbito de actuación libre, no hay un juego real de la autonomía de la voluntad de las partes, la relación entre los progenitores y los hijos menores se mueve en los límites⁵³⁸ señalados por la regulación legal, con planteamientos, por otro lado, de contornos poco precisos en muchas de sus manifestaciones⁵³⁹, pero esa relación está delimitada, definida y condicionada por lo que se entienda como interés del menor⁵⁴⁰ y, por lo tanto, la actuación de los progenitores debe responder a los estándares que determinan cual ese interés.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne”.

⁵³⁷ Sentencia Tribunal Supremo 26/2013 de 5 de febrero de 2013, (contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional), Fundamento de Derecho tercero 1: “De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede al mero tratamiento patrimonial de la cuestión, esto es, a su mera reconducción al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Por el contrario, la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, artículo 1255 del Código Civil, como con los que se derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión”.

⁵³⁸ En este sentido, el Código civil, señala entre otras, las siguientes limitaciones al ejercicio de la patria potestad, en el artículo 162.2, prescinde de la representación de los progenitores cuando existe un conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo; en el artículo 234, el juez puede no tener en cuenta para nombramiento de tutor a las personas designadas por los progenitores, el artículo 245 en el cual la exclusión hecha por los progenitores de persona o personas para ser tutores de sus hijos no vincula al juez, si ello va en beneficio del menor; la imposibilidad de los progenitores, cuando la guarda la tiene la Administración, de designar la persona o institución de acogida, (pueden oponerse al acogimiento familiar, pero en ningún caso pueden determinar la persona acogente); también, y salvo las excepciones contenidas en el artículo 176, 2, 2º párrafo, la elección de los adoptantes corresponde a la entidad pública, previo proceso de selección.

⁵³⁹ Es importante recordar que el contenido personal de las funciones de la patria potestad viene señalado como conceptos jurídicos indeterminados, y esta indefinición se debe a su doble faceta, por un lado la protección de la prole es un hecho biológico ajeno al Derecho pero, a la vez, regulado por este.

⁵⁴⁰ Interesante la Circular 1/2012, de 3 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave: “La irrelevancia legalmente establecida del consentimiento en relación con estos tratamientos e intervenciones -sólo justificada en el interés superior que representan los derechos a la vida y la salud- obliga a descartar con mayor motivo la voluntad del menor, incluso el menor maduro y el mayor de 16 años respecto del rechazo de tratamientos médicos de carácter vital (...) Se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e

Paralelamente, los poderes públicos tienen atribuido con rango constitucional la competencia en la protección tanto del menor como de la familia, teniendo también como principio de su actuación el interés del menor, lo que nos lleva a plantear, de nuevo, la cuestión de sobre qué nivel recae la evaluación del interés del menor de acuerdo con el principio de subsidiariedad horizontal.

Para ello, podemos introducir el análisis de los criterios de atribución de competencias concurrentes entre los progenitores y los poderes públicos, centrándonos en dos, el de proximidad y de eficacia. Si se restringe el principio subsidiariedad a que la toma de la decisión corresponde a la entidad más próxima al menor, la competencia sobre la determinación del interés de este recaería, casi indefectiblemente, en los progenitores, e incluso solo en el progenitor custodio, lo que conlleva a un absurdo, nadie, salvo los progenitores, estarían capacitados para ello, negándose, por lo tanto la legitimidad del Estado a intervenir.

Por otro lado, si el análisis parte de la consideración de que los poderes públicos no deben intervenir cuando los individuos se basten así mismos, se baraja la subsidiariedad como principio de eficacia, en el sentido de que sólo actuará la entidad que consiga el objetivo propuesto⁵⁴¹, nos encontraríamos también con el problema de que siendo, en este caso, el objetivo del interés del menor el pleno desarrollo de su personalidad, el cometido de los progenitores se vería muy limitado dado los distintos recursos que hay que coordinar para lograr ese objetivo, es obvio que la familia contemporánea no puede satisfacer todas las necesidades del menor, a ésta se le puede reconocer autonomía pero no autarquía; además de este escollo, utilizar como criterio la eficacia plantea otro cuestión, ya que la eficacia no es un

integridad individuales. Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto”.

⁵⁴¹ La Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, trata de definir eficacia señalando que "es conveniente subrayar que también vincula a la Administración General del Estado el principio de eficacia. En efecto, el funcionamiento de la gestión por objetivos y a la calidad como forma ordinaria de prestación de los servicios públicos".

auténtico principio, sino un criterio de evaluación del resultado de una determinada actuación⁵⁴².

Por lo tanto, no puede afirmarse categóricamente que las relaciones entre progenitores y poderes públicos se articule alrededor del principio de subsidiariedad y, por otro lado, la responsabilidad de estos va más allá de la de los progenitores⁵⁴³, el Estado viene obligado a establecer unas condiciones jurídicas y socioeconómicas que aseguren la protección integral de los menores mientras que los padres tienen como funciones las acotadas por la patria potestad que debe tener en cuenta los estándares sobre lo que se considera interés del menor, y en este sentido podemos decir que el principio de subsidiariedad también responde a la facultad del Estado, como entidad subsidiante, para establecer las condiciones de ejercicio y el control sobre la adecuación de la actuación del subsidiado a los presupuestos reseñados.

En nuestro caso este presupuesto, el interés del menor, será el señalado por los poderes públicos, de tal suerte, que la interpretación del interés del menor que hagan los progenitores va a ser fiscalizada por los poderes públicos, es decir, en cualquier caso los padres deberán adecuar su comportamiento a lo que el Estado espera de ellos, porque las funciones se le asignan para el cumplimiento de unos fines prefijados y configurados por el poder público^{544, 545}, el desarrollo integral del

⁵⁴² NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., “La materialización del principio de eficacia en el Derecho español, ¿utopía o realidad?”, *Revista jurídica online de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, señala que “al objeto de aproximarnos al significado de eficacia, podríamos indicar que por tal podemos entender el nivel de objetivos alcanzado, en el bien entendido que ese grado de consecución ha de ser óptimo”, pág. 179.

⁵⁴³ Tribunal Constitucional de Bélgica, sentencia n° 107/2009 de 9 julio 2009, “B.16.2 *“Si la liberté d’enseignement comporte le libre choix par les parents de la forme de l’enseignement, et notamment le choix d’un enseignement à domicile dispensé par les parents, ou d’un enseignement dispensé dans un établissement d’enseignement qui n’est ni organisé, ni subventionné, ni reconnu au sens de l’article 3 du décret, ce libre choix des parents doit toutefois s’interpréter en tenant compte, d’une part, de l’intérêt supérieur de l’enfant et de son droit fondamental à l’enseignement et, d’autre part, du respect de l’obligation scolaire. (...) B.17.2. Le droit à l’enseignement de l’enfant peut par conséquent limiter la liberté de choix des parents et la liberté des enseignants quant à l’enseignement qu’ils souhaitent dispenser à l’enfant soumis à l’obligation scolaire. La Cour européenne des droits de l’homme considère ainsi que, lorsqu’au lieu de le conforter, les droits des parents entrent en conflit avec le droit de l’enfant à l’instruction, les intérêts de l’enfant priment (...).*”

⁵⁴⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 134.

⁵⁴⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 6: “Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de «un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse» (...) Es decir, un

menor con la orientación establecida por el Estado. En ese sentido, la legislación posconstitucional sobre protección de menores ha supuesto la atribución a los poderes públicos de la potestad de control de la actuación de los progenitores para garantizar que el ejercicio de sus funciones responde al interés del menor y ello conlleva situar en sede pública la potestad de definir y concretar ese interés⁵⁴⁶.

En realidad, los progenitores en su cometido de asumir el cuidado y protección de los hijos menores, actúan como institución del Estado⁵⁴⁷, pues siendo ellos los titulares de las funciones inherentes a la patria potestad, su ejercicio se realiza de acuerdo con la técnica de encomendar a la familia la obligación que tiene el Estado de garantizar la procura de las necesidades de sus ciudadanos, en el caso que nos ocupa, ciudadanos menores de edad.

Por ello, la obligación constitucional exigida a los poderes públicos⁵⁴⁸ de asegurar la protección integral de los menores se traduce en la atribución de la potestad de determinar y poner contenido al interés del menor, convirtiendo “a dichos poderes en los únicos sujetos capacitados para valorar correctamente, con

riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, (...) o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole), resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos”.

⁵⁴⁶ HERRERA CAMPOS, R., *Curso de Derecho civil IV. Derechos de Familia y sucesiones*, SÁNCHEZ CALERO, F. J., (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 273, señala que “la legislación en materia de Derecho de familia dictada a partir de la Ley 13 de mayo de 1981, ha tendido como finalidad fundamental establecer un sistema de control que garantice el cumplimiento de los fines protectores de la familia”.

⁵⁴⁷ Coincido con ALÁEZ CORRAL, B., “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, nº 20, 2007, págs. 179-210, que haciéndose eco de una de las corrientes de la doctrina alemana, afirma que “es cierto que ni el padre ni el tutor reúnen todos los requisitos del moderno concepto de poder público, pero la relación jurídica que existe entre ellos y los menores que se encuentran bajo su responsabilidad se corresponde más con una función pública que con un derecho subjetivo, que es la característica propia de la actuación de los entes públicos”, pág. 208.

⁵⁴⁸ Cuando hablamos de los poderes públicos lo hacemos como sinónimo de Estado, en la línea del artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño se establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

imparcialidad e independencia, el concreto interés del menor”⁵⁴⁹, ya sean actuaciones relativas al menor como categoría social, a un determinado grupo de menores o al menor concreto necesitado de una protección extraordinaria⁵⁵⁰, y tanto si existe conflicto de intereses con los progenitores o tutores, como si su valoración debe establecerse en un ámbito ajeno al conflicto, abarcando todos los ámbitos que puedan incidir en el desarrollo de la personalidad de estos, en el ámbito del consumo⁵⁵¹, en el del ocio, salud, cultura, educación, en el uso de las nuevas tecnologías, etc.⁵⁵².

Es en la evaluación y determinación del interés del menor donde se legitima la actividad prestacional del Estado, tanto en la vida del menor como en la de su familia, legitimidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional al entender que “sobre los poderes públicos, (...), pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño”⁵⁵³. Su determinación constituye, a la vez, una obligación y un límite al poder del Estado y atañe a todos los niveles de organización territorial e

⁵⁴⁹ IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 64.

⁵⁵⁰ El Tribunal Constitucional en su sentencia Sentencia 10/2014, de 27 de enero de 2014, en su Fundamento Jurídico nº 5 en relación al derecho de los progenitores, (en este supuesto, de un hijo con una grave discapacidad), de la determinación del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, señalando el Tribunal que ese derecho constitucionalmente garantizado no incluye, como elemento, el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro ordinario de educación, cuando las autoridades competentes han acreditado, en virtud de las necesidades educativas específicas del menor, que el interés del menor requiere su “escolarización en un Centro de Educación Especial”.

⁵⁵¹ DUPLÁ MARÍN M. T., BARDAJÍ GÁLVEZ, D., “El fundamento último de la protección al menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial”, *AFDUDC*, 11, 2007, págs. 211-230, se preguntan si el interés del menor se refleja en la normativa de defensa del consumidor, considerando que no existe una protección específica del menor que dé respuesta a el principio del interés del menor.

⁵⁵² El Comité de Derechos del niño, en su Observación general nº 16 (2013), CRC/C/GC/16, de 7 febrero 2013, sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, en relación con la naturaleza y alcance de las obligaciones del Estado, señala en el punto 24, que el respeto y garantía de los derechos de los menores imponen a los Estados “un determinado nivel de obligaciones en vista de la condición especial de los niños; (...) El artículo 4 establece la obligación de que los Estados adopten todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, y en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales a que adopten esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan”.

⁵⁵³ Sentencia Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo de 2000, Fundamento Jurídico 5.

institucional del Estado, “de inexcusable observancia por todos los poderes públicos”⁵⁵⁴, por lo que la legitimidad en la intervención del Estado no puede basarse únicamente en el incumplimiento de los progenitores en el ejercicio de sus funciones legales, su legitimidad se asienta en la efectividad de los derechos del menor.

Ahora bien, los poderes públicos responsables, en última instancia, de la determinación del interés del menor, forman parte de un modelo de Estado definido en el artículo 1 de la Constitución, cuyas características ya señalamos, por lo tanto no cabe identificarlo con un Estado totalitario y ajeno a la persona, en el Estado social y democrático de Derecho se ha corregido la tendencia del poder público a anular a la sociedad⁵⁵⁵ a través de la interpretación unilateral y tecnoestructural del interés general, en nuestro caso del interés del menor; el poder público ha adoptado planteamientos en los que sus funciones se desarrollan a través de la “búsqueda compartida del propio interés general teniendo presentes cuantas instituciones sociales se encuentran comprometidas por el bienestar integral de los ciudadanos. Los tiempos de las versiones autoritarias del interés general ya han pasado”⁵⁵⁶. Y así

⁵⁵⁴ Sentencia Tribunal Supremo 141/2000, 29 de mayo, Fundamento jurídico 5: “el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”.

⁵⁵⁵ De este enfoque se hace eco Benedicto XVI en la Carta encíclica *Caritas in veritate*, de 29 de junio de 2009, que en su punto 57 señala que “*el principio de subsidiaridad, (es) expresión de la inalienable libertad, (...). La subsidiaridad es ante todo una ayuda a la persona, a través de la autonomía de los cuerpos intermedios. Dicha ayuda se ofrece cuando la persona y los sujetos sociales no son capaces de valerse por sí mismos, implicando siempre una finalidad emancipadora, porque favorece la libertad y la participación a la hora de asumir responsabilidades. La subsidiaridad respeta la dignidad de la persona, en la que ve un sujeto siempre capaz de dar algo a los otros. La subsidiaridad, al reconocer que la reciprocidad forma parte de la constitución íntima del ser humano, es el antídoto más eficaz contra cualquier forma de asistencialismo paternalista. Ella puede dar razón tanto de la múltiple articulación de los niveles y, por ello, de la pluralidad de los sujetos, como de su coordinación. Por tanto, es un principio particularmente adecuado para gobernar la globalización y orientarla hacia un verdadero desarrollo humano. Para no abrir la puerta a un peligroso poder universal de tipo monocrático, el gobierno de la globalización debe ser de tipo subsidiario, articulado en múltiples niveles y planos diversos, que colaboren recíprocamente. La globalización necesita ciertamente una autoridad, en cuanto plantea el problema de la consecución de un bien común global; sin embargo, dicha autoridad deberá estar organizada de modo subsidiario y con división de poderes, tanto para no herir la libertad como para resultar concretamente eficaz*”. (las cursivas son del original).

⁵⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El marco constitucional del derecho administrativo (El Derecho Administrativo Constitucional)”, *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, nº 6- 2011, pág. 255: “Por lo que se refiere al artículo 1, debemos destacar que en él se recoge la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que, como queda señalado, debe entenderse, desde mi punto de vista, de acuerdo con los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. De

lo estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984⁵⁵⁷, determinando que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, el interés público no puede ser definido unilateralmente por la Administración pública, su concreción debe realizarse a través de la cooperación y colaboración entre los poderes públicos y los distintos agentes sociales, por ello, la participación de todos aquellos que tienen la obligación de proteger al menor en la concreción del interés del mismo supone una garantía que disuade a los poderes públicos o a cualquier otro agente social de asumir de manera excluyente la determinación del interés del menor⁵⁵⁸.

Por ello, el incuestionable respeto que el Estado debe tener a la libertad y autonomía de la familia para la gestión de aquellos asuntos que interesen a sus miembros, no puede ser óbice para cuestionar el papel que le corresponde al Estado social y democrático como garante del interés del menor y, en este sentido, el principio de subsidiariedad no puede ser identificado con el abstencionismo del Estado en la esfera de la familia⁵⁵⁹, porque supondría defender el abandono de ésta a su propia capacidad para alcanzar sus fines, cuestión imposible en la sociedad del

ahí que, en esta perspectiva, la tendencia del Estado a apropiarse de la sociedad a través de la interpretación unilateral y tecnoestructural del interés general, debe superarse hacia planteamientos en los que la función de los poderes públicos asuman posiciones de búsqueda compartida del propio interés general teniendo presentes cuantas instituciones sociales se encuentran comprometidas por el bienestar integral de los ciudadanos. Los tiempos de las versiones autoritarias del interés general ya han pasado y, por ello, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, entendida desde estos parámetros encuentra su lógico desarrollo, por lo que se refiere a nuestro tema, en algunos de los preceptos que comentaré a continuación, como el 9.2 o el 53 de la Constitución”.

⁵⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984, 7 de Febrero de 1984, Fundamento jurídico nº 3: “En efecto, la interacción entre Estado y Sociedad, destacada por la doctrina, produce consecuencias muy diversas en el mundo del Derecho, de las cuales aquí sólo puede aludirse a las que interesan a los efectos de la mejor comprensión y solución del caso planteado. (...) La interacción Estado-Sociedad, y la interpenetración de lo público y lo privado trasciende, como hemos señalado, al campo de lo organizativo. (...) La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado”.

⁵⁵⁸ En este sentido, cabe recordar que el Estado social tiene atribuido un papel configurador de la sociedad que trasciende a los aspectos meramente económicos, para extenderse a una multiplicidad de aspectos de la sociedad, tal y como ya señaló GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza editorial, Madrid, 1982, págs. 22 y ss.

⁵⁵⁹ LOO GUTIERREZ, M., “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, nº33, págs. 391-426, considera que el principio de subsidiariedad no solo supone “limitar a ultranza la actuación del Estado sino de moldearla en su complejidad y formas. La finalidad de esta actuación del Estado, y no podría ser de otro modo, es la consecución del bien común lo cual pasa, necesariamente, por la atención pública hacia las cuestiones que los individuos y la iniciativa de éstos y sus asociaciones no son capaces de satisfacer y hacer frente”, pág. 424.

siglo XXI⁵⁶⁰; por lo que debe complementarse con un enfoque positivo, considerando la subsidiariedad un instrumento básico del Estado social y democrático de Derecho, modelado por el principio de solidaridad del artículo 9.2 de la Constitución, dado que para que esa libertad y autonomía sean reales el Estado deberá crear las condiciones precisas que garanticen el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros, en especial del menor de edad.

En resumen, es al Estado al que le corresponde la obligación de concretar el interés del menor y una vez determinado, deberá permitir a los progenitores que, siempre que ello sea posible, sean ellos los que ejerciten sus competencias adecuando su actuación al interés del menor, por lo tanto, en este contexto el principio de subsidiaridad horizontal es inverso⁵⁶¹. Pero además, hay facetas de la protección como la regulación jurídica, o las de promoción, prevención y las políticas positivas de asistencia⁵⁶², educación o sensibilización, en las cuales los poderes

⁵⁶⁰ El Tribunal Constitucional en su sentencia 133/2010, de 2 de diciembre, considera que el derecho fundamental a la educación engloba la escolarización del menor, en su Fundamento Jurídico 5, “el problema constitucional que plantea el presente recurso, (...) ha de ser rechazado por dos razones, siendo la primera de ellas la de que la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera *prima facie*, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce” y refiriéndose a las dos razones planteadas por los recurrentes, manifiesta que “(N)o lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficial”, y en el segundo caso “la facultad invocada por los recurrentes tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos”, para concluir 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”. Concluyendo, en su Fundamento jurídico 8 que “los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido”.

⁵⁶¹ Por ello no cabe lo señalado por BAZÁN, J. L., “Bioderecho y menores en el Consejo de Europa”, Conferencia inaugural de las Terceras Conferencias de Bioética y Derecho, “*Los niños y los adolescentes en el ámbito de la Bioética*”, 29 de mayo de 2007, organizadas por la Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada (CEDAP-UC) en colaboración con el Centro de Bioética (Facultad de Medicina-UC), cuando señala que esto supone “lo que algún autor ha llamado la expropiación de la patria potestad”, aún siendo cierto que “(L)a articulación del interés público con el interés superior del menor, es decir, del Estado y del hijo, puede conllevar una traslación del centro decisional sobre los hijos, del ámbito paterno hacia el estatal, ya que es precisamente el Estado el que declara cuál es el interés superior del menor”.
<http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/Bioderecho.htm>

⁵⁶² GONZÁLEZ SERRANO, F., TAPIA LIZEAGA, X., “Reflexiones en torno a la escolarización generalizada de los niños de dos años”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del*

públicos gozan de una responsabilidad primaria y directa, sin poder abandonar dicha promoción a la institución familiar o a la iniciativa privada”⁵⁶³.

3. LA CONCRECIÓN PRÁCTICA DE ESTE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

La importancia, legal y doctrinal, que se concede a este principio va paralela a una incuestionable imprecisión. La paradoja se plantea porque siendo este concepto la base sobre la que se organiza la protección que el Derecho dispensa al menor, y que reputar algo como contrario al interés del menor supone una conculcación jurídica o, cuanto menos, ética, sin embargo es un concepto ambiguo, complejo y difícil de aprehender, que puede conducir a convertirlo en una mera expresión lingüística que no refleje un concepto concreto.

En este sentido, la doctrina científica y la jurisprudencia⁵⁶⁴ están absolutamente de acuerdo en que no existe una definición de qué es el interés supremo del menor⁵⁶⁵, donde no hay tanta unanimidad es sobre si esta definición es necesaria o no y, en el caso de que pueda darse una, cuál sería su contenido.

adolescente, nº 48, 2009, págs. 177-186, “En pocos años se está produciendo en nuestras sociedades un cambio muy importante: los padres confían sus hijos a otras personas en edades cada vez más tempranas, lo que ha llevado a crear progresivamente estructuras extra-parentales de acogida y cuidado para los niños de 0-3 años”, pág. 178, preguntándose los autores si eso responde al interés del menor, “no podemos darla por válida sin más esquivando una reflexión urgente y necesaria. (...). No hay criterios científicos para fijar una edad límite de entrada en la escuela, pero se podría afirmar que 1 a los dos años tienen necesidad de otra cosa que no de la escuela”, pág. 186.

⁵⁶³ MARTÍNEZ OTERO, J. M., “Libertades informativas y protección de los menores en la Constitución. A propósito de la cláusula protectora del artículo 20.4º”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 66, 2009, págs. 59-94, págs. 67-68.

⁵⁶⁴ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014.

⁵⁶⁵ Sentencia Tribunal Supremo 495/2013 de 19 de julio, en su Fundamento de Derecho segundo mantiene: “se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan”.

Auto Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sección 1), 25 de octubre de 2012, en su fundamentación única establece, en relación con la declaración de desamparo del menor: “siendo de interés citar a título de ejemplo la sentencia de Pleno de esta Sala, de 31 de Marzo de 2012, que ya pone en evidencia el carácter casuístico, y consecuentemente, la imposibilidad de forjar una doctrina

Las normas nacionales y las internacionales no contienen una descripción cerrada del supuesto de hecho que en caso de producirse tendría como efecto la determinación de lo que es mejor para el menor, de lo que debe entenderse por “interés del menor”, ni siquiera configuran un supuesto de hecho de contenido negativo, de lo que no es interés superior para el menor⁵⁶⁶.

Desde un punto de vista individual, como sujetos privados, todos creamos saber en qué consiste y qué contenido deberá tener ese principio⁵⁶⁷, pero los profesionales que se enfrentan a él, no desde un mero ejercicio intelectual sino desde la obligación de materializar la protección de los menores con estricta sujeción a ese principio, tienen un reto difícil ya que son ellos los responsables de delimitar en qué consiste y llevarlo a la práctica a través de una actuación concreta, teniendo en cuenta que no hay un único criterio de concreción del interés del menor y que existen planteamientos diferentes y, a veces divergentes, desde las distintas áreas del conocimiento jurídico-social, el derecho, la sociología, la psicología, la pedagogía, la medicina, etc., que abordan esta cuestión, siendo, además, necesaria las aportaciones de todas ellas⁵⁶⁸.

general en relación a la determinación de si se da una situación de desamparo y la necesidad de la medida a adoptar (...) (porque) El problema, sin embargo, surge porque ni las normas internacionales ni las nuestras propias (véase el art. 3 Lei 8/1995) han procurado una definición del "interés superior del menor" que no precise de un esfuerzo suplementario de concreción".

⁵⁶⁶ CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2012, puede entenderse que “las normas jurídicas sobre Derecho de Familia, la infancia y la adolescencia no definen el interés superior de los hijos o *favor filii*, pero sí delimitan el campo de actuación de este concepto jurídico, y favorecen el desarrollo de la personalidad del menor dentro de la unidad familiar”, pág. 167, pero el interés del menor, en su concepción actual, trasciende a la propia familia, se predica de cualquier ámbito donde se desarrolla la vida del menor.

⁵⁶⁷ Como señala MARRE y SAN ROMÁN todos entendemos que el menor para su pleno e integral desarrollo, deben crecer en “un ambiente de felicidad, amor y comprensión. (...). Todas ellas son categorías culturalmente construidas, al igual que las de familia e infancia. Como ha demostrado largamente la antropología, no hay una forma universal de vivir en familia o de infancia, como tampoco de ser feliz, amar o comprender”, MARRE, D. y SAN ROMÁN, B., “El “interés superior” de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”, *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, v. XVI, nº. 395 (9), 15 de marzo de 2012.

⁵⁶⁸ Sin querer ser exhaustivo, sirva de ejemplo de la responsabilidad, en el ámbito de la protección del menor, de los profesionales de campos distintos al Derecho lo dispuesto en la Exposición de Motivos nº 12 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que “mantiene el criterio de que el interés del menor tiene que ser atendido por especialistas en las áreas de la educación y la formación, pertenecientes a esferas de mayor inmediación que el Estado. El Juez de Menores, a instancia de las partes y oídos los equipos técnicos del propio Juzgado y de la entidad pública de la correspondiente Comunidad Autónoma, dispone de amplias facultades para suspender o sustituir por otras las medidas impuestas, naturalmente sin mengua de las garantías procesales que constituyen otro de los

Ya nadie pone en duda la indispensable colaboración entre los operadores jurídicos y los especialistas de otras áreas en la búsqueda de la concreción del interés del menor, y de la necesidad de contar con ellos se han hecho eco tanto las normas jurídicas como los tribunales⁵⁶⁹.

Por otro lado, no habiendo duda del carácter de este principio y de su incardinación en todo lo relativo a la protección de menor, es necesario encontrar el hilo conductor que permita aislar y determinar su contenido en cada una de las decisiones que se adopten sobre el menor.

La primera premisa de la que hay que partir para proceder a su concreción estriba en el interés del menor se configura, tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en los internacionales, como un concepto jurídico indeterminado⁵⁷⁰. Y como es sabido, esta técnica legislativa supone que la norma jurídica contempla una realidad cuyos contornos no están determinados por el supuesto de hecho de la misma, pero en el mismo se encuentran los elementos necesarios para su determinación cuando la norma deba aplicarse.

Cuando el legislador utiliza la técnica del concepto jurídico indeterminado se está refiriendo a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen perfectamente

objetivos primordiales de la nueva regulación, o permitir la participación de los padres del menor en la aplicación y consecuencias de aquéllas”.

⁵⁶⁹ Prueba de ello es la sentencia del Sentencia Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, Antecedentes d), que resalta la importancia de los informes emitidos por los profesionales de estas áreas: “se rechaza la posibilidad de sostener, en términos generales, que las parejas homosexuales no sean idóneas para adoptar conjuntamente a menores. (...) Finalmente, se hace referencia a estudios sociológicos y psicológicos que desmienten el menor grado de compromiso de las parejas homosexuales. (...) Dichos informes también demuestran que lo que resulta positivo para el desarrollo del menor es permitir que quienes perciben como sus progenitores también lo sean jurídicamente. Entre la comunidad científica existe asimismo consenso sobre que el aspecto que resulta determinante para conformar el desarrollo de los niños que conviven en su seno no es la estructura de la familia, sino la dinámica de las relaciones que se dan en su seno. Las alegaciones del Abogado del Estado acompañan un estudio del Departamento de psicología evolutiva y de la educación de la Universidad de Sevilla en relación con todas estas cuestiones”. Es también significativa la sentencia del Tribunal Supremo 323/2013 se señala que siendo los argumentos legales correctos “no valora los informes psicosociales que habían aconsejado la guarda y custodia compartida”.

O la Sentencia Tribunal Supremo 323/2012 de 25 de mayo, Fundamento Jurídico segundo

⁵⁷⁰ MENDIZABAL OSÉS, L., *Derecho de Menores: Teoría general*, Madrid, 1977, pág. 49, considera que “el concepto jurídico indeterminado “interés superior del niño” se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, innato a la cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el derecho de los menores y le diferencia de las demás ramas de la ciencia del derecho, cual es el principio eminentemente tuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir”.

establecidos en su enunciado, pero deja clara su voluntad de delimitar un supuesto concreto. Son conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero que pueden y deben ser precisados en el momento de su aplicación, del tal suerte que la esencia del concepto jurídico indeterminado es que la indeterminación de su enunciado no se traslada a una indeterminación de la aplicación del mismo⁵⁷¹, aplicación que solo admite un única solución justa para cada caso concreto en que se aplique el concepto jurídico indeterminado, por lo tanto, no puede identificarse la actuación de la Administración cuando aplica un concepto jurídico indeterminado con la potestad discrecional de la que también goza, ya que en el ejercicio de la potestad discrecional si permite una pluralidad de soluciones todas ellas justas jurídicamente⁵⁷².

Esta técnica aplicada a la determinación del interés del menor presenta importantes ventajas, ya que permite a los operadores jurídicos la flexibilidad necesaria para adaptar el mandato legal al supuesto de hecho que se contempla, valorando las circunstancias e intereses que pueden entrar en juego, facilitando la búsqueda de la solución acorde con al caso específico que se trata de resolver, lo que supone para el menor una garantía de que la medida que se adopte su interés va a ser el único válido, de acuerdo con la valoración de las circunstancias de ese menor en un contexto determinado y en un tiempo histórico determinado⁵⁷³.

No obstante, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados puede conllevar un aspecto negativo ya que en la determinación del interés del menor se

⁵⁷¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de marzo de 2012, Fundamento Jurídico 4 “la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, suponiendo, en definitiva, una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad”.

⁵⁷² Entre otras, sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de octubre 2006.

⁵⁷³ *Vid.* ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, Madrid, 2009, sostiene la tesis, a la cual nos adherimos, que, aunque, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados supone la solución de un caso concreto e individualizado, del análisis de los criterios utilizados para resolver esas situaciones concretas se puede establecer directrices de carácter general, que actuarían como elementos fijos del contenido del concepto jurídico indeterminado.

puede introducir criterios subjetivos del operador que deba realizar el análisis y valoración de las circunstancias de ese menor”⁵⁷⁴. Esta objeción puede ser superada si se tiene en cuenta que frente a un concepto jurídico indeterminado la Administración no tiene libertad de elección entre varias alternativas todas ellas iguales en justicia o, si se prefiere, indiferentes jurídicos, dado que la decisión de la Administración respecto a la determinación del interés del menor no puede fundamentarse en criterios extrajurídicos, la determinación del interés del menor es un caso de aplicación de la ley, se trata de subsumir en una categoría legal, configurada pero que presenta límites imprecisos, las circunstancias reales y concretas de un menor. La Administración, cuando realiza la integración su voluntad, estableciendo la medida más acorde con el interés del menor, debe hacerlo a través de un proceso reglado.

Ahora bien, puede parecer que existe una clara tensión entre la obligación de la Administración de concretar una única solución justa y la existencia de un determinado margen de apreciación de la Administración, resuelta por la jurisprudencia señalando que el aspecto donde puede darse ese margen de apreciación se refiere a que se trata de un juicio que no es volitivo, pues entonces nos encontraríamos en el campo de la discrecionalidad, sino de un juicio cognoscitivo o intelectual⁵⁷⁵, por lo que la Administración no tiene margen valorativo en la concreción del concepto jurídico indeterminado, este “se da o no se da”⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2-2012, págs. 105 y 106, se hace eco de la tensión sentida por la doctrina en relación a esta técnica.

⁵⁷⁵ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de diciembre de 2003 (recurso 4717/00), “Porque tratándose de un concepto normativo indeterminado, la norma que regula dicha excepción de uso constructivo en el medio rural no delega decisión discrecional alguna al órgano autonómico encargado de su aplicación, sino que dicho concepto de interés general ha de integrarse por un juicio de adecuación que ha de conducir a la solución querida por la norma y en su virtud por las NN. SS. vigentes. Un juicio que no es volitivo - propio de las decisiones discrecionales- sino cognoscitivo o intelectual, que obligaba a la Administración autonómica a una estimación o comprobación de todas las circunstancias o datos que permitan confirmar la existencia o no del interés público de la actuación proyectada”.

⁵⁷⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 27 de enero de 2010, Fundamento de Derecho segundo: “A diferencia de la discrecionalidad, que es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos -en la medida que la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.)-, en el concepto jurídico indeterminado no hay margen valorativo para la Administración: o se da o no

Por otro lado la jurisprudencia ha precisado “a qué aspectos del juicio cognitivo se refiere el margen de apreciación”⁵⁷⁷, consintiendo el margen de apreciación del concepto jurídico indeterminado en elementos normativos, es decir concretando en cada caso, atendiendo a las circunstancias de hecho concurrentes de acuerdo y en relación con las distintas normas aplicables⁵⁷⁸, aunque no siempre las circunstancias de hecho sean entes de la realidad, ya que “los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser de experiencia⁵⁷⁹ o conceptos de valor⁵⁸⁰; respecto de los primeros, que se ventilan en la apreciación de hechos, la competencia de control jurisdiccional es ilimitada, los segundos, que no se controlan exclusivamente por la apreciación de los hechos, sino que implica juicios de valor, que pueden ser técnicos (...), proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción a favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos”⁵⁸¹.

Por lo tanto y en el objeto de este trabajo, la entidad pública no puede concretar y establecer desde la discrecionalidad ese interés superior, aunque exista

se da el concepto. En la discrecionalidad las alternativas son igualmente válidas. En el concepto jurídico indeterminado solo una decisión es válida”

⁵⁷⁷ YÁÑEZ VELASCO, I., “Control de la legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento municipal. Jurisprudencia de altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 269, Madrid, noviembre (2011), págs. 13-28, pág. 19.

⁵⁷⁸ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 6 de marzo de 2012, Fundamento Jurídico 6: “Nos hemos referido a esta especie de cláusula de progreso (...), relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado “halo o zona de incertidumbre” en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad”.

⁵⁷⁹ En el caso que nos ocupa, entraría en esta categoría la apreciación de la incapacidad para el ejercicio de las funciones parentales, la no madurez del menor para tomar una decisión que le afecta, la valoración del riesgo, etc.

⁵⁸⁰ Serán juicios de valor la determinación del estándar de conducta de un progenitor, perjuicio irreparable en el desarrollo de la personalidad del menor, la negligencia de aquellos que tienen la obligación tuitiva sobre el menor, etc.

⁵⁸¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 8 de abril 2008.

una línea muy tenue entre la discrecionalidad y el margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados⁵⁸², y en mayor medida en el contexto de la protección pública del menor, cuyo fundamento se encuentra en la concepción de un Estado prestacional, en el cual la atribución de la potestad discrecional a la Administración se erige como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, porque permite la posibilidad de modular la acción de la Administración a las exigencias de un Estado prestacional dentro de los presupuestos de un Estado de Derecho⁵⁸³.

La Administración pública en su obligación de determinar el interés del menor deberá tener en cuenta la estructura del concepto jurídico indeterminado, es decir, la determinación de un núcleo fijo o zona de certeza, en el cual a través de datos previos y seguros la Administración tiene la certeza de que su decisión es rigurosamente respetuosa con la aplicación de la ley; una zona intermedia o de incertidumbre, zona de incertidumbre que existe en cualquier otro concepto jurídico pero que es más amplia en los conceptos jurídicos indeterminados⁵⁸⁴, y una zona de certeza negativa, en la cual la Administración es consciente que su voluntad quedaría fuera del ámbito del concepto del interés del menor⁵⁸⁵. La dificultad en la

⁵⁸² COSCUELLA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, el autor distingue entre discrecionalidad y discrecionalidad técnica “la discrecionalidad técnica obliga a adoptar una única solución correcta en cada caso, en función de normas técnicas que, por lo general, proporcionan otras ciencias jurídicas” (...) “dicho juicio técnico solo puede ser sustituido a la vista de otro mejor fundado, que demuestre el error del primero sobre la base de los principios de la ciencia que corresponda aplicar en cada caso”, pág. 315.

⁵⁸³ PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 277.

⁵⁸⁴ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo, y Derecho público en general*, tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pág. 532.

⁵⁸⁵ Indudablemente, forma parte de esta zona de certeza negativa una actuación contraria al ordenamiento jurídico y en este sentido se pronuncia VELA SÁNCHEZ, A. J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8162, Sección Doctrina, 3 octubre 2013, año XXXIV, señalando que “en la búsqueda del interés del menor, con la finalidad de procurar su mayor protección, no se pueden traspasar los límites de lo justo y provocar un resultado injusto, pues ello supondría, además, una ilegitimidad, una ilegalidad. El interés superior del menor, aun siendo un concepto jurídico indeterminado, no es absoluto ni ilimitado, de manera que su protección y defensa en los casos singulares sólo puede llegar hasta donde lo permite el Derecho —la ley—. En definitiva, tanto el principio constitucional de protección integral del menor, como el principio —civil— del interés superior del menor, no son absolutos; son limitados, como todo principio y valor jurídico, y pueden y deben ceder ante intereses jurídicamente —más— relevantes, siempre que la restricción o recorte del interés del menor se revele necesario para lograr el fin legítimo previsto y proporcionado para alcanzarlo, todo ello con una ponderación adecuada de los valores en juego; es decir, que haya una

obligación de la entidad pública de determinar el interés del menor en una medida concreta de protección se ubica en esa zona intermedia, en la que podrá tener un margen de apreciación, pero no de libertad de elección, por lo que le corresponde en la aplicación de la norma realizar un acto cognitivo y de interpretación de la ley que suponga alcanzar la solución justa.

Acertadamente DE PALMA señala que la Administración al establecer una medida de protección a un menor se encuentra en la zona de certeza positiva del concepto “interés del menor” cuando se constate que, con dicha medida, el menor tiene garantizados todos derechos que las normas le atribuyen, principalmente los derechos fundamentales y los de contenido personal, es decir, cuando queden protegidos “su dignidad, el respeto a su libertad, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la vida familiar, el derecho a la educación, a la salud, en definitiva el pleno desarrollo de su personalidad”⁵⁸⁶.

Por lo tanto, la zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado “interés del menor” será cuando se establezca una medida de protección cuyo efecto suponga la lesión o conculcación de los derechos que le corresponden.

Una vez determinadas ambas zonas, es preciso acotar la zona intermedia, y la Administración deberá traducir la indeterminación del enunciado “el interés del menor” en la determinación de su aplicación encontrando la única solución legal y válida a la situación de un menor concreto en unas circunstancias concretas.

Ahora bien, para los operadores jurídicos esta zona intermedia es la que plantea problemas en su aplicación práctica, en primer lugar, porque el objeto sobre el que recae la concreción del interés es un ser humano que se le protege justo por su falta de capacidad y madurez para determinar su vida, y son terceros, ya sean sus

relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Por tanto, es necesaria una delimitación del alcance del principio del interés superior del menor —hasta dónde pueda llegar—, como en otros casos para los que no está tipificado o explicitado legalmente”.

⁵⁸⁶ PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, pág. 116.

progenitores, tutores, la entidad pública o los jueces, los encargados de establecer que es lo que le conviene en el presente y en el futuro⁵⁸⁷.

Bien es cierto que cuando el operador se enfrenta a la determinación de cuál es el interés del menor, sin pretenderlo y actuando con la mejor de las intenciones, puede contaminar la decisión de sus propias experiencias vitales, su ideología, ética o prejuicio,⁵⁸⁸ considerando, sin embargo, que la ponderación está basada en criterios de valoración general y asumidos por la sociedad⁵⁸⁹. Pero el principio del interés general no está configurado como un concepto en el que pueda conjugarse la buena o mala intención del operador que lo aplica, su concreción es reglada y, por lo tanto, no debería producirse inseguridad jurídica ya que la legitimidad de la inclusión de los conceptos jurídicos indeterminados en las normas jurídicas tiene como límite que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, se respeta el principio de seguridad jurídica en grado suficiente porque, mediante una labor de reducción de los conceptos utilizados y la apreciación de las circunstancias concurrentes, puede resolverse, en cada caso⁵⁹⁰, si concurre o no el supuesto determinante que, de acuerdo con lo dispuesto en la norma, señale la procedencia de la medida a adoptar y el alcance de la misma⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ En este sentido coincido con RIVERO y RAVETLLAT en que la decisión sobre lo que es más conveniente, sobre qué es el interés para el menor, ya sea el menor como categoría jurídica o el menor concreto, es a la postre decidido y determinado por los adultos:

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 21.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, v. 30, nº 2-2012, págs. 105 y 106

⁵⁸⁸ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, v. 30, nº 2, 2012, "Las personas que abordan y deciden esa cuestión, no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos", pág. 91.

⁵⁸⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, señala que se debe ponderar de acuerdo con "criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad –una sociedad pluralista: art. 1 C.E.- en el lugar y momento en que demanda su decisión", por lo que el juez deberá excluir de su valoración opiniones subjetivas, y decidir de acuerdo con los principio y valores correspondientes a nuestro sistema constitucional y a los de la sociedad, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que se deba decidir, pág. 315.

⁵⁹⁰ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, señala la necesaria casuística de la determinación del interés del menor, "su fijación vendrá dada por las circunstancias de hecho de cada caso concreto", pág. 57.

⁵⁹¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 23 de noviembre de 2010: "La utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas reglamentarias (...), es no sólo

Por lo tanto, la concreción del interés del menor debe estar delimitada y limitada por los derechos de los que el menor es titular, el concepto jurídico indeterminado obliga legalmente a establecer el contenido único y válido de ese interés para el supuesto de hecho en el que el menor se encuentre⁵⁹².

4. EL INTERÉS DEL MENOR ¿CONCEPTO JURÍDICO UNIVERSAL O RELATIVO?

Una cuestión que debe abordarse antes de iniciar el análisis de los posibles criterios de concreción de este concepto jurídico indeterminado es el debate sobre la universalidad o relatividad de este concepto en una sociedad multicultural como la actual⁵⁹³ ya que afecta de una manera clara la concepción y aplicación que de los mismos hagan los distintos niveles de responsables de la protección del menor y que puede producir choques entre distintos ordenamientos jurídicos y enfoques

posible y constitucionalmente lícito sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia (...). En definitiva, supone una técnica en la que, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre", en relación con el cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. Técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de los conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse, en cada caso, si concurre o no el supuesto determinante, según la previsión de la Ordenanza, de la procedencia de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables, de una determinada actividad. Y, desde luego, sin hacer, por supuesto, una aplicación especial de la presunción iuris tantum de validez de los actos administrativos, ni rescatar la doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso, es posible rectificar la apreciación que del concepto jurídico indeterminado haga la Administración, cuando aparece que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad".

⁵⁹² Aunque cabe también defender lo señalado por YÁÑEZ VELASCO, I., "Control de la legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento municipal. Jurisprudencia de altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 269, Madrid, noviembre (2011), págs. 13-28, que quizás, la única forma posible (o razonable) que tiene la Administración de resolver el asunto es leer el expediente, los documentos relevantes, analizar las circunstancias del caso y las personas implicadas y "mientras se medita al respecto, espera un presentimiento, su corazonada, y a partir de la decisión utilizar la técnica" de los conceptos jurídicos indeterminados para justificar su decisión, pág. 26.

⁵⁹³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U. de 16 de diciembre de 1966 reconoce en el art. 27 que en aquellos "Estados en que existan minorías étnica no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural (...)".

culturales^{594,595}, ya que forma parte de su superior interés el preservar “la identidad, cultura, religión, convicciones, sexualidad o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”⁵⁹⁶.

La cuestión es cómo conjugar ese reconocimiento de la singularidad del interés de un menor concreto con las disposiciones normativas vigentes, porque este criterio de interpretación y aplicación del interés del menor deberá hacerse “sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable”⁵⁹⁷, lo que nos conduce a cuestionarnos si existe un concepto universal del interés superior del menor con lo que su determinación también respondería a valores universales, o si cada ordenamiento jurídico lo concreta a través de sus valores propios⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ II Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia 2013–2016 (II PENIA), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, cuando realiza la evaluación del I Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia señala que: “En relación a las situaciones de riesgo o exclusión social destacan dos temas: los problemas de convivencia entre diferentes culturas y la pobreza”, pág. 11.

⁵⁹⁵ GARCÍA GUTIÉRREZ, J., «Una voz para la infancia. Génesis y desarrollo de la noción de “interés superior del niño”», *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*, VICENTE GIMÉNEZ, T., HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., (coords.), Universidad de Murcia, Murcia, 2007, señala que “problema (...) surgido principalmente en el campo jurídico, y dejando a un lado consideraciones más técnicas, en la práctica significa que en los asuntos que atañen a la infancia y en los que no existe unanimidad o consenso sobre lo qué es, o sobre lo que constituye su interés superior, el ISN es utilizado para fundamentar cualquier posición, incluso posiciones opuestas. No sólo la diferencia cultural genera interpretaciones controvertidas a cerca de lo que es “bueno” (mejor) o “malo” (peor) para el niño, sino que la confluencia dentro de una misma sociedad de ideologías distintas convierte en muchos casos el ISN en un *campo de batalla*, o en un *principio ideológico*, que en última instancia vendrá a legitimar y respaldar las medidas que se adopten sobre la infancia desde el poder, sin entrar realmente a cuestionarse si éstas satisfacen el ISN o satisfacen otro tipo de intereses quizá legítimos, pero no tan superiores”, págs. 178-179.

⁵⁹⁶ Artículo 2.2, d) del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

⁵⁹⁷ Artículo 2.2 del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

⁵⁹⁸ DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, CALVO CARAVACA, A. L., CASTELLANOS RUIZ, E., (coords.), Colex, Madrid 2004, págs. 295-318, la autora se plantea si realmente puede mantenerse la existencia de un concepto universal del interés del menor, o si tal y como ella misma defiende, al no poder hacerse valer el interés del menor fuera de la legalidad vigente en un país determinado, deberá entenderse que cada ordenamiento jurídico establece su concepto de interés del menor, “la diversidad de implicaciones de la polémica en torno a la primacía de la universalidad o del relativismo cultural en la aplicación de los derechos humanos puede traducirse respecto de la Convención sobre Derechos del Niño en los siguientes términos: la universalidad de la Convención supone un conjunto de normas inspiradas en una concepción global e ideal de la infancia, mientras que por otra, el relativismo cultural cuestiona la

Este problema no se circunscribe únicamente al interés del menor, sino que se encuadra en un debate más amplio sobre la universalidad o relatividad de determinados conceptos jurídicos y derechos en relación con las distintas culturas⁵⁹⁹, y ordenamientos jurídicos⁶⁰⁰, partiendo de que el universalismo propugna que los derechos humanos tienen por titulares a todas las personas y no pueden invocarse diferencias de regímenes sociales o culturales como justificaciones para su violación o menoscabo y, en sentido diferente, el relativismo afirma que los derechos humanos dependen del contexto cultural, de las razones políticas o de la protección de la seguridad del Estado, cuestionando la universalidad de estándares⁶⁰¹ para analizar diversas culturas⁶⁰². Ambos conceptos son antagónicos,

aplicabilidad de normas universales, aduciendo la existencia de una diversidad de infancias, realidades cuyos marcos normativos sólo pueden abordarse a partir de sus particularidades espaciales, temporales y socioculturales”, para este dilema la autora da una posible solución, considerando que el núcleo indisponible del mismo lo constituirá los derechos fundamentales regulados en la Convención y la zona de inconcreción es donde juega un papel importante los elementos culturales propios de cada grupo, pero ello no evita que en esa zona de inconcreción se produzcan claras violaciones de los derechos del menor, pág. 297.

⁵⁹⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “La protección penal de los menores en la esfera sexual a la luz del convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 8, 2012, págs. 71-118: “La preocupante situación que viven millones de niños en el mundo, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, (...), propicia que la violencia contra los niños en pleno siglo XXI persista en todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo económico y social, de su cultura o de las clases sociales; llegando incluso algunas de sus manifestaciones a ser aceptadas en el seno de algunas sociedades por mor de la tradición o de la disciplina, cuando no institucionalizadas por los propios estados”, pág. 75.

⁶⁰⁰ Por otro lado, no es un problema que afecte sólo al Derecho, así VILLERO LUQUE, S., RODRÍGUEZ PEREIRA, C., ORTEGA GARCÍA, M. D., CASAS OCHOA, I., “Yin & Yang: encuentros culturales de crianza”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 48, 2009, págs. 187-211: “Se hace necesario incluir nuevos referentes para dar cuenta de la complejidad social y familiar en que estamos inmersos en el mundo actual: multiculturalidad, nuevas formas de parentalidad y crianza (...). Este acercamiento al otro deviene en una serie de dificultades en el entendimiento mutuo a partir de factores idiomáticos, estilos de comunicación no verbal y estereotipos, valores morales y culturales diametralmente opuestos, que conducen a la necesidad responsable del desarrollo y revisión constante de la auto-observación o auto consciencia del terapeuta”, pág. 188.

⁶⁰¹ PÉREZ HERRANZ, F. M., “El derecho subjetivo y los derechos humanos”, *Eikasia revistadefilosofia.org.*, mayo, 2014, págs. 11-46, en referencia a las aporías que plantean los derechos humanos: “¿Y cómo podrían ser válidos en todas partes si han de estar garantizados por el poder político que es, por definición, local? ¿Cómo la declaración de derechos en un contexto determinado (La Nueva Inglaterra, Francia, la ONU...) puede considerarse como un modelo que ha de repartirse por todos los estados y pueblos de la Tierra? ¿Quién pudo pensar estos derechos?”, págs. 18-19.

⁶⁰² SÁNCHEZ ALEGRE, A., “El derecho a la integridad sexual en confrontación con el derecho a la cultura”, en *Derecho de los pueblos indígenas*, ZAMUDIO T., (dir.), Ediciones digitales, 2010-2013, www.indigenas.bioetica.org/not/nota62.htm

pero puede trazarse puentes⁶⁰³ entre ellos admitiendo el concepto de variabilidad cultural que permite la concreción de los derechos humanos con cierta flexibilidad, sin que ello implique que todos los derechos dependen de la cultura que los define⁶⁰⁴.

En el ámbito del interés de menor habría que preguntarse desde que óptica puede encararse, ya que es indudable que el menor tiene derecho⁶⁰⁵ a que se respete su identidad cultural⁶⁰⁶. Siendo cierto lo dispuesto en la Observación general nº 14 (2013), que señala como uno de los elementos a tener en cuenta al evaluar el interés del menor la de preservar su identidad, identificándola, entre

⁶⁰³ Convenio de la Haya del 19 de Octubre de 1996 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, (en vigor en España desde el 1 de enero de 2011), en el Preámbulo define la función del mismo consiste en “evitar conflictos de naturaleza legal y administrativa y establecer un marco jurídico para la cooperación internacional efectiva entre los diferentes sistemas en materia de protección al niño. Al respecto, el Convenio proporciona una extraordinaria oportunidad para la construcción de puentes entre sistemas jurídicos con tradiciones culturales o religiosas diferentes”.

⁶⁰⁴ Una defensa radical de la relatividad cultural la encontramos en RENTELN, A. D., *The cultural defense*, Oxford University Press, 2004, aboga por introducir en el sistema judicial la posibilidad de alegar las diferencias culturales porque, según esa autora, la cultura conforma la percepción e influye en la conducta del individuo; censura el etnocentrismo de la cultura occidental, que obliga a juzgar los comportamientos de otros de acuerdo con los estándares de la cultura dominante, ahora bien en su defensa del relativismo cultural señala unos límites considerando que no debería ser permitida si las tradiciones culturales provocan daños irreparables a grupos vulnerables tal como a mujeres y niños, págs. 12-16 y 187 y ss. y posteriormente esta autora insiste en su tesis en *The cultural defense: challenging the monocultural paradigm* 2090291_CULDIV.book Page 791 Friday, August 7, 2009, págs. 791-817, entendiendo por “(Th)e cultural defense is a legal strategy that would enable courts to consider the influences that allegedly affected the behavior of a defendant or plaintiff in a given cas”, pág. 793.

Es interesante el análisis que SANTONI DE SIO, F., “Responsabilità fondamentale e differenze culturali”, en *Ragion Pratica*, nº 40, junio 2013, págs. 49-68, realiza de las tesis mantenidas por esta autora, admitiendo la necesidad de un cierto relativismo cultural pero advierte que sentirse ajeno, por tener otra cultura, a ciertas normas del ordenamiento jurídico del país donde se vive no es causa suficiente para ser exonerado de su observancia: “(I)l possesso di un’identità culturale, inoltre, non è un ostacolo alla responsabilità personale”.

⁶⁰⁵ En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes tienen “debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”; en su artículo 29.1c): “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a inculcar al niño el respeto (...) de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores”; y en el artículo 30: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

⁶⁰⁶ Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, en su artículo 62, en relación con las minorías culturales señala: “La Generalitat fomentará el respeto y la integración de las minorías culturales, procurando la sensibilización social acerca de la riqueza de la diversidad y la consideración de los valores de otras culturas”.

otros, con la identidad cultural, su origen nacional, su religión y creencias, en consonancia con el derecho contenido en el artículo 8 de la Convención^{607,608} y que ello constituye un derecho del menor, no es menos cierto, que el ejercicio de ese derecho a la identidad puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales cuya protección debe ser prioritaria.

En este sentido, se podría defender que el interés del menor, constitutivo de su *status* jurídico, debe analizarse de acuerdo con las pautas culturales del grupo social al que pertenezca el menor, de tal suerte que el concepto “interés del menor” serviría de aglutinante entre los derechos del menor y el derecho a su diversidad cultural⁶⁰⁹, abogándose por la legitimidad de una interpretación del interés del menor y, por ende, de sus derechos acorde con el contenido que los mismos tuviesen en su cultura⁶¹⁰, con la consecuencia lógica de que, en determinados conflictos de intereses, se estaría legitimando que el reconocimiento del interés del

⁶⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación general nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, en su punto 55 explicativo de la identidad del niño, establece que “no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño”.

⁶⁰⁸ Artículo 22 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (publicado en Diario Oficial de la Unión Europea nº 83, de 30 de marzo de 2010) dispone: “La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”.

⁶⁰⁹ Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales París, 20 de octubre de 2005, (Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 33ª reunión, celebrada en París del 3 al 21 de octubre de 2005), define en su artículo 4: “La *diversidad cultural* se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades”.

⁶¹⁰ La Declaración Universal de la sobre la Diversidad Cultural, (UNESCO, París, 2 de noviembre de 2001), en su artículo 4 señala: “La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance”. Por su parte, la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (México, 1982) considera la cultura como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

menor supusiera contravenir o prescindir de la universalidad de conceptos y reglas en aras del derecho del menor a pertenecer a un contexto cultural determinado⁶¹¹.

Entiendo que esta posición no puede ser defendida⁶¹², la identidad cultural del menor es uno más de los múltiples elementos a tener en cuenta cuando se está realizando la labor de determinación de su interés, y como cualquier otro elemento de integración del mismo tiene sus límites, por lo tanto, no pueden primar cuando entran en conflicto con los derechos básicos del menor^{613,614}.

Además, el interés del menor se predica de la persona del menor, no como miembro de una cultura determinada, de una familia o de otra entidad⁶¹⁵, son

⁶¹¹ Es especialmente significativo la sentencia argentina de la Corte de Justicia de Salta, expediente CJS 28.526/06 de 29 de septiembre de 2006: «Sostener que en la conducta bajo examen no hay agresión porque “se trata de otra concepción cultural de ‘integridad sexual’ o por no haber sufrido ningún daño psico-emocional la supuesta víctima, significa apartarse del concepto de “integridad personal”, del cual la integridad sexual es sólo uno de los componentes».

⁶¹² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El Derecho Administrativo en el siglo XXI”, *AFDUDC*, 13, 2009, 627-643, señala que en el marco “del Derecho Administrativo Global es hoy un ámbito en el que se están librando algunas de las más interesantes «batallas» culturales, y por eso jurídicas, que imaginar se pueda. Es el caso del intento denodado de algunos colectivos por conseguir hacer pasar como expresión del Derecho Administrativo Global, como manifestación de la identidad cultural de determinados pueblos prácticas que, lisa y llanamente, no pueden ser calificadas más que, en algunos casos, como lacerantes lesiones de los más elementales de los derechos (...)”, pág. 638.

⁶¹³ *Vid.*, ZUOLO, F., “Salute pubblica e responsabilità parentale. L’ensenzione dall’obbligo di vaccinazione”, *Ragione pratica*, nº 40, junio 2013, págs. 129-137, el autor señala la controversia acerca de la opción de la obligación de vacunar a los menores y la recomendación, desmontando determinados argumentos argüidos a favor de la libertad de los progenitores de tomar la decisión que crean más conveniente, bien por creencias religiosas o por el principio de autonomía de la voluntad.

⁶¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14 en su punto 57: “Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosos y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención”.

Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, (Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 33ª reunión, París 20 de octubre de 2005), señala en su artículo 2, como uno de sus principios rectores, el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales: “Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación”.

⁶¹⁵ La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en su Exposición de

derechos cuya titularidad pertenece al menor de manera exclusiva y aunque quepa en la valoración del interés del menor el ponderar otros intereses en juego, y el de la pertenencia a un grupo cultural puede serlo, o aunque en su determinación sea necesario atender derechos del grupo, no por ello el menor pierde la titularidad de los derechos en beneficio del grupo, ni el interés del menor se convierte en un derecho colectivo.

Bien es cierto que, en cualquier caso, la correcta aplicación de este principio por los operadores jurídicos exige un exhaustivo análisis de todas las circunstancias en las que se encuentre el menor, por lo que su pertenencia a una cultura determinada debe ser objeto de ese análisis, y deberá respetarse siempre que no atente contra los derechos fundamentales o no sea conveniente para el menor⁶¹⁶, siguiendo la máxima de que debe adaptarse la medida de protección a las exigencias

motivos da respuesta a el conflicto entre cultura y derechos humanos: “la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”.

La Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, en su Exposición de motivos también plantea esta tensión entre cultural y derechos humanos: “El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos”.

Los países de la Unión Europea también se han pronunciado sobre esa cuestión, por ejemplo, Italia en la Ley n. 7, de 9 de enero de 2006, “*Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*”, en su artículo 3, relativo a las campañas informativas que debe promover el poder público, establece en su punto 1. b) “*promuovere iniziative di sensibilizzazione, con la partecipazione delle organizzazioni di volontariato, delle organizzazioni no profit, delle strutture sanitarie, in particolare dei centri riconosciuti di eccellenza dall’Organizzazione mondiale della sanità, e con le comunità di immigrati provenienti dai Paesi dove sono praticate le mutilazioni genitali femminili per sviluppare l’integrazione socio-culturale nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, in particolare delle donne e delle bambine*”.

El Parlamento Europeo en resolución 2008/2071, de 24 de marzo de 2009, que incide de manera específica a la lucha contra la mutilación genital femenina en la Unión Europea, entendiendo que se trata una violencia contra las mujeres “que surge de estructuras sociales basadas en la desigualdad entre los sexos y en relaciones desequilibradas de poder, dominación y control, en las que la presión social y familiar está en el origen de la violación de un derecho fundamental como es el respeto de la integridad de la persona”.

⁶¹⁶ Noticia de la Agencia France-Presse. 9 de agosto de 2012: “La policía impide en España el matrimonio forzoso de una menor La niña marroquí, de 14 años, pidió ayuda a los servicios sociales. La policía de Cataluña, en el noreste de España, impidió el matrimonio forzoso de una niña de 14 años en julio gracias a la iniciativa de la muchacha, española de origen marroquí, que pidió ayuda a los servicios sociales, (...). Este es el último de cuatro casos de muchachas obligadas por sus padres a casarse en que intervino desde principios de año la policía de Girona”.

del principio supremo del interés del menor⁶¹⁷, adoptándose aquella intervención que procure el máximo reconocimiento de los derechos y la menor limitación de los mismos⁶¹⁸, teniendo en cuenta que no es una cuestión de la cantidad de derechos afectados sino de su prevalencia a la hora de concretar la opción más favorable⁶¹⁹, pero sin olvidar que el interés del menor debe ser alegado en un contexto jurídico determinado, es decir, ese interés solo podrá “hacerse valer respetando la legislación vigente”⁶²⁰.

El Tribunal Supremo^{621,622} se ha pronunciado sobre esta cuestión en el caso concreto de la mutilación genital pero su razonamiento puede ser extrapolado a

⁶¹⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009 solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Las consideraciones de la Comisión respecto a que el pronunciamiento de la Corte sobre la materia tendría efectos positivos para erradicar este castigo corporal, (la) prohibición legal explícita (...) es un paso importante pero no es suficiente, dado que su implementación debe ir acompañada de medidas de otra índole que permitan erradicar los patrones culturales”.

⁶¹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ S., “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿Señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *Foro, Nueva época*, nº 13/2011, págs. 139-187, “los padres o tutores legales no podrían obligar a vestirse con ellos a sus hijas en los distintos ámbitos de su vida pública al amparo del art. 27.3 de la Constitución. Si atendemos al hecho de que el velo sirve para ocultar los rasgos visibles de feminidad de la creyente musulmana por voluntad expresa del varón, el uso del velo repercutiría negativamente sobre el libre desarrollo de la personalidad de la menor de edad, por lo que, al imponerlo, los padres estarían extralimitándose del fin último que persigue su derecho a elegir la formación moral de sus hijos en el ámbito extraescolar, consistente en actuar en interés del menor a tenor de lo dispuesto en el art. 6.3 de la LOPJM”, pág. 160.

⁶¹⁹ GARCÍA GUTIÉRREZ, J., “Una voz para la infancia. Génesis y desarrollo de la noción de «interés superior del niño»”, *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*, VICENTE GIMÉNEZ, T., HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., (coords.), Universidad de Murcia, Murcia, 2007, lo resume: “En última instancia, lo que estos aspectos problemáticos (tanto el tema de la indeterminación, como del relativismo cultural y la formalidad de la redacción) ponen de manifiesto son dos formas distintas de entender ISN, o sea, el bien del niño. Mientras que unos tienen una concepción más social del principio, esto es, mediada por la cultura, lo que en cada momento histórico se piensa que es beneficioso o perjudicial para el niño. Para otros, el bien del niño pasa por el reconocimiento de su dignidad intrínseca como ser humano, y por tanto, por una reflexión de lo que ésta afirmación implica para la infancia”, pág. 182.

⁶²⁰ DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, págs. 295-318, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, CALVO CARAVACA, A. L., CASTELLANOS RUIZ, E., (coords.), Editorial Constitución y Leyes, Colex, Madrid, 2004, pág. 307.

⁶²¹ Sentencia Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), 835/2012 de 31 de octubre (recurso casación nº:3/2012), Delito de lesiones y mutilación genital. Ablación del clítoris a una niña de pocos meses. Fundamentos de derecho tercero.

⁶²² Con el mismo criterio, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 9/2013 de 4 de abril de 2013, (inmigrante senegalesa como autora responsable de un delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital en la persona de su hija menor de edad), Fundamento de Derecho segundo: “Con respecto a la segunda cuestión, esto es, la determinación del marco legal en el que se desenvuelve la conducta de la acusada, en su condición de inmigrante, en supuestos en los que la

otros ámbitos, así señala que cuando la recurrente alega que la misma “es una práctica ancestral de más de tres mil años en su país y que no busca menoscabar la integridad física de las mujeres sino cumplir con una costumbre que facilita la integración de la niña en su comunidad”, la Sala expresa su decisión considerando que “sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias a países de más alto nivel de vida motivadas por el deseo de mejorar la vida de aquellos naturales de países empobrecidos. Es un viaje desde la desesperanza a la esperanza. Tales grupos proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida. (...) (no obstante) el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones”⁶²³.

4.1. EXIGENCIA DE CRITERIOS DE CONCRECIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

De lo establecido anteriormente se deduce que el hecho de que el interés del menor esté configurado⁶²⁴ como un concepto jurídico indeterminado, supone luces y sombras en cuanto a su aplicación, en primer lugar pone en evidencia el carácter casuístico y, consecuentemente, la imposibilidad de forjar una doctrina general en

actuación sometida a enjuiciamiento pretende estar amparada por el ejercicio de su tradición y cultura, debe tenerse en cuenta que, el principio o presupuesto normativo en España es el respeto a los Derechos Humanos por parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, sin que éstos puedan eludirse en base a razones de tipo cultural, religioso o ideológico”.

⁶²³ La Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, en la Exposición de Motivos zanja esta cuestión ya que “La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato “inhumano y degradante” incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

⁶²⁴ Auto Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sección 1), 25 de octubre de 2012, (Recurso de Casación y extraordinario por infracción procesal núm. 87/2011), fundamentación única, señala que el problema: “surge porque ni las normas internacionales ni las nuestras propias (véase el art. 3 Llei 8/1995) han procurado una definición del “interés superior del menor” que no precise de un esfuerzo suplementario de concreción, individualizándolo caso por caso, configurándose dicho principio, por tanto -al igual que tantos otros en esta materia-, como un verdadero concepto jurídico indeterminado”.

relación a su concreción y determinación y esa imposibilidad, en la práctica, supone un riesgo de una valoración excesivamente subjetiva⁶²⁵, que permita justificar cualquier decisión que se adopte sobre el menor, sea acorde o no con sus derechos.

A la vez, la técnica del concepto jurídico indeterminado aporta en la protección del menor la necesaria flexibilidad para poder dar una respuesta personalizada a cada una de las situaciones en las que se encuentre comprometido el interés de un menor, en cuanto es una técnica normativa perfectamente admisible⁶²⁶ dado que respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, ya que, mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión legal y dentro de unos parámetros socialmente aceptables. Por lo tanto, el interés del menor permite adoptar la medida de protección concreta, respetando con ello la individualidad del menor, al poder tener en cuenta el mayor número de circunstancias particulares que concurren en la situación del menor, pero si no hay un estándar normativo de selección de esas circunstancias, el resultado puede ser perverso, dado que cualquier circunstancia, por tangencial que sea, puede ser valorada por los agentes para establecer el interés del menor, siendo pues arbitrario la selección y valoración de estas circunstancias.

La idea, por tanto, no es abandonar la técnica legislativa del concepto jurídico indeterminado, ya que es imposible reducir la casuística del entorno del menor o de los menores a la concreción de un supuesto de hecho en el que tuviese cabida todas las situaciones, pero sí es necesario establecer un protocolo para que la zona de certeza incluida en todo concepto jurídico determinado quede absolutamente clara y la zona de incertidumbre sea lo menos incierta posible⁶²⁷.

⁶²⁵ BUENO ARÚS, F., "Introducción al derecho correccional de los menores", *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, BUENO ARÚS F., (coord.), LEGAZ CERVANTES, F., (dir. téc.), Fundación Diagrama, Murcia, 2008: "Lo esencial es que la sanción que se adopte en el caso concreto responda al interés del menor, y, por lo tanto a su personalidad y sus deficiencias educativas, es decir, a factores subjetivos", pág. 102.

⁶²⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 23 de noviembre de 2010.

⁶²⁷ En el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), Estrasburgo 27 de noviembre de 2008 (Instrumento de Ratificación de 16 de julio de 2010 y en vigor en España desde el 1 de septiembre de 2011), en su artículo 10 relativo a las investigaciones previas a la adopción

Se debe, por lo tanto, permitir una flexibilidad en su concreción, flexibilidad necesaria y positiva, pero para evitar la posible inseguridad deberá ir acompañada del establecimiento de criterios jurídicos de ponderación fáctica que permita al operador señalar la solución única que se supone que, en ese momento histórico y en esas circunstancias, responde al interés del menor⁶²⁸, porque la discrecionalidad⁶²⁹ de la Administración solo entraría en juego durante la provisión de los criterios que darán lugar al auténtico concepto jurídico indeterminado⁶³⁰.

El establecimiento de esos criterios objetivos de interpretación y aplicación vendrían a paliar la inseguridad⁶³¹ con el que se enfrenta cualquier operador jurídico

establece la obligación de la autoridad competente de comprobar las condiciones y circunstancias de todos los implicados en la adopción para que la adopción a efectuar cumpla con el principio de preservar el interés del menor, y señala los criterios que deben presidir dicha investigación: la personalidad, la salud y el entorno social del adoptante, su vida de familia y la instalación de su hogar, así como sobre su aptitud para criar al menor; los motivos por los que el adoptante desea adoptar al menor; los motivos por los cuales el otro miembro de la pareja no se asocia a la solicitud, cuando sólo uno de los cónyuges o de los miembros de la pareja registrada solicite la adopción del menor; la adaptación recíproca del menor y del adoptante y el tiempo por el que el menor queda encomendado a sus cuidados; la personalidad, la salud y el entorno social del menor, así como, salvo limitación legal, su ámbito familiar y estado civil; los orígenes étnico, religioso y cultural del adoptante y del menor.

⁶²⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, septiembre 2012, págs. 46- 59, págs. 52 y 53,

⁶²⁹ DOSI, G., "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1995, 1: "ha assolto finora ad una funzione cuscinetto; una sorta di passepartout discrezionale, in nome del quale da un capo all'altro della penisola vengono prese quotidianamente, attingendole al soggettivismo e alla discrezionalità decisioni una diversa dall'altra" (...) "l'analisi tradizionale che viene proposta in dottrina e fatta dalla giurisprudenza, soprattutto minorile, della categoria interesse del minore, ha condotto verso un appiattimento di questa categoria sempre più legata all'oggettivismo e alla discrezionalità di chi la usa. In queste condizioni l'interesse del minore ha finito per perdere qualunque capacità d'orientamento e si è rivelata una categoria ad altissimo rischio di pprossimazione, utilizzata sostanzialmente al posto di quella di diritto soggettivo; così che interessi e diritti del minore si sono sovrapposti confusamente l'uno all'altro non solo nel dibattito dei giuristi ma anche nelle sentenze dei giudici", pág. 1604.

⁶³⁰ No coincido con LINACERO DE LA FUENTE, M., cuando afirma que "aunque la valoración judicial del interés del menor sea discrecional ello no justifica resoluciones arbitrarias" en *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 61, bien es cierto, que puede concederse a los operadores jurídicos una amplia facultad discrecional de apreciación de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para adoptar una resolución de protección, pero en modo alguno puede obviarse que es una facultad reglada dado que la decisión a adoptar debe tener como límite el interés del menor, y así lo establece el Tribunal Supremo en su sentencia 1486/1998, de 5 de marzo, en su Fundamento de Derecho segundo.

⁶³¹ DE TORRES PEREA, J. M., "El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, nº LXVI-II, abril 2013, págs. 587-685, este autor señala la falta de unanimidad entre la doctrina sobre la conveniencia o no de establecer en las normas criterios objetivos de determinación del interés del menor, pues en cualquier caso ambos sistemas presentan aspectos positivos y negativos, la no existencia de criterios conlleva a una importante inseguridad

y social implicado en la protección del menor, el de la vaguedad de ese concepto⁶³², que supone un problema dado que en la concreción de su contenido puede ser objeto de controversias ideológicas, morales⁶³³, religiosas, políticas, económicas que en realidad no tienen en cuenta el interés del menor y que aunque sean legítimas, en determinados supuestos deben ceder en favor de éste^{634, 635}.

jurídica pero la rigidez en la aplicación de criterios objetivos puede conducir a una mera aplicación automática de los mismos, que no permita adaptar la respuesta al interés del menor concreto, o incluso al interés de los menores, máxime teniendo en cuenta el carácter dinámico de este concepto.

⁶³² BELOFF, M., señala que el “problema es definir el estándar y no confundir políticas públicas con activismo judicial. En el mismo sentido, dar contenido cierto a categorías de la CDN como interés superior del niño o a expresiones que se repiten tanto vaciadas de contenido como “protección integral”, es fundamental para que una nueva y mejor condición jurídica de la infancia se concrete sobre la base de conceptos claros y con contenido, acuerdos políticos básicos y principios comunes, no sobre la base de eslóganes”. “Constitución y derechos del niño”, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, VV.AA., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 794.

⁶³³ AUNE, A-C., *Le phénomène de multiplication des Droits subjectifs en Droit des personnes et de la Famille*, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Aix-en Provence, 2007, pág. 372 y ss., señala que el menor es el centro de todas las políticas sociales y que la invocación del interés del menor no justifica cualquier comportamiento, por lo que desde su punto de vista la adopción por las parejas homosexuales y la reivindicación de “*l’enfant parfait*”, pueden ser reguladas por el derecho pero ello desnaturaliza su concepción del derecho.

⁶³⁴ GARCÍA GUTIÉRREZ, J., «Una voz para la infancia. Génesis y desarrollo de la noción de “interés superior del niño”», *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos, coordinadores*, VICENTE GIMÉNEZ, T., HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., (coords.), Universidad de Murcia, Murcia, 2007, pág. 178-179.

⁶³⁵ La conjunción de estos dos criterios se encuentra reflejada en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines cuando señala que la regulación positiva de la protección del menor debe responder a ciertos criterios, en concreto y respecto al interés del menor, señala que debe definirse de manera que deje de ser un concepto jurídico indeterminado en toda su extensión, y permita una interpretación más homogénea, introduciéndose criterios básicos para su determinación, y a la vez debe garantizarse “la valoración de cada supuesto con la aplicación de criterios flexibles que permitan tener en cuenta conceptos como la buena fe, la urgencia o el propio interés público, sin que en ningún caso quepa decir que los mismos están vacíos de contenido” Informe aprobado el día 15 de noviembre de 2010 por la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (650/00005), Boletín Oficial de las Cortes, nº 545, Senado, IX legislatura, 17 de noviembre de 2010, pág. 51.

En función de esas recomendaciones el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, propone la modificación del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, porque, como señalaba en su Preámbulo, se trataba de incorporar “la última doctrina jurisprudencial así como las recomendaciones de los organismos internacionales, sobre los criterios de interpretación y aplicación del principio básico de la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, si bien no es posible proporcionar una solución o respuesta única sobre su contenido en términos generales, si es imprescindible introducir en la legislación unos criterios de interpretación y aplicación”. Y a esa necesidad de establecer criterios consensuados intenta responder el artículo 2.2 del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia al establecer una relación no cerrada de criterios que sirvan de base a su interpretación.

La doctrina y la jurisprudencia, en un gran esfuerzo de concreción y de conceptualización de lo que debe entenderse como el interés superior del menor, han ido perfilando y configurando el concepto indeterminado al aplicarlo a las situaciones conflictivas en las que se conjugaba este principio, de acuerdo con la evolución de la sociedad, las nuevas concepciones del menor, incluso la nueva situación económica; el Tribunal Superior de Justicia Cataluña⁶³⁶ establece un cuadro de las tendencias doctrinales sobre cuál debe ser la concreción del interés del menor, partiendo de la imposibilidad de forjar una doctrina general dado el carácter casuístico de este concepto jurídico indeterminado, “que la doctrina ha relacionado tradicionalmente bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural (ALONSO PÉREZ); bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, comprendidas junto a otros aspectos de tipo material (RIVERO); bien, simplemente, con la protección de sus derechos fundamentales (ROCA TRIAS)”.

En realidad, todos estos enfoques tienen cabida en la concreción del interés superior del menor, en primer lugar, es indudablemente, y como no puede ser de otra forma, el interés del menor pasa por la protección prioritaria de sus derechos fundamentales⁶³⁷, y así lo establece la jurisprudencia⁶³⁸. En este sentido, RIVERO

⁶³⁶ Auto Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sección 1), 25 de octubre de 2012, (Recurso de Casación y extraordinario por infracción procesal núm. 87/2011), fundamentación única.

⁶³⁷ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 60, señala que “la noción del interés del menor - partiendo de su carácter abstracto y genérico- debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989”.

⁶³⁸ Sentencia Tribunal Supremo 26/2013, 5 de febrero de 2013, (contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional), Fundamento de Derecho tercero: “Herederas de este marco internacional, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, profundiza en (...) el reforzamiento de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 4), o del reconocimiento expreso de los derechos de asociación y a ser oído (artículos 7 y 9, respectivamente) (...) También conviene dejar sentado que la prevalencia del interés superior del menor y el libre desarrollo de su personalidad adquiere especial relevancia cuando en el precontrato (pacto cuarto), que debería limitarse al ámbito de la formación, se incluye la cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando sea, en su caso, jugador profesional. *En este sentido, se tiene que tener en cuenta que el derecho a la imagen tiene un ámbito patrimonial, pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales, es de aquellos derechos más relevantes y trascendentes, ya que tiene por objeto*

HERNÁNDEZ mantiene que “no debería bastar al juez el hacer una aplicación jurídico-formal de la protección de los derechos fundamentales del menor, por muy correcta que sea *in stricta* técnica jurídica, ni una fría lectura o interpretación de los mismos, ni aún cifrar sólo en éstos, en su estricto valor legal, el interés del menor. Una decisión sobre el interés del menor de las que el juez debe adoptar a veces (...) tiene, inexorablemente, una fuerte carga humana y metajurídica, que desborda holgadamente ciertas perspectivas legalistas, formalistas, de los derechos fundamentales (y de los otros)”⁶³⁹. Coincido con el autor en el sentido de que cualquier decisión sobre el menor tiene una fuerte carga humana y ética⁶⁴⁰, pero no puedo suscribir que esa carga desborde el contenido de los derechos fundamentales del menor, creo que, al contrario forman parte de los derechos del menor, en tanto estos derechos fundamentales no son sino el reflejo de la dignidad humana^{641, 642} y este concepto no puede determinarse sin una referencia humana y ética.

Pero también está integrado en el contenido del interés del menor su bienestar, porque siendo esencial establecer como zona de certeza positiva del

alguno de los aspectos o elementos más esenciales de la persona en sí misma considerada. Por eso, como derecho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y podrá ser revocado en todo momento, pero además, cuando el derecho a la imagen afecta menores, el Ordenamiento Jurídico le otorga una relevancia mucho mayor, tal como se observa el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, y en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor; por lo que la afectación al libre desarrollo de la personalidad del menor en el ámbito de los derechos de imagen... es, si cabe, mayor todavía” (los resaltados son del autor). En el sentido de protección de esos derechos fundamentales el Tribunal Supremo en su sentencia 485/2010, 26 de julio 2010⁶³⁸ señala que en “relación con los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, la Sala ha reiterado la doctrina del interés superior del menor, prevalente sobre cualquier otro derecho”.

⁶³⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 315 y 316

⁶⁴⁰ Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), 305/2012 de 13 de julio, en su Fundamento de Derecho segundo: “La controversia suscitada (...) entraña (...) un problema humano de gran contenido ético y moral en el que los intereses en conflicto se concretan aquí en definitiva el deseo del padre biológico de recuperar a los hijos frente a la actuación de la Entidad Pública de mantener el actual *status quo* en el que se encuentran los menores”.

⁶⁴¹ Esta idea de protección de los derechos fundamentales o inherentes a la persona del menor, incluso en el ámbito familiar, se encuentra recogida de manera muy gráfica en el Código civil de Chile que en su artículo 222 señala: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Sin embargo en la sentencia Tribunal Supremo 370/2013 de 7 de junio, Fundamento de Derecho segundo, el derecho fundamental del menor no puede materializarse por el tiempo transcurrido.

⁶⁴² Sentencia Tribunal Supremo 370/2013 de 7 de junio, Fundamento de Derecho segundo.

interés del menor la dignidad, los derechos inviolables inherentes en su condición de persona y el libre desarrollo de su personalidad⁶⁴³, es necesario que se añada a esa zona de certeza positiva el derecho de los menores a gozar de un bienestar material y psicológico⁶⁴⁴, a una calidad de vida y a una afectividad que le permitan un desarrollo positivo de su personalidad⁶⁴⁵; aunque comparto la preocupación del Tribunal Constitucional en su Sentencia 71/2004⁶⁴⁶, porque el interés del menor no puede identificarse únicamente con el bienestar material del mismo, “fórmula que amén de gravísimas connotaciones metajurídicas”, supondría llevada al extremo ir en contra de los postulados de nuestra Constitución, que señala que como Estado social los poderes públicos tienen la obligación de remover los obstáculos impidan o dificulten a los individuos (menor) o grupos (familia) hacer reales y efectivas los valores de libertad e igualdad, porque sería negar el derecho de todo “menor a sus padres simplemente porque éstos pertenezcan a sectores sociales desfavorecidos, aquellos a los que, además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda⁶⁴⁷, a

⁶⁴³ Sentencia Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero de 2013, (contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional) en su Fundamento de Derecho tercero, 2: “*Pues bien, en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada*”, (en cursiva en el original).

⁶⁴⁴ En la Exposición de motivos de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, se hace referencia la necesidad de bienestar en relación con la protección de los menores: El concepto de bienestar se trata desde dos puntos de vista a lo largo de la presente ley: el bienestar personal y el bienestar social. El primero se refiere a situaciones y circunstancias personalizadas y el segundo se refiere a las que afectan a conjuntos o subconjuntos de la población. Ambos casos pueden subdividirse a su vez en dos más: el bienestar material y el bienestar psicológico”.

⁶⁴⁵ BAEKELAND, C. E., “Las grietas estructurales”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 39/40, 2005, págs. 71-78, “No está de más también preguntarnos sobre los efectos de ir a la guardería de 09:00 a 17:00 a partir de los cinco meses de edad; creo que como mínimo lo podemos considerar un factor de riesgo favorecedor de patologías del déficit”, pág. 75.

⁶⁴⁶ El Tribunal Constitucional su Sentencia 71/2004, de 19 de abril, recoge el razonamiento de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 31 de octubre de 2002 en el que se analiza el interés superior del menor.

⁶⁴⁷ Tribunal Supremo recoge en su sentencia 193/2013, de 15 de marzo (Atribución del domicilio conyugal a la esposa e hijos menores pese a que previamente al divorcio ocupaban una vivienda cedida gratuitamente y con vocación de permanencia), la necesidad de garantizar una vivienda a los menores, en su Fundamento de Derecho tercero: “La sentencia recurrida, en orden a proteger el interés de los menores bajo la custodia de su madre, asignó a los mismos el uso de la que fue vivienda familiar hasta la ruptura de la relación del matrimonio (...). La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del

la salud, en definitiva a llevar una vida digna, también se les negaría el derecho a la familia y, lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural y biológica”^{648, 649}.

En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico, y en concreto en el Código civil, debería blindar el derecho de los menores a vivir con sus padres cuando estos carezcan de los recursos materiales necesarios, trasladando la responsabilidad a los poderes públicos⁶⁵⁰ en la procura de ese mínimo necesario para que los progenitores puedan desarrollar sus funciones⁶⁵¹. No puede ser legítima la actuación de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, y no es avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁵², cuando la entidad pública competente en protección de menores resuelve asumir la tutela del menor y, por lo tanto, la suspensión de la patria potestad, basándose “exclusivamente en la falta de ingresos con los que atender las necesidades familiares más elementales y de un

tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda”.

⁶⁴⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos K.A.B. c. ESPAÑA, nº 59819/08, 10 de abril de 2012, el Tribunal condena a España por formalizar la adopción de un menor, cuando la principal causa que condujo a la declaración de desamparo y a su condición de adoptable era consecuencia de la omisión de los servicios sociales de prestar la necesaria asistencia la madre para que pudiese ejercer su responsabilidad como tal.

⁶⁴⁹ Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, 18 de junio de 2013.

⁶⁵⁰ Tal y como plantea el El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

⁶⁵¹ En la misma línea que el artículo 1 de la Ley italiana 184 de 4 de mayo de 1983⁶⁵¹, sobre la disciplina de la adopción y del acogimiento familiar de menores, que establece de manera categórica que el menor tiene derecho a crecer y ser educado en el seno de su propia familia, y en su punto 2, garantiza lo anterior señalando “que las condiciones de indigencia de los padres o del padre o la madre que detente la patria potestad del menor no han de ser un impedimento para que el menor ejerza el derecho a tener su propia familia”.

⁶⁵² Como ha tenido ocasión de pronunciarse en el Asunto R.M.S. c. ESPAÑA, (Demanda nº 28775/12), de 18 de junio de 2013, en su punto 85, en el que se condena a España porque a juicio del Tribunal “la asunción de la tutela de la niña fue tomada en razón a la situación de indigencia de la madre de G. en el momento de la toma de esta decisión” y no por “las capacidades educativas y afectivas de la demandante con respecto a su hija menor”. (...) “carencia material padecida por la demandante que las Autoridades nacionales hubieran podido compensar con ayuda de otros medios que no fueran los de la separación total de la familia, medida última que no se puede aplicar más que en los casos más graves”, y en su punto 86, el Tribunal estima (...) que el papel de las Autoridades de protección social es precisamente el de ayudar a las personas en dificultades que no tengan los conocimientos necesarios del sistema, de guiarlas en sus trámites, y de aconsejarlas, entre otras cosas, sobre los distintos tipos de prestaciones sociales disponibles, sobre las posibilidades de obtener una vivienda social o sobre medios para remontar sus dificultades, tal como la demandante había buscado hacerlo, inicialmente”.

domicilio fijo. (...) al considerar que (la progenitora) no disponía de medios para atender a su hija”⁶⁵³.

Indudablemente, tampoco puede identificarse con los deseos o apetencias de terceros ni siquiera con los deseos del propio menor⁶⁵⁴ porque como señala la Audiencia Provincial de Granada “los intereses del menor, deben prevalecer sobre sus deseos, cuando estos últimos sean contrarios a los primeros” ⁶⁵⁵.

Por todo ello, la sentencia del Tribunal Supremo 565/2009^{656,657} trata de establecer un marco de concreción de este principio señalando “que al introducir la

⁶⁵³ Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª), Sentencia nº 25/2006 de 26 enero, Fundamento de Derecho 2º, el Tribunal, manteniendo una postura crítica a la actuación de la entidad pública, entiende que si la madre confió el cuidado de su hija a una familia amiga “fue debido al horario laboral y a la carencia de apoyo familiar, y lo hizo confiada en la responsabilidad de dicha familia. (...). Por último, no podemos dejar de mencionar que el cumplimiento del llamado “plan de trabajo” impuesto en su día por la Administración a la madre demandante, como condición para mantener la custodia sobre su hija, en el que se incluye conseguir una vivienda que reúna las condiciones mínimas de habitabilidad y la búsqueda activa de empleo, difícilmente puede lograrse sin el apoyo y la ayuda material efectiva de los servicios sociales a cargo de la propia Administración recurrente”.

Afortunadamente, el criterio de falta de recursos como motivación de las resoluciones de desamparo no es unánime entre las distintas Comunidades autónomas, así en el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), nº 162/1999 de 30 abril, en su Fundamentos de Derecho tercero. “entrando a conocer sobre el fondo de la cuestión suscitada, que no es otra que determinar si la declaración de desamparo como el posterior acogimiento familiar son ajustados a derecho, la pretensión de la recurrente no puede ser acogida ya que constando por las pruebas practicadas, (...) que el motivo por el cual se procedió a declarar en situación de desamparo a los menores no fue otro que de desatención y falta de cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por parte de doña Trinidad P. R. con respecto a sus hijos, desatención que tuvo su causa no en el hecho de carecer de medios económicos, pues consta que por la Administración se trató de paliar en alguna medida tal carencia, sino en el hecho de desentenderse de los menores”.

⁶⁵⁴ BAUMAN, Z., al hablar que el consumismo actual no tiene por objeto satisfacer las necesidades, ni siquiera las más sublimes, lo que mueve al consumidor es el deseo que define como “una entidad más volátil y efímera, evasiva y caprichosa, y esencialmente mucho más vaga que las «necesidades», un motivo autogenerado y autoimpulsado que no requiere justificación ni causa. (...) A pesar de sus sucesivas y siempre breves materializaciones, el deseo se tiene a sí mismo como objeto constante, y por esa razón está condenado a seguir siendo insaciable por más largo que sea el tendal de otros objetos (físicos o psíquicos que haya dejado a su paso”, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2002, pág. 80.

⁶⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 198/2002, de 12 de marzo de 2002, Fundamento de Derecho cuarto.

⁶⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009 de 31 julio, en Antecedentes de hecho octavo.

⁶⁵⁷ Sentencia Tribunal Supremo 257/2013 de 29 de abril, sobre la guarda y custodia compartida, en el punto 3º del Fallo. EL Tribunal Supremo en su sentencia 257/2013, sobre la guarda y custodia compartida, declara “como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los

ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es la alternativa metodológica más razonable al sistema o técnica jurídica de tipo inevitablemente casuista de nuestros tribunales por culpa y a consecuencia de las cláusulas generales y su necesaria determinación en cada caso concreto. En este sentido según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor las siguientes:

a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.

b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.

c) Mantenimiento, si es posible, del *statu quo* material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y *statu quo*.

informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.

e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ Los sistemas anglosajones establecen una serie de criterios mínimos que deben tener en cuenta los tribunales a la hora de concretar el interés del menor y, en este sentido, el derecho inglés, en la Children Act 1989, fija los siguientes: a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento): no siendo vinculantes para el juez. b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales. Las necesidades físicas se refieren principalmente al alojamiento, alimentación y vestido apropiados; tanto estas necesidades como las educativas son valoradas en relación con la personalidad del progenitor custodio tras el divorcio y son tienen un peso específico importante a la hora de decidir la custodia; las necesidades emocionales se valoran en relación con la edad y personalidad del menor. c) El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor: de residencia, estudios, amigos y relación con otras personas de su entorno. d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante. e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo (maltrato y los peligros para la salud o el desarrollo). f) La capacidad de cada progenitor, o en su caso de un tercero, para satisfacer sus necesidades. g) Se tendrá en cuenta también la regla de la mínima intervención judicial.

El artículo 373-2-11 del Código civil francés, en su nueva redacción de 2010 establece las pautas para que el juez pueda concretar el interés del menor: "*Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération:*

1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ;

2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1;

3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre;

4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ;

5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12;

6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre".

El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en su artículo 2.3, los criterios "se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) Su especial vulnerabilidad provocada por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

A pesar de los esfuerzos en tratar de objetivar el interés del menor sigue siendo válido lo señalado en los años 60 por CARBONNIER: *C'est la notion magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable et il faudrait que le juge décide de l'intérêt d'autrui! L'enfance est noble, plastique, et n'a du reste de signification que comme préparation à l'âge adulte: de ce qui est semé dans l'enfant à ce qui lèvera dans l'homme, quelle pseudo-science autoriserait le juge de prophétiser*"⁶⁵⁹.

Por otro lado, la responsabilidad de la Administración, y en concreto de la entidad pública, en la determinación del interés del menor en una medida de

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

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

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

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir."

En el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia 8 de julio 2010 se proponía la modificación del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: "como criterios mínimos se tendrán en cuenta: a) Los deseos, sentimientos y opiniones del menor. Se tendrá en consideración su derecho a participar progresivamente en función de su desarrollo y evolución personal en el proceso de determinación de su propio interés. b) Las necesidades básicas del menor, materiales, físicas, educativas y emocionales, priorizando los aspectos afectivos y emocionales. c) Su edad, posible situación de discapacidad, entorno y cualquier otra característica relevante. d) Lo más favorable para un desarrollo armónico de su personalidad. e) El peculiar efecto del transcurso del tiempo en el desarrollo de los menores. f) La conveniencia de la integración en su familia de origen, siempre que sea posible y favorable para el menor. En el caso de menores separados de su núcleo familiar se valorarán las posibilidades y conveniencia del retorno desde la óptica de sus intereses y no como derecho de la familia. g) El efecto probable y los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda tener en su personalidad y desarrollo futuro. h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten. i) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado. j) La capacidad de las personas tomadas en consideración para satisfacer sus necesidades.

⁶⁵⁹ CARBONNIER, J., "Note sous cour d'appel de Paris, 30 avril 1959", *Dalloz périodique*, nº 673, 1960, pág. 675.

protección de las señaladas en el artículo 172 del Código civil se sustancia en dos procesos de actuación que necesariamente se complementan. Como no podía ser de otro modo en un Estado de Derecho, la determinación de cuál es el interés de un menor concreto debe realizarse a través de un procedimiento, y por lo tanto sometido a las normas procedimentales establecidas, pero la responsabilidad de la Administración no se agota en el proceso de integración y manifestación de su voluntad, por lo que forma parte del interés del menor la obligación de seguimiento, control y evaluación del interés del menor durante la duración de la medida de intervención que se haya señalado, a través de un proceso continuado en el tiempo, ya que la determinación inicial del interés del menor puede variar por el inevitable desarrollo físico y psíquico así como por las circunstancias de su entorno⁶⁶⁰. Esa posibilidad de evaluar la resolución adoptada sobre el menor se produce, incluso, en sede judicial, y así lo determina el Tribunal Supremo⁶⁶¹ estableciendo jurisprudencia en este sentido en su sentencia 60/2012: “Los problemas de protección del menor en relación con la familia de origen han sido ya resueltos por esta Sala, (*que*) sienta doctrina en relación a dos puntos: respecto a si el juez debe tener en cuenta las circunstancias del momento de la declaración de desamparo o las del momento en que debe decidir, la sentencia dice que "esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del Art. 172.6 CC , contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad"^{662,663}.

⁶⁶⁰ CORRAL TALCIANI, H., “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Ius et Praxis*, 2010, v.16, nº 2: “La Convención de Nueva York lo expresa claramente: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. No discutiremos aquí en qué consiste específicamente este interés superior del menor, pero parece indisputable que el mandato imperativo de la Convención contiene al menos dos partes: primero la de identificar cuál sea el interés superior del niño, y segundo resolver o adoptar las medidas ateniendo a él de manera primordial, es decir, de alguna forma, privilegiada”.

⁶⁶¹ Sentencia Tribunal Supremo 60/2012, de 17 de febrero de 2012, Fundamento de Derecho tercero.

⁶⁶² Sin embargo la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), en sentencia 39/2011 de 14 de febrero, en su Fundamento Jurídico segundo establece que “es criterio doctrinal y jurisprudencial

Pero aún siendo necesarios estos dos niveles de actuación es preciso que se haga con la menor dilatación de tiempo posible, porque como ya hemos apuntado el menor es un ser humano en constante evolución, así el Tribunal Constitucional analiza el factor tiempo⁶⁶⁴ en las decisiones sobre el menor en su sentencia 11/2008⁶⁶⁵: “En efecto, siendo el interés prevalente del menor (...), es «imposible desconocer lo que resulta evidente, y es que los derechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse inescindibles de los de los recurrentes, (...) en estos casos, su interés no resulta diferenciable del que ellos estiman interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan»(...). Por ello

unánime el que dispone que el momento al que debe referirse la valoración del cumplimiento o no de los deberes inherentes a la patria potestad por los padres biológicos es aquél en la que (la) entidad pública intervino mediante declaración de desamparo y asunción de la tutela del menor, de tal forma que impugnándose la procedencia de dicha declaración, no es la situación actual la que debe ser objeto de análisis y consideración, sino la que acontecía cuando la entidad pública se vio en la necesidad de actuar iniciando el expediente de protección en el que se concluyó resultaba procedente la declaración de desamparo que ahora es objeto de impugnación”.

⁶⁶³ El Tribunal Constitucional en su Auto 952/1988, de 21 de julio de 1988, dictado ante la interposición de un recurso de amparo contra Acuerdos del Tribunal Tutelar de Menores de Madrid, que suspende al recurrente en el derecho a la educación y guarda de una menor, en el Fundamento Jurídico 2, señala que “debe tenerse también en cuenta la peculiar naturaleza del procedimiento de los Tribunales Tutelares de Menores, caracterizado entre otras notas, en virtud de su función tuitiva y protectora, por el principio de flexibilidad establecido en los arts. 15 y 23 de la correspondiente Ley (Texto Refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948), que hace posible en cualquier momento la revisión y modificación de los Acuerdos adoptados por el propio Tribunal, sobre la base de ulteriores alegaciones, impidiendo que pueda considerarse definitivamente precluida alguna oportunidad de defensa”.

⁶⁶⁴ La Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos, LOMBARDO c. ITALIA, nº 25704/11, 29 enero 2013, entiende que las autoridades italianas ha vulnerado el respeto a la vida familiar garantizado en el art. 8 del Convenio de Derechos del niño y por lo tanto no han amparado el interés del menor por la ineficacia del procedimiento de ejecución, no poniendo remedio al incumplimiento del progenitor custodio del derecho del menor a mantener contacto con el otro progenitor, lo que ha supuesto que el transcurso de tiempo, de hecho, ha determinado que la relación hijo/progenitor no conviviente se haya deteriorado hasta tal punto que sea irreversible la situación.

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 7 de marzo 2013, nº 10131/11, RAW et AUTRES c. FRANCE, en su punto 83: "*Enfin, la Cour réaffirme qu'un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parents et enfants ne se règlent pas par le simple écoulement du temps, mais sur la base de l'ensemble des éléments pertinents ; elle peut donc aussi avoir égard, sur le terrain de l'article 8, au mode et à la durée du processus décisionnel. Ainsi a-t-elle souligné que, dans les affaires de ce type, l'adéquation des mesures prises par les autorités se juge en particulier à la rapidité de leur mise en œuvre, le passage du temps pouvant avoir des conséquences irréversibles pour les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux. La Convention de La Haye prévoit d'ailleurs un ensemble de mesures tendant à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans un Etat contractant, et son article 11 précise que les autorités judiciaires ou administratives saisies doivent procéder d'urgence en vue de ce retour*".

⁶⁶⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 11/2008, de 21 de enero, sobre indemnización sustitutoria por imposibilidad de reintegrar a los menores a la madre biológica, en el Fundamento Jurídico 7, (cursiva del original).

resulta singular o complejo un fallo que, resolviendo sobre la situación de convivencia de los menores, acuerda la reintegración de éstos a la guarda y custodia de la actora (la madre biológica) y, sin solución de continuidad, atendiendo precisamente al propio interés de los menores, declara la imposibilidad de la ejecución de lo acordado como consecuencia del tiempo transcurrido desde que fueron separados de su madre”⁶⁶⁶.

Más recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶⁷, (R.M.S. c. España, 18 junio 2013), señala que el tiempo transcurrido, como consecuencia de la inercia e ineficacia del aparato administrativo y judicial, impiden que se produzca un reagrupamiento familiar ya que se han roto los lazos entre la madre y la hija.

⁶⁶⁶También analiza el factor tiempo, la Sentencia Tribunal Supremo 823/2012 de 31 de enero de 2013, Fundamento de Derecho segundo: “La sentencia justifica la medida entre otras cosas porque considera que el artículo 776 (en concreto, se refiera al artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil) es una concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, y así puede ser, ciertamente, pero no siempre. Es cierto que, sea cual fuere el miembro de la pareja parental con el que conviva en niño, debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que se han creado unos vínculos muy distintos del menor con el padre que ahora pretenden reforzarse a través de un cambio de custodia que tiene como punto de partida una primera etapa de acercamiento progresivo del padre con su hijo en Pontevedra en el que la madre seguirá con la custodia, lo que exige que tanto este como su madre se trasladen a España para cumplimentar el régimen de visitas que se establece a favor del padre, y una fase posterior que concluye con la madre residiendo en España con el hijo ya bajo la custodia del padre. La primera parte tiene una duración de dos años. La segunda de cuatro. Una y otra prorrogables, sin que este periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, a desarrollar en España, ofrezca ninguna garantía de que pueda materializarse en una nueva relación, hasta ahora prácticamente inexistente del padre con su hijo. Iniciativas de esta clase, con el padre en Pontevedra y la madre y el hijo en Estados Unidos donde están perfectamente integrados desde hace tiempo, no son aconsejables en estos momentos. Para el menor, dice el voto particular, que se acepta, *“supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce”*.

⁶⁶⁷ La Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, 18 de junio de 2013, condena a España y hace referencia a factor tiempo en la protección de los menores “después de casi seis años que se la separara de la demandante, la niña estaba bien integrada en su familia de acogimiento, que proveía todas sus necesidades materiales y afectivas y con la que vive desde el 16 de febrero de 2007. El TEDH observa a este respecto que el paso del tiempo ha tenido como efecto hacer muy difícilmente reversible una situación que se hubiera podido enmendar con otros medios que no fueran la separación y la declaración de la niña en situación de desamparo” (punto 91), y continúa “(E)s así como el tiempo transcurrido, consecuencia de la inercia de la Administración, y la propia inercia de las jurisdicciones internas, que no han estimado irrazonables los motivos dados por la Administración para privar a una madre de su hija fundándose, únicamente, en motivos económicos – la salud mental de la madre, inicialmente esgrimida, no fue objeto de ninguna peritación -, han contribuido, de manera decisiva, a la imposibilidad de cualquier reagrupamiento familiar entre la demandante y su hija. La demandante y su hija se vieron por última vez el 27 de septiembre de 2005, y, desde entonces, la demandante no ha cesado de reclamarla, tanto ante los órganos competentes de la Administración, como ante las jurisdicciones internas”, (punto 92).

BRUGGEMAN⁶⁶⁸ en una expresión muy gráfica afirma que le “*temps est assassin*”, para llamar la atención sobre los efectos desbastadores que la dilatación temporal de los procesos judiciales y administrativos tiene sobre la vida de los menores y su familia de origen.

5. LAS NECESIDADES DE LOS MENORES COMO ELEMENTO BÁSICO DE LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

Cualquier relación de criterios de concreción del interés del menor son, por definición, incompletos dada la necesidad de adecuar el interés superior del menor a las circunstancias específicas del menor sobre el que se va adoptar la medida de protección que exija dicho interés. Pero también es cierto que esa enumeración de criterios debe ser sustentada sobre el estudio de las necesidades del menor, porque van a ser estas y sus carencias las que supongan la necesaria intervención pública. Los criterios no se agotan con una relación más o menos pormenorizada de las mismas, es necesario en la medida de lo posible, ahondar en la teoría de las necesidades porque ello va a permitir a los operadores jurídico-sociales responsables de la protección del menor contar con un marco común, que facilitaría y aportaría seguridad al análisis de las situaciones en las que se encuentra el menor, discriminando en razón a la satisfacción o no de esas necesidades, las situaciones que deben ser objeto de intervención y qué tipo de intervención es la necesaria, habida cuenta que por mandato legal la respuesta de la administración a la situación del menor debe ser siempre proporcional⁶⁶⁹.

Por lo tanto, la referencia a las necesidades de los menores en el contexto de este trabajo no responde a una reflexión extrajurídica o en el mejor de los casos a una reflexión desde el campo de la sociología o de la psicológica, su inclusión se

⁶⁶⁸ BRUGGEMAN, M., “Droit au respect de la vie familiale d’une famille d’accueil: le temps est assassin”, *Droit de la Famille*, nº 3, marzo 2012, comentario 44.

⁶⁶⁹ Así mismo, constituiría el marco de referencia para las políticas sociales permitiendo dar respuestas más eficaces y eficiente para garantizar la satisfacción de las necesidades en aquellos contextos y ámbitos donde estos están en peligro, en este mismo sentido SIMÓN RUEDA, C., LÓPEZ TABOADA, J. L., LINAZA IGLESIAS, J.L., *Maltrato y desarrollo infantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000, pág. 48

justifica porque ese estudio supone un avance en la objetivación del interés del menor y por, lo tanto, afecta al núcleo básico del sistema jurídico de protección del menor tal y como se ha contemplado en el artículo 2.2,) del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁶⁷⁰, que establece que forma parte de la concreción del interés superior del menor “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas”, en tanto forman parte de su esencia⁶⁷¹.

El establecimiento de las condiciones y necesidades que deben ser satisfechas para obtener un desarrollo integral no sólo se sustancia en una construcción teórica, las investigaciones sobre esa cuestión proporcionan los suficientes estudios empíricos para poder afirmar que es necesario cumplir unos determinados requisitos para que el menor pueda desarrollarse de manera equilibrada e integral, para ir evolucionando hacia su completa autonomía⁶⁷².

La palabra necesidades es polisémica, lo que dificulta su conceptualización, por lo que hay que precisar que cuando se abordan las necesidades de los menores no nos estamos refiriendo al concepto de necesidad acuñado en el Derecho público⁶⁷³, tampoco al estado de necesidad como eximente del artículo 20 del

⁶⁷⁰ Artículo 2.2, a) del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015: “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”.

⁶⁷¹ DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, (reimpresión de la edición de 1952), “el ser humano individual se nos muestra dotado de ciertas potestades por las cuales, precisamente, existe: vida, facultades corporales, intelectuales..., y también de ciertas necesidades: todo aquello que es necesario, precisamente, para el desenvolvimiento de esta vida y de estas facultades, y comprende una cierta utilización de bienes exteriores. Consecuentemente, el hombre individual vive, se mueve, piensa, usa; él se alimenta y consume”, continuando el autor “Tales son las “propiedades” inherentes a la naturaleza humana individual, que basta constatar, como basta constatar su tendencia social- al acercamiento, al intercambio, a la colaboración, al agrupamiento”, pág. 39.

⁶⁷² ESPINOSA BAYAL, M. Á., OCHAÍTA ALDERETE E., ORTEGA GUERRERO, I., *Manual formativo sobre promoción de la no violencia entre niños, niñas y adolescentes*, T I, Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA), Universidad Autónoma de Madrid-UNICEF Comité Español, Plataforma de Organizaciones de Infancia, Madrid, 2003, pág. 8.

⁶⁷³ “En su configuración tradicional, la necesidad se concibe como un fenómeno que faculta (o incluso obliga) a los Poderes Públicos para excepcionar el Derecho existente en un momento dado, y para adoptar las medidas indispensables en orden a la salvaguardia de los bienes esenciales para la vida de la comunidad (la propia subsistencia del Estado en la concepción más clásica), cuando éstos fuese puestos en peligro por las concurrencia de una situación de «extremada gravedad», y siempre y, cuando, además, el Derecho preexistente fuese inadecuado o insuficiente para superar el peligro”,

Código penal⁶⁷⁴, sino a necesidad en el sentido de aquello que es necesario para la vida⁶⁷⁵, aunque esta acepción también debe ser matizada.

El concepto de necesidad que tratamos en este contexto se corresponde, en principio, a la definición dada por AÑON ROIG “como una situación o estado de dependencia, predicado siempre de una persona que tiene un carácter insoslayable, puesto que experimenta un sufrimiento o un daño grave, y dicha situación va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento”⁶⁷⁶.

El planteamiento de las necesidades humanas analizadas como desarrollo humano independiente del desarrollo económico de los países, es relativamente reciente⁶⁷⁷, y más reciente aún es el estudio de las necesidades de los menores. Bien es cierto, que las necesidades son consustanciales al individuo y por lo tanto han estado presentes a lo largo de la historia, pero su desarrollo actual, su incorporación como concepto a los “discursos sociales”⁶⁷⁸ es un indicador de la aparición de nuevas formas de concebir a la persona y, en concreto, al menor, que responde a un cambio de valores y actitudes que se mueven en paralelo a la

definición de ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 571.

⁶⁷⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo penal), 930/2010, de 21 de octubre de 2010, “cuando se alegue una situación de necesidad (...) ha de partirse de que la esencia del estado de necesidad, completo o incompleto, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone - dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual”.

⁶⁷⁵ Tercera acepción del Diccionario de la Real Academia.

⁶⁷⁶ AÑON ROIG, M. J., *Necesidades y derechos, un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, la autora entiende que “la idea de sufrimiento o daño concurre, pues, junto a los rasgos indicados, insoslayabilidad y ausencia de una situación alternativa o imposibilidad de una situación futura sustitutoria acorde con una previsión lo más realista posible.... estos elementos han de ser ponderados conjuntamente y es su intersección la que remite a la idea de que estamos en presencia de un bien no negociable o de una situación en circunstancias no negociables que no apuntan a ninguna otra alternativa real” pág. 193.

⁶⁷⁷ “Declaración de Cocoyoc”, como colofón del Seminario internacional patrocinado por la United Nation Conference on Trade and Development y por el United Nations Environmental Program, México 1974.

⁶⁷⁸ RIBOTTA, S., “Necesidades y derechos: un debate no zanjado sobre fundamentación de derechos (consideraciones para personas reales en un mundo real)”, *juri.Manizales (Colombia)*, 5(1): 29-59, enero-junio, 2008, pág. 32.

consolidación de los derechos fundamentales y la determinación de los derechos sociales.

En consonancia con ello se constata una realidad socio-económica que supone que en un mundo complejo las necesidades aumentan a la vez que disminuye la capacidad del hombre de satisfacerlas de manera individualizada, es necesaria la intervención del Estado para poder cubrir las necesidades.

En una primera aproximación al concepto de necesidades de los menores podemos establecer que estas pueden ser analizadas, como la de las personas adultas, en el sentido que señala DE LAS HERAS cuando establece que “la necesidad, en los seres humanos, es una tendencia natural hacia la consecución de los medios que le son propios para su mantenimiento y desarrollo”⁶⁷⁹, pero si, como hemos dicho, el hombre actual no tiene capacidad para satisfacer individualmente sus necesidades, el menor por su propio desarrollo físico e intelectual no podrá conseguir por sí mismo esos medios que le son indispensables para garantizar el libre desarrollo de su personalidad y que por lo tanto serán terceros los que deban proveer, ya sean sus progenitores o los poderes públicos.

Como en otras cuestiones que afectan al menor determinar el concepto de necesidad nos conduce a distintos enfoques, teorías y planteamientos, no es una cuestión pacífica ni cerrada para ninguna de las áreas de conocimiento⁶⁸⁰ (medicina, psicología, sociología, economía, el derecho, la ciencia política, etc.) que han abordado el estudio y determinación de las necesidades del ser humano, y en nuestro caso del ser humano menor de edad⁶⁸¹.

Cuando se aborda el estudio teórico de las necesidades de los menores se detecta la tensión entre las concepciones universalistas y las relativistas, de la misma manera que veíamos en el concepto del interés del menor, cuestión esa

⁶⁷⁹ DE LAS HERAS, P. y CORTAJARENA E., *Introducción al bienestar social*, Editorial S.XXI, Madrid 1985, pág. 28.

⁶⁸⁰ JUGASTRU, C., *Les Droits de la personnalité*, Editions de la Tannerie, Guer, 2006, en su pág. 15 expresa la implicación de las ciencias sociales en los problemas del ser humano: “*la problématique de l’homme, la condition humaine constitue les préoccupations centrales de la majorité des sciences socio-humaines. Il existe une série de domaines dans laquelle l’image de l’homme devient objet principales: la sociologie, la philosophie, l’anthropologie, la psychiatrie, les autres sciences socio-humaines*”. Cada ciencia trata de dar respuesta a esos interrogantes desde su enfoque.

lógica ya que son dos conceptos que forman parte de la misma construcción doctrinal. Algunos autores conciben las necesidades como una creación del hombre y, por lo tanto, establecidas y concretadas por el contexto cultural en el que se estudien, las necesidades del individuo son relativas en el sentido que señala DE LAS HERAS DE LAS HERAS y CORTAJARENA cuando mantiene que el “concepto de necesidad es histórico y depende, por lo tanto, de la fluidez de las condiciones espacio-temporales, que van cambiando y configurando nuevos horizontes de expectativas en los grupos y pueblos”⁶⁸². Sin embargo, las doctrinas que defienden que las necesidades humanas son universales entienden que estas son los factores objetivos indispensables para la supervivencia y la integridad psicofísica de todos los seres humanos y, por ello, consustanciales al hombre en cualquier contexto y en cualquier momento histórico⁶⁸³.

Desde una concepción universalista el autor que más influencia ha tenido en los estudios de las necesidades humanas ha sido, sin duda alguna, MASLOW⁶⁸⁴ que continua siendo un referente doctrinal por su gran esfuerzo de sistematización de las necesidades humanas⁶⁸⁵, estableciendo una relación de necesidades humanas que pueden predicarse de todas las personas planteándolas como necesidades que actúan como motor del comportamiento humano más allá de las diferencias culturales. Su labor de investigación se centró en identificar esas necesidades humanas universales y a jerarquizarlas, cuya regla interna establece que para que se puedan satisfacer las necesidades superiores es necesario que previamente estén cubiertas, en mayor o menor medida, las necesidades más básicas. Posteriormente, también desde la concepción universalista, los británicos DOYAL Y GOUGH⁶⁸⁶

⁶⁸² DE LAS HERAS P. y CORTAJARENA, E., *Introducción al bienestar social*, Editorial S.XXI, Madrid, 1985, “ya que establecer o lograr acuerdos en torno a qué son y cuáles son las necesidades es una cuestión compleja y nada pacífica. Las necesidades siempre han estado incluidas, explícitamente o implícitamente, en las discusiones sobre los derechos y sobre las sociedad en la que éstos se contextualizan, dando lugar a múltiples teorías e interpretaciones”, pág. 29.

⁶⁸³ DOYAL, L., GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.

⁶⁸⁴ MASLOW, A., *Motivación y personalidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1970.

⁶⁸⁵ AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos, un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 130: “no sería exagerado afirmar que una de las características comunes de las tesis más recientes sobre necesidades, reside en la utilización, bien como punto de partida, o bien como base, de la teoría de Maslow sobre el concepto de necesidades, y más exactamente sobre la jerarquía de “necesidades humanas universales”.

⁶⁸⁶ DOYAL, L., GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.

desarrollaron una teoría de las necesidades humanas adaptada a las necesidades infantiles y adolescentes.

Ambas teorías se encargan de proponer y justificar, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, las necesidades que deben considerarse generales y universales para todos los seres humanos⁶⁸⁷, con independencia de las diferencias individuales y culturales, y que, por ello, pueden servir como fundamento moral de los derechos humanos porque serán las condiciones que necesitan todos los seres humanos desde el nacimiento a la adolescencia para su desarrollo como seres sanos y autónomos. Estas necesidades tienen distinto calado, clasificándose por la doctrina en necesidades básicas y superiores⁶⁸⁸.

La tensión entre las concepciones universalistas y relativistas puede resolverse a través de una teoría intermedia entendiendo que esas necesidades básicas y comunes, que se concretarían en salud física y autonomía, deben ser satisfechas de manera adecuada con independencia del contexto social, cultural, económico, ideológico, etc., en el que el menor se encuentre. Ahora bien, cuestión distinta es que los satisfactores de esas necesidades básicas dependan en cierta medida de la cultura⁶⁸⁹. Por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ centra la cuestión señalando

⁶⁸⁷ MOSTERÍN, J., señala que “El genoma humano determina las necesidades básicas, muy parecidas en todas. Las culturas tradicionales eran soluciones locales distintas de la ecuación universal de nuestras necesidades, pero el pasado es un país lejano, que nosotros no habitamos. La intercomunicación actual corroe las tradiciones y las funde en una cultura universal crecientemente compartida. Algunos ideales parcialmente occidentales, como la salud, la felicidad, la verdad y la ciencia, pueden proponerse como modelo general”, *Babelía*, número 1121, “El País”, 18 de mayo 2013.

⁶⁸⁸ DIEZ COLLADO, J. R., *El bienestar social, Concepto y medida*, Editorial Popular, Madrid, 1994, págs. 39 y 40, señalaba como “las necesidades básicas:

1. Necesidades fisiológicas: El hambre, la sed, el sueño y otras necesidades fisiológicas, son canalizadoras de los demás grupos de necesidades....

2. Necesidades de seguridad: Las necesidades relacionadas con la seguridad se reflejan en los deseos de orden, estabilidad, organización, coherencia y predicción.

3. Necesidades de pertenencia y amor. Los deseos de relaciones afectivas (personales y grupales) e integración (en familia, amigos y grupos) son reflejo de las necesidades de pertenencia y amor. Su insatisfacción conduce a situaciones de inadaptación social.

4. Necesidades de estima: El anhelo a la valoración positiva del mundo y los demás así como el deseo de reconocimiento, son las dos caras de la necesidad de estima de la propia personalidad”.

Y en relación a las necesidades superiores establece: “Estas necesidades se manifiestan en valores espirituales, tales como trascendencia, vida espiritual, belleza, perfección... Su satisfacción requiere la previa gratificación de las necesidades básicas”.

⁶⁸⁹ ESPINOSA BAYAL, M. Á., OCHAÍTA ALDERETE E., ORTEGA GUERRERO, I., *Manual formativo sobre promoción de la no violencia entre niños, niñas y adolescentes T I*, Instituto Universitario de

que cuando se habla de necesidades de los menores se hace referencia a que el menor está programado para desarrollarse de una manera determinada, y que para que ese desarrollo sea correcto necesita de unas condiciones determinadas “que, en definitiva, necesita unas cosas y no otras. Estas necesidades son de naturaleza biológica y social y deben ser consideradas como características de la especie humana, aunque algunas de ellas son compartidas con otras especies”⁶⁹⁰. El trabajo supuso un importante esfuerzo de investigación y estandarización de esas necesidades, sirviendo de marco doctrinal para la profundización posterior en la conceptualización y taxonomía de las necesidades del menor^{691, 692}.

En el estudio de las necesidades del menor es imprescindible contar con las distintas etapas del desarrollo evolutivo del mismo, porque “aunque el desarrollo tiene una manifestación propia y diferente en cada individuo, existen muchos cambios psicológicos que tienen un cierto carácter «normativo» o «cuasinormativo», es decir, que se observan en la mayoría de las personas. Estos procesos de desarrollo normativo se producen a lo largo de toda la vida y, de forma muy intensa, en las primeras etapas del ciclo vital: la infancia y la adolescencia”⁶⁹³.

Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA) Universidad Autónoma de Madrid-UNICEF Comité Español, Plataforma de Organizaciones de Infancia, Madrid, 2003, los autores utilizan necesidades secundarias o satisfactores para el mismo concepto, manteniendo que “este enfoque no resulta excluyente con la existencia de relativismos culturales, ya que el concepto de necesidades secundarias, (...) permite compatibilizar la existencia de necesidades universales con la satisfacción cultural de las mismas”, pág. 8.

⁶⁹⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, F., *Necesidades de la Infancia y protección infantil I. Fundamentación teórica, clasificación y criterios educativos*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pág. 53.

⁶⁹¹ Entre los cuales cabe destacar las realizadas por OCHAÍTA Y ESPINOSA en que se establece, a través de un compendio teórico/práctico, la existencia de dos necesidades básicas y diecisiete necesidades secundarias que forman parte de las dos necesidades básicas: la salud física y la autonomía, siendo estas dos necesidades (junto a las dimensiones que las componen) universales, aunque su satisfacción varía en función de las distintas posibilidades que se plantean y características en las que se desarrolla su satisfacción, siendo la principal fuente de diversidad la distinta etapa del desarrollo del menor OCHAÍTA, E., ESPINOSA, M.A., *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes*, McGraw-Hill, Madrid, 2004.

⁶⁹² La medicina y la psicología han enfocado, principalmente, el estudio de las necesidades de los menores desde la perspectiva del menor maltratado no del menor en general, en el campo de la medicina *vid.* CORTÉS LOZANO, Á., DÍAZ HUERTAS, J., RIVERA CUELLO, M., MUÑOZ HOYOS, A., *Salud de los niños atendidos por el sistema de protección a la infancia: Acogimiento residencial, Acogimiento Familiar y Adopción. Guía para profesionales sanitarios y acogedores*, editado por Sociedad Española de Pediatría Social, 2012; y en el ámbito de la psicología, SIMÓN RUEDA, C., LÓPEZ TABOADA, J. L., LINAZA IGLESIAS, J.L., *Maltrato y desarrollo infantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000.

⁶⁹³ HIDALGO GARCÍA, M.V., SANCHEZ HIDALGO, J., LORENCE LARA, B., “Procesos y necesidades de desarrollo durante la infancia”, *XXI Revista de Educación*, (10) 2008, Universidad de Huelva, “el

Es en los contextos en los que el menor interactúa, familia, colegio, ocio, etc., donde deben detectarse y satisfacer las necesidades de desarrollo y educación^{694,695}. No es este el lugar para realizar la taxonomía de las necesidades del menor, esa es una labor que le corresponde a otras ciencias y por lo tanto nos remitimos a los trabajos realizados ese sentido y que por su seriedad nos han parecido interesantes⁶⁹⁶.

Pero es indudable que en la determinación de las necesidades de los menores nos situamos en el mundo del “ser”, de los hechos, tanto materiales como psíquicos, que deberá trasladarse a un contexto normativo y a la ponderación de los conceptos jurídicos indeterminados en juego, una vez establecido empíricamente que hay unas necesidades ineludibles que deben ser satisfechas para permitir un desarrollo integral del menor. Ahora bien, esta traslación es dificultada porque “la diversidad de criterios y su escasa unanimidad, dificultan no solo la medición de necesidades, sino hasta su identificación teórica previa”⁶⁹⁷

desarrollo infantil no es algo prefijado y cerrado a las influencias externas, sino abierto a toda la estimulación procedente del medio que rodea al niño”, pág. 86.

⁶⁹⁴ Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, M. R., “Más allá de la educación emocional. La formación para el crecimiento y desarrollo personal del profesorado PRH como modelo de referencia”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 19(3), 2005, 195-251, págs. 232 a 236.

⁶⁹⁵ AÑON ROIG, M. J., *Necesidades y derechos, un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, porque es cierto que gran parte de las necesidades se satisfacen a través del medio social, y que es este medio donde se desarrolla la conciencia sobre las mismas, hay que precisar que las necesidades “no pueden reflejarse o articularse si no es desde el individuo”, pág. 193.

⁶⁹⁶ BERCIANO, M^a. J. (coord.), *Instrumento para la valoración de las situaciones de riesgo y desamparo en los Servicios Sociales Municipales y Territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma Vasca*. Gobierno Vasco. Departamento de Empleo y Asuntos Sociales, 2009.

Principalmente su anexo: *Taxonomía de necesidades básicas en la infancia y adolescencia e indicadores para su evaluación*.
www.gizartelan.ejgv.euskadi.net/r45.../taxonomia%20indicadores.pdf

ALLER FLOREANCIG, T., GÓMEZ PÉREZ, E. ARRUBARRENA TERÁN R., *Cuadernos de Bienestar y Protección Infantil*, publicación de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, 2010.

Gobierno de Cantabria, *Manual de actuación en situaciones de desprotección infantil en la Comunidad Autónoma de Cantabria*, Consejería de Empleo y Bienestar Social, 2006.

LÓPEZ SANCHEZ, F. “Las necesidades en la infancia: del maltrato al «buentrato»”, en GARCÍA, N., NOGUEROL, V., *Infancia maltratada*, EOS, Madrid, 2007.

MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil*, Pirámide, Madrid, 2005.

⁶⁹⁷ PUIG LLOBET, M., SABATER MATEU, P., RODRÍGUEZ ÁVILA, N., “Necesidades humanas: evolución del concepto según la perspectiva social” *Aposta revista de ciencias sociales* nº 54, Julio, Agosto y Septiembre 2012, pág. 8.

Las necesidades sociales básicas de los menores⁶⁹⁸ deben estar definidas, conceptualizadas, tanto en el ámbito normativo como en el político, deben formar parte del estatuto jurídico de protección del menor como ciudadano de un Estado social, debe ser el Estado el que intervenga tanto en la determinación de las necesidades básicas como en la provisión de bienes y servicios sociales que satisfagan esas necesidades^{699, 700}; en ese estudio de las necesidades se debe tener en cuenta que los menores no son un colectivo homogéneo, y que por lo tanto sus necesidades no son las mismas a lo largo de su minoría de edad, ni tampoco puede darse una misma respuesta para situaciones que en apariencia son similares, dado que el contexto donde esté ubicado el menor también puede condicionar la respuesta⁷⁰¹ con necesidades concretas, en un momento concreto de su desarrollo.

⁶⁹⁸ Es interesante en el campo de las necesidades sociales el libro de ARTEAGA BASUSRTO, C., SOLÍS SAN VICENTE, S., (coords.), *Necesidades sociales y desarrollo humano: un acercamiento metodológico*, Plaza y Valdés, México, 2005.

⁶⁹⁹ DIEZ COLLADO, J. R., *El bienestar social, Concepto y medida*, Editorial Popular, Madrid 1994, el Estado social con la formulación de los derechos sociales supone que la finalidad de los mismos “es la satisfacción de necesidades básicas. Ahora bien las necesidades son universales, mientras que la satisfacción de una necesidad es específica”, pág. 38.

En ese mismo sentido, GIMENEZ, V., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, la fundamentación de los derechos desde las necesidades supone “garantizar como derechos aquellos bienes básicos para la autonomía y el bienestar básico de las personas como una exigencia de su propia dignidad, se traduce en el reconocimiento efectivo de los derechos sociales, y muestra el contenido mínimo que permite realmente la cohesión social”, pág. 33.

⁷⁰⁰ Y esto no es solo teoría en el 2013 se han arbitrado medidas para que la población infantil española que presenta indicios de malnutrición pueda tener garantizada 3 comidas diarias y llama la atención que solo exista, hasta donde tengo conocimiento, una sentencia que amparándose en el interés del menor haya paralizado un desahucio, en otros casos han sido acuerdos privados, “por razones humanitarias” entre las entidades bancarias y las familias, no por aplicación de un derecho subjetivo de los menores a una vivienda. En la protección del menor se detecta que aún no se ha superado la caridad por auténticos derechos subjetivos. Aplazados tres desahucios de familias con hijos menores por la presión popular agencia Efe- Madrid Actualizado miércoles 06/06/2012 “Por razones humanitarias, la entidad bancaria le ha ofrecido un alquiler social por valor de entre 200 y 250 euros durante cinco años, cuyo pago no se le va a exigir hasta septiembre. Sin embargo, el banco reclama a cambio que Luzmila acepte el reconocimiento de su deuda, lo cual la PAH rechaza y seguirá negociando este punto con la entidad bancaria”.

⁷⁰¹ CONTRERAS PELAEZ, F. J., considera que la implantación de los derechos sociales suponen el entender al ser humano como miembro de una colectividad, se predicen de un “hombre contextualizado”, *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 25.

5.1. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN LA CONCRECIÓN DE SU INTERÉS

Es indudable que es parte integrante de las necesidades del menor el derecho de este a participar en todas aquellas cuestiones que le conciernen, afirmación que es el reflejo de la evolución histórica que ha sufrido tanto la profundización en el estudio de las necesidades como el concepto de la persona del menor que ha supuesto un reconocimiento progresivo de su autonomía jurídica. La consideración de que el menor no es solo sujeto pasivo⁷⁰² de las decisiones y medidas que adopten sobre él los responsables familiares o los poderes públicos, sino sujeto activo en esa toma de decisiones⁷⁰³, es un principio que informa todas las normativas nacionales como internacionales^{704,705} de protección. En consecuencia, es razonable que se prevea la posibilidad de que el menor pueda expresar su criterio antes de que se adopte una decisión sobre su persona o sus

⁷⁰² LÓPEZ SÁNCHEZ, F., *Necesidades de la Infancia y protección infantil I. Fundamentación teórica, clasificación y criterios educativos*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, ya señalaba que el menor “es un agente activo en las decisiones que le afectan y en todas las actividades de interacción con los demás. Desde pequeño, en la medida de sus posibilidades, deben tenerse en cuenta sus peticiones, hacerle partícipe de las decisiones que le afectan y conseguir que sea agente activo que contribuya eficazmente a satisfacer sus propias necesidades y las de los demás”, pág. 53.

⁷⁰³ Vid., LARBÁN VERA J., “El proceso evolutivo del ser humano: desde la dependencia adictiva hacia la autonomía”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº43-44, 2007, págs. 171-194, “El ser humano, durante toda su vida, para evolucionar, tiene que intentar conciliar y, sobre todo, integrar, la necesidad de dependencia con el deseo de independencia. Observen que en un caso digo necesidad y en el otro deseo. Con la necesidad de dependencia se nace; la independencia sin embargo se conquista progresivamente pero sin negar que siempre dependeremos de algo o de alguien” (...) “Ese proceso evolutivo del ser humano consistiría en pasar de la dependencia adictiva a una separación y diferenciación cada vez mayor de las personas que lo cuidan para lograr un mayor grado de individuación y autonomía”, pág. 180.

⁷⁰⁴ Baste citar la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Reino de España el 30 noviembre 1990, como la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A 3-0172/92, (DOCE nº C241, de 21 de septiembre de 1992).

En ese mismo sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en su Exposición de Motivos señala que los menores tendrán la consideración de “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

⁷⁰⁵ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ATALA RIFFO y NIÑAS vs. CHILE, de 24 de febrero de 2012, (Fondo, Reparaciones y Costas, considerando 196 y 197), en todo proceso donde estén en juego los derechos de los menores se tiene que valorar y tener en cuenta, en relación a la participación en la tarea de concreción de sus necesidades la “gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen” los menores.

intereses, ya sea en el ámbito familiar como en un proceso administrativo o judicial⁷⁰⁶.

Así la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en su artículo 9⁷⁰⁷, que goza de la consideración de norma orgánica, desarrolla este derecho del menor, tanto en el ámbito familiar como en ámbito administrativo o judicial⁷⁰⁸, en todas aquellas

⁷⁰⁶ La capacidad del menor para tomar decisiones es algo que tiene bien estudiado las técnicas de publicidad, DUEK, C., "Infancia, desarrollo y conocimiento: los niños y niñas y su socialización", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, v. 8, nº. 2, julio-diciembre, 2010, págs. 799-808, "Los medios de comunicación, la publicidad, (...) son, entre otros, los "estímulos" con los que el mercado busca cooptar a los consumidores niños y, necesariamente, a sus padres-dadores. La construcción del conocimiento como proceso, del aprendizaje como un "momento" complejo, en el que los sujetos-niños deben ser activos, (...), contribuyen a que podamos pensar no en un "niño-ideal" de 6 a 8 años, sino en un sujeto complejo, capaz de asociar, discutir, usar, apropiarse de lo que oye, de lo que ve, representar modelos ausentes, no como un receptor-pasivo sino como un sujeto activo en su propio desarrollo, en la propia diversificación de intereses, tareas, roles y elecciones.", pág. 807.

⁷⁰⁷ Este artículo 9 ha sido modificado por el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, que bajo el epígrafe de "Derecho a ser oído y escuchado", dispone:

"1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, aunque sus opiniones deban ser valoradas en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, accesible y adaptado a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración".

⁷⁰⁸ Sigue siendo válidas las objeciones realizadas a esta redacción, dado que no contempla la esfera patrimonial del menor, entre otros GULLÓN BALLESTEROS, "Sobre la Ley 1/1996, de protección

decisiones familiares o procesos judiciales o administrativos⁷⁰⁹ donde sus derechos e intereses estén implicados⁷¹⁰.

En el desarrollo interpretativo que realiza del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, la Observación general nº 14 (2013)⁷¹¹, señala que cuando, en la

jurídica del menor”, *La Ley*, 1996-1, pág. 1690; LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, 2001, pág. 138.

⁷⁰⁹ El derecho a ser oído, se predica de todo menor, nacional o extranjero, así en Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en extranjería celebradas en Baiona, los días 4 y 5 de octubre de 2010, en la mesa redonda nº 3 sobre menores extranjeros no acompañados, se acordó, como conclusión nº 11 que el “respeto al trámite de audiencia del menor exige la presencia del mismo para ser escuchado, aun cuando no se avenga a declarar. Si se niega a ser oído, una vez informado de sus derechos, el interés superior del menor podrá ser valorado teniendo en cuenta los demás datos obrantes en el expediente. La desaparición del menor determinará el archivo del expediente”. http://www.migrarconderechos.es/bibliografia/Conclusiones_fiscales_extranjeria_2010

⁷¹⁰ El texto de la vigente Carta (publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea nº 83, de 30 de marzo de 2010), recoge, adaptándola, la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituyó a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en su artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece que los menores podrán “expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”.

En el mismo sentido, el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, que establece el derecho del menor a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan Artículo 12:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁷¹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, en relación a los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés del menor (A. 1 a), 53) señala como primordial la opinión del menor. En el punto 54, concreta que el “hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables y prestar de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior”

⁷¹¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, en relación a los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés del menor (A. 1 a), 53) señala como primordial la opinión del menor. En el punto 54, concreta que el “hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes

determinación de una decisión que atañe al menor, no se tiene “en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez”, no se está respetando el derecho del menor a participar en la determinación de su interés. En ese mismo sentido, la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado apela a la participación del menor en la búsqueda de la concreción de su propio interés y por ello señala que “en cada caso debe reconocerse el papel del menor, potenciando la promoción y libre manifestación de su opinión y la valoración y atención de la misma como elemento para orientar las decisiones que para su atención y protección puedan adoptarse. El interés del menor deberá prevalecer ante cualquier otro interés en juego”⁷¹².

Pero ese reconocimiento establecido en los textos legales⁷¹³ debe trasladarse a la práctica profesional de los operadores jurídicos responsables de la protección del menor, porque, en este contexto, la realidad se impone y la manifestación de lo que el menor considera como su interés son, en muchas ocasiones, poco tenidas en cuenta en las decisiones normativas, políticas o administrativas que tienen un fuerte impacto en sus vidas. En la aplicación de los derechos que reconocen al menor las normativas de protección del menor⁷¹⁴ tanto

razonables y prestar de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior”.

⁷¹² Fiscalía General del Estado, Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, pág. 3.

⁷¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, de 29 de junio: “los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”.

⁷¹⁴ En el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), Estrasburgo, 27 de noviembre de 2008 (Instrumento de Ratificación de 16 de julio de 2010 y en vigor en España desde el 1 de septiembre de 2011), en su artículo 5, relativo a los *consentimientos necesarios para llevar a cabo una adopción*, señala, entre otros consentimientos, el del menor, “siempre que la ley considere que tiene el suficiente discernimiento para ello; se considerará que un menor posee suficiente discernimiento cuando hubiere alcanzado la edad prevista por la ley, que no deberá exceder de 14 años”, para lo cual, el menor, como las demás personas obligadas a prestar su consentimiento “deberán proveerse de los asesoramientos necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento, en especial acerca del mantenimiento o la ruptura, a causa de una adopción, de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen”. Y en su artículo 6 señala que, si legalmente no fuese necesario recabar el consentimiento del menor, “éste será consultado en la medida de lo posible y su opinión y sus deseos se tomarán en cuenta según su grado de madurez.

los jueces como la Administración pública recogen este nuevo enfoque considerando que forma parte de esa protección y del correcto ejercicio de los derechos el dar un mayor protagonismo de actuación por sí mismo^{715, 716}.

La Observación General nº 12 del Comité de Derechos del Niño⁷¹⁷ nos da algunas pautas sobre cómo debe entenderse el derecho del niño a participar, en primer lugar no se puede partir de la premisa de que el niño no es capaz de expresar su propias opiniones, que no es necesario que el niño tenga conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del procedimiento que afecta a sus derechos pero si debe conocer lo suficiente para poder formarse un juicio propio sobre el asunto, que el menor puede expresar su opinión sin ninguna presión exterior, y que le asiste el derecho a escoger si quiere ser o no ser escuchado, y que el desarrollo de derecho del niño a expresar sus opiniones exige que sea informado de los asuntos, opciones y posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. Esta obligación esta asignada a quien tiene la responsabilidad de escuchar al niño, así como a los padres y tutores, que deberá evaluarse la capacidad del menor para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso, que los niveles de comprensión deben medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones en forma independiente y razonada⁷¹⁸ y no a partir de su edad biológica⁷¹⁹, que el Estado

Será posible evitar esta consulta si la misma se muestra manifiestamente contraria al interés superior del menor”.

⁷¹⁵ Sentencia Tribunal Supremo 26/2013 de 5 de febrero de 2013 (contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional), Fundamento de Derecho tercero, 2 señala que “en esta línea de los Acuerdos Internacionales, como referentes en la interpretación de los derechos que recoge nuestra Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, (...) cabe señalar la tendencia por mejorar la protección del menor junto a un mayor protagonismo de actuación por él mismo”.

⁷¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª), 198/2002, de 12 de marzo, Fundamentos de Derecho cuarto: “no debe desconocerse el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro. (...) Aunque los intereses del menor, deben prevalecer sobre sus deseos, cuando estos últimos sean contrarios a los primeros, consideramos que en el supuesto enjuiciado, ambos pueden compaginarse”.

⁷¹⁷ Comité de los derechos del niño, Observación general nº 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, (20 de julio de 2009).

⁷¹⁸ Tribunal Constitucional de Bélgica, sentencia nº 9/2010 du 4 février 2010: “B.7. *Toutefois, si la disposition en cause est interprétée en ce sens que la décision par laquelle le juge écarte la demande d’audition du mineur pour un motif autre que le manque de discernement de celui-ci n’est*

tiene la obligación de suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a su necesidades particulares, garantizando que cuenten con la asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con su necesidades, la obligación de asegurar, principalmente en el caso de violencia sexual o de otro tipo, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su seguridad, vigilando que el personal este capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y procurar que los niños no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar la revictimización o un impacto traumático en el niño.

En este sentido, el Tribunal Supremo^{720,721} cuando establece posibles criterios de concreción del interés del menor hace referencia a la necesidad de atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, por lo que se entiende que el Tribunal considera esencial que el menor participe en la elaboración de su interés, debiendo entenderse que la opinión que el menor exprese se subordina a la compatibilidad de tales deseos, sentimientos y opiniones con lo que realmente sea su interés⁷²². Indudablemente el interés del menor debe predicarse del propio individuo y no puede identificarse con los deseos o apetencias de terceros ni siquiera con los deseos del propio menor porque como señala la Audiencia

pas susceptible d'appel, elle porte atteinte, de manière discriminatoire, au droit du mineur capable de discernement d'être entendu dans toute procédure le concernant, garanti par l'article 12 de la Convention [relative aux droits de l'enfant]." <http://www.const-court.be/public/f/2010/2010-009f.pdf>

⁷¹⁹ En ese sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, M. R., "Más allá de la educación emocional. La formación para el crecimiento y desarrollo personal del profesorado PRH como modelo de referencia", *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 19(3), (2005), pág. 205.

⁷²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009 de 31 de julio.

⁷²¹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, RAW et AUTRES c. FRANCE, n° 10131/11, 7 de marzo 2013, relativo al contencioso planteado entre dos progenitores, con guarda y custodia compartida, pero con residencia en dos países diferentes: "*La Cour n'ignore pas que l'une des difficultés auxquelles les autorités se sont heurtées tient à l'attitude des enfants eux-mêmes, qui ont clairement manifesté leur refus de retourner en Grande-Bretagne auprès de leur mère. Cette attitude n'était cependant pas nécessairement immuable. Elle observe en outre que, dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye et du Règlement de Bruxelles II bis, le point de vue des enfants doit être pris en compte, mais leur opposition ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour. La Cour juge qu'il y a eu violation de l'article 8 CESDH.*"

⁷²² En este sentido se pronuncia el voto disidente del juez Lemmens en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, RAW et AUTRES c. FRANCE, n° 10131/11, 7 de marzo 2013, en el punto 3.

Provincial de Granada⁷²³ “los intereses del menor, deben prevalecer sobre sus deseos, cuando estos últimos sean contrarios a los primeros”.

Este derecho a ser oído, a participar en los asuntos que le incumben como sujeto de derecho, ya estaba reconocido en el Código civil⁷²⁴, pero sin llegar a ser positivado de una manera autónoma e independiente⁷²⁵. No obstante, tanto en la regulación del Código civil, como en la regulación en otras normas estatales⁷²⁶ y

⁷²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 198/2002, de 12 de marzo, Fundamentos de Derecho cuarto.

⁷²⁴ En relación con las crisis matrimoniales cabe citar el artículo 92.2 del Código civil: “El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”; así como el artículo 92.6 del Código civil, establece que en “todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá (...) oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, (...)”.

En relación con la patria potestad el art. 154.3 Código civil prevé la audiencia del menor, (con un distinto significado al otorgado en el art. 92.2 del Código civil), “Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”, (es necesario que se den dos presupuestos “suficiente juicio” y que la decisión a adoptar por los progenitores “afecte” al menor). El artículo 156 del Código civil prevé la audiencia cuando, en el ejercicio conjunto de la patria potestad, existen desacuerdos entre los progenitores, resolviendo el juez, «quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre» El artículo 159 del Código civil, si los padres viven separados, y no deciden de mutuo acuerdo el progenitor que asume la custodia de los hijos menores: “El juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”, supuesto este distinto del contemplado en el artículo 162.13 del Código civil.

En relación a la adopción el adoptando menor de doce años debe ser oído si tiene “juicio suficiente”, artículo 177.3.3º del Código civil.

La audiencia al menor también está presente en la tutela y en otras instituciones de guarda, en concreto, hay cuatro preceptos que la contemplan, el artículo 231 del Código civil, establece que el juez antes de constituir la tutela oiga al tutelado “si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años” (es una audiencia en sede judicial); el artículo 237.2 del Código civil que regula la posibilidad de ejercicio conjunto de la tutela por varios tutores, y si no existiera acuerdo entre ellos, el juez, “después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente” Por su parte, el art. 248 del Código civil legitima al tutelado para pedir la remoción de la tutela, el juez antes de resolver deberá dar audiencia al tutelado “si tuviere suficiente juicio”. También en sede de tutela, y de acuerdo con el artículo 273 del Código civil el juez ha de oír al tutelado, “si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno» en los supuestos en que sea precisa la autorización judicial para que el tutor pueda realizar los actos incluidos en los arts. 271 y 272 del Código civil y por último, el artículo 280 del Código civil que señala que antes de resolver el juez sobre la aprobación de cuentas de un tutor oiga, entre otros, “a la persona que hubiera estado sometida a tutela”.

⁷²⁵ SERRANO CHAMORRO, E., “El derecho a ser oído tras la nueva L.O. de 15 de enero de 1966”, *La protección jurídica del menor*, SERRANO GARCÍA, I., (coord.), Junta de Castilla y León, 1997, pág.167.

⁷²⁶ Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), Estrasburgo 27 de noviembre de 2008 (Instrumento de Ratificación de 16 de julio de 2010 y en vigor en España desde el 1 de septiembre de 2011) en el artículo 6 en con el epígrafe de *Consulta al menor*: “Si, en virtud de los apartados 1 y 3 del artículo 5, no fuera necesario recabar el consentimiento del menor, éste será consultado en la medida de lo posible y su opinión y sus deseos se tomarán en cuenta según su grado

autonómicas, este derecho a ser oído no está conjugado como un auténtico derecho subjetivo, salvo cuando se establece el criterio objetivo de la edad y, por lo tanto, queda al arbitrio del operador jurídico determinar tanto la conveniencia de ese trámite, como la determinación de su madurez⁷²⁷ para poder expresar su opinión^{728, 729}.

Por otro lado, el derecho a ser oído⁷³⁰ como menor concreto en un proceso que le atañe, se amplía al derecho a participar en el ámbito de la vida ciudadana, enmarcado en el artículo 48 de la Constitución que señala que los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural. En esa misma línea la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña también señala en su Exposición de Motivos, y como uno de los ejes primordiales del estatuto de los menores, el concepto de participación del menor en todo lo que le afecta, ya que ello forma parte de su consideración de ciudadano, señalando que no se puede concebir el diseño de políticas públicas en cualquier

de madurez. Será posible evitar esta consulta si la misma se muestra manifiestamente contraria al interés superior del menor”.

⁷²⁷ Vid. ROLDÁN FRANCO, M.A., “Madurez psicológica del menor para la toma de decisiones”, *Infancia, publicidad y consumo, III Jornadas sobre Derecho de los Menores*, LAZARO GONZÁLEZ, I. E., MAYORAL NARROS, I.V., (coords.), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005, pág. 99.

⁷²⁸ MASSIP, J., “Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice”. - (observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application), *Droit de la famille* n° 9, septiembres 2010, étude 22: “Là encore, il s'agit d'une notion subjective qui doit être appréciée au cas par cas, en fonction de la nature de l'affaire, et qui ne doit pas prendre seulement en considération l'âge de l'enfant. Dans la convention passée entre le tribunal de Nice et l'ordre des avocats de cette ville, il est précisé qu'« il a été convenu de fixer autour de l'âge de sept à huit ans l'âge théorique auquel l'enfant est capable de discernement »^{Note 7}. Cet âge théorique, qui correspond à « l'âge de raison » retenu en droit canon, peut, bien qu'il ne prenne pas en compte le degré de développement variable selon chaque enfant, avoir un sens pour les affaires relatives à l'autorité parentale, qui constituent en réalité le champ normal d'application de l'article 388-1”, pág. 17.

⁷²⁹ Cuestión esta solventada por el Derecho civil francés que ha incorporado al artículo 388.1 del Código civil la audición del menor como un auténtico derecho, y una obligación para el juez, en todas las instancias, que no puede desconocer en cualquier proceso que este el interés del menor en juego, así como las modalidades del trámite de audiencia, o las consecuencias de la misma, *vid.* MARIA, I., “Le mineur: toujours un incapable en matière processuelle”, *Droit de la famille* n° 6, junio 2011, comentario 103.

⁷³⁰ RESWEBER, J.-P., *Questions de soin*, L'Harmattan, Paris, 2012, hace un interesante estudio sobre la manera de expresarse el niño, y como debe ser entendida su palabra: “*Tel est le cercle vicieux du malentendu: L'enfant re-cite l'adulte que le cite, et vice-versa. Quand on interprète une parole d'enfant à la lumière des références d'une parole d'adulte lourde de jugements, est-ce que l'on n'ouvre pas la porte à toutes les dérives et à toutes les erreurs judiciaires que nous avons connues?*”, pág. 58.

ámbito elaborado a espaldas de los individuos afectados por las mismas. En ese sentido, las normativas autonómicas de protección del menor crean y promueven órganos de participación para que los menores puedan hacer efectiva esa participación en la vida pública⁷³¹.

⁷³¹ El II Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia 2013-2016 (II PENIA), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013 cuando establece el marco conceptual, señala que el principio del interés superior del menor “ha de continuar siendo la directriz de los poderes públicos en colaboración con las familias, los propios niños y todos los agentes e instituciones implicadas en el desempeño de políticas y actuaciones integrales y transversales”.

CAPÍTULO SEGUNDO

I LOS ARTÍCULOS 172 Y SS. DEL CÓDIGO CIVIL Y LA POTESTAD ADMINISTRATIVA

En la primera parte de este trabajo, y siguiendo un esquema lógico, hemos pretendido establecer el actual marco del menor en su posición jurídica de sujeto de derecho contextualizado en un Estado social, en su categoría de ciudadano superando su concepción de sujeto pasivo de la protección de la que es acreedor por el hecho de su minoría de edad y otorgándole una situación activa frente a aquellos sobre los que recae la obligación de protección, ya sean estos sus progenitores o el propio Estado, estableciéndose el concepto jurídico del interés superior del menor como elemento aglutinador de todo ello; y ello por considerar que para analizar la institución del acogimiento familiar era preciso tener en cuenta las nuevas orientaciones de la persona del menor, las relaciones entre patria potestad y parentalidad, así como el papel que debe jugar el Estado en la protección específica que se dispensa a determinados menores a través de esta figura, toda vez que la regulación jurídica y la orientación de este recurso está íntimamente relacionada con los contextos políticos, culturales e ideológicos imperantes en el momento de su regulación, tanto del papel que debe jugar la familia en el desarrollo del menor como en la percepción social del grado de intervención que se va a exigir al Estado en el seno de la familia⁷³².

Este segundo capítulo se centra en el acogimiento familiar como una de las técnicas de materialización de la protección que se dispensa al menor a través de los artículos 172 a 174 del Código civil, en su consideración de decisión pública que se cumple en un ámbito privado.

La Sección primera del Capítulo V del Título VII, del libro I del Código civil donde se insertan dichos artículos, no es sino la plasmación en el derecho objetivo de la responsabilidad genérica que el artículo 32⁷³³ de la Constitución atribuye a los poderes públicos en orden a garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia y asegurar los derechos de que son titulares los menores de edad.

⁷³² BASS, D., LERNOUT, Y., (dir.), *Le placement familial en Europe, une question de justice?*, Grape, París, 2000, pág. 6.

⁷³³ Artículo 39 de la Constitución.

De esa abstracción de la potestad política y jurídica del Estado sobre el menor y su familia, establecida a través de su formulación como principios rectores de la política social y económica, el legislador estatal ha concretado unos determinados instrumentos de protección, materializando y definiendo en el artículo 172 del Código civil el ámbito subjetivo y objetivo de las mismas. Ahora bien, la decisión del legislador de introducirlas en el Código civil, cuerpo legal del Derecho privado por antonomasia, no expulsa al poder público y a su Derecho, el Derecho administrativo, de las relaciones jurídicas que surgen de la aplicación de las mismas.

La finalidad de protección de la persona de menor asumida de manera global por el Estado y concretada en el Código civil supone la adjudicación a una Administración pública concreta⁷³⁴ de un título jurídico de potestad administrativa sobre el modelo específico de protección de menores señalado en el artículo 172 del Código civil, habilitando a ese titular la potestad para el ejercicio de acciones concretas sobre aquellos menores que estén en las circunstancias señaladas por los artículos 172 y ss., que actúan como norma habilitante en relación con un determinado menor⁷³⁵.

No es este el momento de realizar un estudio sobre las potestades administrativas, pero sí creo necesario hacer unas puntualizaciones sobre su consideración, dado que la protección del menor establecida por los artículos 172 y ss. del Código civil tiene la consideración de potestad administrativa de Derecho público⁷³⁶ y ello conlleva una serie de consecuencias jurídicas importantes en la

⁷³⁴ Artículo 172.1 del Código civil: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, (...)”.

⁷³⁵ El artículo 2.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado señala: “Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros”; regla aplicable a todas las Administraciones públicas, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., Curso de Derecho administrativo, t. II, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, pág. 455.

⁷³⁶ En este sentido seguimos la posición ya establecida por DE PABLO CONTRERAS que mantenía en relación con el “problema de interpretación era el referido a la naturaleza o conformación jurídica de la tutela de las entidades públicas sobre los menores desamparados. A mi juicio, partiendo de las conclusiones obtenidas ya en lo que atañe a su declaración (por acto administrativo) y a su compatibilidad con la patria potestad y con la tutela ordinaria, había de responderse a este problema interpretativo señalando que la tutela de las entidades públicas era una *potestad administrativa*”, DE

relación que se establece entre el menor y la entidad pública responsable de esa protección limitada por los artículos 172 y ss.

Siendo cierto que como señala GARCÍA DE ENTERRÍA “a la potestad no le corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otro sujeto (normalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad”⁷³⁷, también es pacífico entre la doctrina la afirmación que las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría a lo que se denomina “poder fiduciario”, son potestades-función⁷³⁸, por lo que su situación de poder está condicionada a una situación de deber dado que se le otorga el poder, no en consideración de su propio interés, sino, en nuestro caso, para ser ejercitadas en interés del menor⁷³⁹, y ello supone que las potestades administrativas de las que esta investida la entidad pública deben ejercitarse en interés del menor y, además, la entidad pública está obligada al ejercicio de sus potestades cuando el interés del menor lo exija.

Pero esta consideración de potestad función no implica, desde el punto de vista de las relaciones entre la entidad pública y el menor o su familia, que esta relación no sea de las que la doctrina denomina relaciones jurídico-administrativa de especial sujeción⁷⁴⁰ (o de poder especial)⁷⁴¹ y que la atribución de potestades-

PABLO CONTRERAS, P. V., “Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor: jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi*, PÉREZ ALVAREZ, M. Á., (coord.), Universidad de Coruña, A Coruña, 1997, págs. 49-62, pág. 54.

Posición de la que también se hace eco MORENO FLÓREZ, R. M., “Acogimiento familiar, Dykinson, Madrid 2012, págs. 69-76.

⁷³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., Curso de Derecho administrativo, t. II, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, pág. 452.

⁷³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., Curso de Derecho administrativo, t. II, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, pág. 453, pág. 455

⁷³⁹ Artículos 103 y 106 de la Constitución y artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁷⁴⁰ LÓPEZ BENITEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, las definía como aquellas “relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción de administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en

función a la entidad pública no suponga colocarla en un plano de supremacía jurídica en la que el menor y su familia queda sometido a las decisiones unilaterales que la entidad pública dicte en base a esa potestad^{742, 743}. La posición jurídica del menor, por ende la de sus progenitores o tutor ordinario, en sus relaciones con⁷⁴⁴, es la de

un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”, págs. 161-162.

En relación a las llamadas “relaciones de especial sujeción”, es interesante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 diciembre 2009, (Recurso nº 1198/2008), tipificación de infracciones y sanciones en centros educativos por reglamento: “si en principio, existe una reserva de ley en materia sancionadora, en el supuesto que enjuiciamos, en el que se trata de dirimir si por vía reglamentaria pueden tipificarse y por ende, sancionarse determinadas conductas que puedan ser, en cierta medida, perturbadoras para el buen orden y funcionamiento de los centros docentes, debemos indicar que en esta específica materia existe un singular precedente judicial que abona la tesis que cuando la potestad disciplinaria se proyecta en materia educativa, es preciso examinar el vínculo jurídico que une a los alumnos con el centro educativo, ya que éstos están sometidos a una relación jurídica de especial sujeción”.

Así como la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2002, de 3 de junio de 2002, Fundamento de Derecho 3: “ha de recordarse que reiteradamente hemos declarado que la relación que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario se incluye precisamente entre las denominadas de sujeción especial, pues “el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes ingresan en ella” (...). Y esta relación de sujeción especial se desarrolla precisamente en un concreto centro penitenciario, dentro del cual es necesario “garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro” (...), lo que implica la necesidad de ajustarse a las normas de régimen interior “reguladoras de la vida del establecimiento””.

⁷⁴¹ BRAGE CAMAZANO, J., “Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción”, *Panóptico. Observatorio penitenciario*, 2005, señala con acierto que “conviene subrayar, ya desde el primer momento, que lo que es “especial” no es tanto la relación en sí, cuanto la intensidad de la sujeción, que no es la común de los restantes ciudadanos”, <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/brage.pdf>.

RAMÍREZ, M. L., “Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español”, *Vniversitas*, Bogotá, nº 118, enero-junio, 2009, nos muestra una panorámica muy completa del concepto de relaciones de especial sujeción en la doctrina española, págs. 281-282.

⁷⁴² COSCUELLA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, desde el punto de vista de las relaciones entre la Administración y los particulares, “la atribución de potestades a la Administración supone colocarla en un plano de supremacía jurídica, en el que el particular queda sometido a las decisiones unilaterales de la Administración Pública dictadas en base a una potestad”, aunque matiza que dicha supremacía viene atemperada por el principio de legalidad y por la consiguiente satisfacción de interés general o público, pág. 311.

⁷⁴³ DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, mantiene que en las situaciones de especial de sujeción “la posición del particular es, en consecuencia, la de un particular cualificado por su cercanía a la esfera pública” por eso “la característica más importante de esta situación consiste en que dada su cercanía a los intereses públicos, el particular se encuentra ante unas potestades administrativas expansivas o, en otras palabras, ante la existencia de unos apoderamientos legales implícitos, por lo que, si una determinada actividad se configura, por ejemplo, como servicio público, se aplica automáticamente una serie de potestades administrativas, inherentes a tal calificación, que exceden claramente de las que la Administración ostenta sobre cualquier otro tipo de actividad”, pág. 55.

⁷⁴⁴ Artículo 172 del Código civil, coincidente con la redacción dada a ese artículo por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131,

administrado⁷⁴⁵, aunque con la connotación actual de ciudadano, por lo que incluso en estas situaciones de sujeción es titular de posiciones activas frente a la entidad pública. El menor y sus progenitores o tutores en el marco de los artículos 172 y ss. del Código civil van a ser titulares de una serie de situaciones jurídicas activas o de ventaja o de gravamen o pasivas, situaciones propias de la teoría general del Derecho, pero que, en este contexto, presentan características especiales, en tanto derivan de su relación con una entidad pública que despliega potestades públicas.

En cuanto al origen del título justificativo de esa potestad administrativa de protección específica, partimos de la base de que las potestades administrativas no son inherentes o consustanciales a la Administración, por cuanto “la potestad entraña (...) un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado o medido para una finalidad predeterminada por la propia norma que la atribuye”⁷⁴⁶, lo que conecta a las potestades administrativas con el principio de legalidad, toda vez que es la norma jurídica la que atribuye la potestad a la entidad pública, define esa potestad y establece los límites de la misma. En este supuesto se trata de un “título de gran cobertura”, porque es necesario reconducir varias potestades administrativas a un solo título habilitante⁷⁴⁷ dada la complejidad del ámbito que trataremos, la protección de menores del 172 del Código civil desde la consideración de los servicios públicos.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015: “entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores”.

⁷⁴⁵ DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, prefiere la denominación de “particular”, pero el autor hace la precisión de que se trata de un particular en relación con la Administración, “particular es, en este sentido, quien atiende a sus propios y peculiares intereses en una relación que en la que la contraparte custodia los intereses generales”, pág. 42.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho administrativo*, t. II, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Aranzadi, Cizur Menor, 2008, los autores advierten que también suele calificarse a esta condición en la doctrina alemana “de “relación general del poder” o de “supremacía general” (desde la perspectiva administrativa) o “relación general de sujeción” (desde la perspectiva del administrado)”, su condición de administrado simple refleja su posición puramente genérica de ciudadano, en este sentido, la denominación administrado simple expresa la posición de un sujeto de derecho, en su condición privada, respecto a la Administración propia del binomio genérico poder público-ciudadanos, en las que la Administración se presenta investida de sus potestades generales atribuidas por la Ley por su condición genérica de tal, pág. 21.

⁷⁴⁶ COSCUELLA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 310.

⁷⁴⁷ DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, “a los títulos que justifican por una haz de potestades los denominamos «títulos de gran cobertura»”, pág. 83.

Lo que hace el Código civil es, como Derecho objetivo, atribuir a la entidad pública de manera directa, expresa y específica una potestad administrativa abstracta y general sobre los menores y su familia que se encuentren en unas determinadas circunstancias, no recae sobre una persona determinada sino sobre un ámbito subjetivo abstracto, pero susceptible de ser concretado⁷⁴⁸; por lo tanto, el origen de su título no está generado por una relación jurídica determinada, sino atribuida directamente por el Código civil y consistente en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos; ese origen legal y no negocial supone que “las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación de Derecho objetivo supraordenado al mismo”⁷⁴⁹, el titular de la misma no puede transferirla, y además carece de la potestad, valga la redundancia, de modificar dicha potestad, es decir las potestades son insusceptibles de modificación y a su vez son inagotables, es decir, que no se agotan con su cumplimiento, sino que con su cumplimiento se va confirmando en vez de irse consumiendo y al ser imprescriptibles, pueden ser ejercidas indefinidamente mientras su reconocimiento no desaparezca del ordenamiento jurídico.

Además, tal como se ha configurada la protección del menor por el legislador, la entidad pública debe ejercitar dicha potestad porque le ha sido atribuida por los artículos 172 y ss. del Código civil con la finalidad de garantizar el interés superior del menor y la garantía de ese interés está subordinada a la existencia de una regla de Derecho⁷⁵⁰ que habilite dicha actividad.

⁷⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Aranzadi, Cizur Menor, 2008, “la potestad no se genera en relación jurídica alguna sino que procede directamente de ordenamiento. En segundo término no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas”, pág. 451, los autores también consideran que si la Administración quiere iniciar una actuación concreta sin contar con unas potestades previamente atribuidas por el derecho objetivo, primero deberá promover la modificación de esa legalidad para que le atribuya el título habilitante concreto.

⁷⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho administrativo*, t. II, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, pág. 453.

⁷⁵⁰ CHABERT, C., *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2001, pág. 89. (épigraphe 144).

Este reconocimiento de la potestad pública no finaliza el *iter* de la abstracción a lo preciso, pues aunque ello implica atribuciones concretas a la entidad pública actuables cuando se den las circunstancias señaladas en los artículos 172 y ss. del Código civil, es necesario que se exteriorice la voluntad de la entidad a través de un acto administrativo, que es el que desencadena la relación jurídica individualizada entre la entidad pública y el menor concreto.

Todo ello nos reconduce al principio de legalidad⁷⁵¹, en ese sentido, hay que recordar que las entidades públicas autonómicas de protección del menor, en el marco del 172 del Código civil, solo pueden actuar en los límites de lo dispuesto en su regulación jurídica, “carecen de libertad y están vinculados, por lo tanto, en todo su actuar, de manera positiva, intrínseca y conformadora, al ordenamiento jurídico específicamente referido”⁷⁵², están sujetas al estricto cumplimiento de los fines que les señala la norma concreta aplicable y con sujeción a los procedimientos legalmente preestablecidos⁷⁵³ y con los medios que hayan sido dispuesto por la norma⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014, de 25 de marzo, en su Fundamento jurídico 4, apartado c) “(el principio de legalidad) es igualmente relevante. En él se manifiesta la preeminencia del Derecho, entendido, en este contexto, como la subordinación a la Constitución, así como al resto del ordenamiento jurídico”.

⁷⁵² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 26, 2011, pág. 25.

⁷⁵³ PAREJO ALFONSO, L. J., “Problemas actuales del Derecho administrativo”, *Hacia la modernización del procedimiento administrativo*, Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, (aut.), PAREJO ALFONSO, L. J., (col.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, sostiene que el Derecho administrativo “no puede, sin embargo, escapar a tal destino. Pues su papel nuclear es el de tutela y la protección, de modo que al procurar seguridad general, coarta, constriñe inevitablemente las posibilidades del o de lo protegido. Pero, al propio tiempo, debe cumplir ese papel despejando igualmente las incertidumbres cara al futuro, lo que apunta principalmente a la prevención de riesgos (lo que todavía no es realidad o actualidad), a la regulación de lo nuevo aunque todavía no sea conocido del todo. Al cumplirlo fija sin duda límites y excluye unas posibilidades, pero también abre otras posibilidades y acota riesgos”, pág. 23.

⁷⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho administrativo*, t. II, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R.,: “La legalidad atribuye potestades a la Administración. (...) La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola el efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar simplemente”, Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, pág. 451.

La entidad pública no actúa en este ámbito, ni debe actuar, como un sujeto privado⁷⁵⁵, el hecho de que la protección que debe dispensar al menor esté contenida en el Código civil no habilita a la entidad para comportarse como sujeto privado sometido por lo tanto a Derecho privado. El mandato contenido en el artículo 172 del Código civil atribuye a la Entidad pública la función protectora justo porque este órgano forma parte de la Administración pública⁷⁵⁶, investido de las prerrogativas inherentes al mismo, a las potestades que se derivan del Derecho público y a las que está sometido por el principio básico de que nuestra organización política es la de un Estado de Derecho, además de social y democrático⁷⁵⁷, tal y como dispone el artículo 1 de nuestra Constitución.

Como tal Estado de Derecho, la Constitución garantiza un contenido mínimo del Derecho público propio de la Administración Pública⁷⁵⁸, algunos de los cuales son especialmente relevantes en el contexto de este trabajo, así la Entidad pública como Administración que es actuará sometida con sometimiento pleno a la ley y al Derecho servirá con objetividad a los intereses generales⁷⁵⁹, su actuación debe estar condicionada por los fines que justifican la titularidad de sus potestades⁷⁶⁰, la

⁷⁵⁵ Hay que recordar que la autonomía de la voluntad de las partes, en el Derecho de familia, está también limitada por la defensa de los intereses de, en nuestro caso, los menores, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre de 2012, en su Fundamento jurídico nº 2: “Así, hemos afirmado que, cuando se analizan los procesos judiciales de familia, como es el caso, no cabe calificarlos como «un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara»”.

⁷⁵⁶ MOLANO LÓPEZ, M. R., *Transformación de la función administrativa (evolución de la Administración pública)*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, sostiene que la función administrativa tiene una determinación distinta de las demás funciones del Estado, es una función establecida por la ley para ejecutarse, “de manera que el concepto de ejecutar ha sido una característica de la función administrativa en la actualidad”, pág. 29.

⁷⁵⁷ PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, recuerda que junto a las obligaciones impuestas a la Administración pública por el Estado de Derecho y su materialización en el principio de legalidad no debe olvidarse el planteamiento que supone el Estado democrático, pág. 42.

⁷⁵⁸ Suscribo las palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., “Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo* nº 26 (2011), cuando afirma que “la Constitución española contiene una serie de exigencias insoslayables para cuanto responda a las notas o elementos con los que debe identificarse una Administración pública, que conforman en suma una suerte de Derecho constitucional administrativo, del que ninguna Administración podría ser dispensada sin daño del Estado de Derecho”, pág. 25.

⁷⁵⁹ Tal y como señala el artículo 103.1 de la Constitución.

⁷⁶⁰ Artículo 106.1 de la Constitución.

ineludible obligación de que en su actuación se someta a un procedimiento preestablecido, procedimiento que garantizará la audiencia a los interesados, cuando proceda⁷⁶¹, y ello supone la interdicción de la arbitrariedad en su actividad⁷⁶².

La interacción entre el Derecho civil y el Derecho administrativo a que obligan los artículos 172 y ss. del Código civil no viene sino a reafirmar la esencia del concepto de Estado de Derecho⁷⁶³, que en estos momentos comprende una defensa y garantía de la persona humana y de su dignidad, dignidad, que como ya ha quedado dicho, obliga a los poderes públicos a realizar una actividad positiva de acuerdo con el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, estableciendo las medidas necesarias para hacer reales y efectivos los derechos inherentes al ser humano. Al Estado social le corresponde remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad material así como las condiciones para el libre desarrollo de la personalidad, como condición ineludible de la dignidad del hombre, y en eso consiste la “civilización” del Derecho administrativo, al Derecho que determina el régimen jurídico del poder público de, su organización, actividad y sus relaciones con los ciudadanos, es decir, el que configura y define al Estado de Derecho⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Artículo 105 c) de la Constitución.

⁷⁶² Artículo 9.3 de la Constitución.

⁷⁶³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nº 28499/05, de 29 de noviembre de 2009, VAUTIER c. FRANCE en su punto 59 señala que “*Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l'État des obligations positives inhérentes à un «respect» effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établi, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés (...)*”; y en el 60: “*La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents ; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (...)*”. En la aplicación de los principios el Tribunal señala que la injerencia de los poderes públicos sólo está legitimada cuando el fin que se persigue es legítimo y legal, siendo también preciso que las medidas que se hayan tomado, dentro de un sistema democrático, sean pertinentes y acordes con ese fin, “*L'ingérence dont il est question poursuivait donc un but légitime au regard du second paragraphe de l'article 8: «la protection des droits et libertés d'autrui», (párrafo 62); y “Pour apprécier la «nécessité» des mesures litigieuses «dans une société démocratique», la Cour examinera, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 (...)» (párrafo 65).*

⁷⁶⁴ RESTREPO MEDINA, M. A., “La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho”, *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, v. 5, 2007, sostiene que “La tendencia de constitucionalización del Derecho Administrativo se enmarca dentro de una tendencia más amplia de constitucionalización del Derecho, generada en

En el ámbito de la protección del menor se ha producido el fenómeno de trasvase de instituciones que tenían su origen en el Derecho público al Derecho privado, por tener ambas ramas una finalidad común, la salvaguarda y amparo del menor⁷⁶⁵, pero ello no significa que la Administración en el ejercicio de sus funciones tuitivas pueda comportarse como un sujeto privado y, por lo tanto, sometido a Derecho privado, habida cuenta que las prerrogativas que se conceden a la entidad pública competente en la protección de los menores tienen su razón de ser en la obligación del poder público de controlar, garantizar y asegurar el cumplimiento de los derechos que el Código civil reconoce a los menores, cuando falla⁷⁶⁶ la actuación de los titulares de las funciones tuitivas, progenitores o tutores.

La entidad pública, en el ejercicio de su función protectora, actuará con *imperium*⁷⁶⁷, cuestión distinta es que las prerrogativas⁷⁶⁸ que le corresponde en este ámbito estén atemperadas, y que en su actuación se introduzcan técnicas, ajenas al poder público en épocas anteriores, más propios de la libertad que gozan los sujetos privados de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁷⁶⁹; pero, incluso

virtud del reconocimiento de la Constitución ya no solamente como valor político de creación y organización del Estado sino también como norma jurídica, de aplicación directa e inmediata sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley”, pág. 4.

⁷⁶⁵ Vid. DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit, le problème de l'État*, Boccard, París, 1927, (3ª ed.), defendía que la legitimidad de la soberanía del Estado estaba íntimamente ligada a los derechos individuales de la persona, y estos derechos constituían los límites, conjuraban el peligro de la arbitrariedad del poder público.

En su *Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, La théorie générale de l'État, suite et fin*, Boccard, París, 1928, (3ª ed.), nos encontramos con planteamiento aplicables a nuestro objeto, “es a través del acto administrativo que el Estado realiza su intervención tan activa y frecuente en todos los ámbitos de la vida social (...) es por estos mismos actos que el Estado cumple también con sus deberes de asistencia y protección de los más débiles, de los desgraciados, de los enfermos, deberes que se le reconocen hoy día”, pág. 707.

⁷⁶⁶ La doctrina francesa lo denomina *défaillants dans l'exercice de l'autorité parentale*.

⁷⁶⁷ No dando aquí a esa expresión el significado que tuvo en otras épocas, aunque tampoco supone su eliminación radical, tal y como proponía DUGUIT, cuando señalaba que la actividad del Poder público en ámbitos como la enseñanza, la asistencia, obras públicas, etc., debe estar necesariamente sometida “al Derecho, regulada y disciplinada por un sistema de Derecho público. Pero este sistema no puede estar fundado en el concepto de soberanía (*imperium*), porque se aplica a actos en los que no se advierte ningún rasgo de poder de mando”, DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho, Público y Privado*, Heliasta, Buenos Aires, 1975, pág. 26.

⁷⁶⁸ La *puissance publique* del Derecho público francés.

⁷⁶⁹ En este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013, que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en su Fundamento jurídico 8 señala que es “consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio

reconociéndole por ley la capacidad de celebrar pactos, acuerdos⁷⁷⁰, convenios, contratos en el marco de la asistencia social, etc., la entidad pública seguirá manteniendo las prerrogativas necesarias para cumplir con su obligación, prerrogativas sometidas a Derecho⁷⁷¹.

Siendo cierto que, en el ámbito de protección de los menores, el objetivo que se pretende es alcanzar esa finalidad tuitiva⁷⁷², es decir, obtener como resultado el desarrollo integral del menor de acuerdo con una planificación previa realizada por la entidad pública⁷⁷³, ello no puede llevar a defender que la actuación de la entidad

propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

⁷⁷⁰ Vid., BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Una apuesta por la mediación administrativa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2014.

CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, enero, 2013.

⁷⁷¹ Ello no es óbice para que en un ámbito tan especial como la protección de menores no se tenga en cuenta la necesidad de llegar a acuerdos, y en este sentido la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 7 de marzo 2013, nº 10131/11, RAW et AUTRES c. FRANCE, en su párrafo 93 señala que el Tribunal “*ne met certes pas en cause le choix des autorités de privilégier la voie de la coopération et de la négociation, d’autant moins que l’article 7 de la Convention de La Haye met l’accent sur la nécessité de rechercher une solution amiable. (...) Comme elle l’a souligné précédemment, l’intérêt supérieur des enfants s’oppose en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à leur encontre. La Cour estime cependant que des mesures de cette nature auraient pu être prises à l’encontre de leur père, afin de l’inciter à coopérer d’avantage*”.

⁷⁷² Esa función protectora no puede legitimar cualquier actuación, y en este sentido y salvando las diferencias la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero de 1991, (cuestiones de inconstitucionalidad sobre el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores) en su Fundamento jurídico 7 señalaba que “ni la calificación de las medidas como medidas de corrección y no penas, ni el mayor peso que respecto de ellas cabe atribuir a la finalidad de readaptación social, tampoco ausente de la pena en sentido estricto (art. 25.2 C. E.) permiten entender que el legislador resulte liberado en este caso del obligado respeto al principio de tipicidad, aunque, sin duda, quepa admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social. De acuerdo con todo ello, si el art. 16 L.T.T.M. no fuese susceptible de otra interpretación que aquella que ve en él una simple autorización al Juez para que éste, con absoluta discrecionalidad, califique las conductas y determine, en consecuencia, también con absoluta libertad, las medidas a adoptar, no habría otra alternativa que la de declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad”.

⁷⁷³ GARCÍA TREVIJANO, E., “Constitución española. Sinopsis artículo 103”, diciembre, 2003, (actualizada por MORET, V., 2011) <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>

“Pero que la Administración sea garante del predominio y consecución del interés general o público, no significa que dicha meta pueda alcanzarse por cualquier medio y a cualquier precio. En realidad, habría que distinguir medios y fines”.

pública esté sustentada en el resultado del servicio que se presta al menor y, en su caso, a su familia, servicios a menudo consensuados por los interesados⁷⁷⁴, prescindiendo del procedimiento administrativo⁷⁷⁵ a la que debe estar sujeta por imperativo legal, es indudable que el procedimiento no puede ser un fin en sí mismo⁷⁷⁶, pero la entidad pública no puede obtener ese resultado sin estar

⁷⁷⁴ La idea de contractualización no es nueva en el campo de la acción social, de hecho, los profesionales del Trabajo social han reivindicado esta fórmula en la intervención social, ya que permite la participación activa del usuario de los servicios sociales en la toma de decisiones de la Administración, facilitando así la consecución del objetivo perseguido con el recurso social, y esto para los autores es evidente en el ámbito de la protección del menor, donde la implicación de la familia es clave para la normalización de la situación.

Vid., DE ROBERTIS, C., CARPENTIER, G., CASTILLO-WINTER, S., FALCO, C., *Le contrat: un outil pour le travail social*, Bayard, París, 1993.

CAPELIER F., “Enjeux et particularités de la contractualisation en protection de l’enfance : L’exemple du projet pour l’enfant”, *Sociétés et jeunesses en difficulté*, nº13, Printemps, 2012, la autora, en el análisis del proyecto para el menor que introduce la Ley du 5 mars 2007, de reforma de la protección a la infancia, considera que el documento de compromiso con las medidas de protección impuestas se inscribe en la tendencia hacia la contractualización de la acción social como técnica para cumplir con el objetivo que obliga al sistema de protección a dar una respuesta individualizada a la situación de un menor concreto facilitando por otra parte la participación de los implicados, progenitores, tutores y el propio menor, si tiene edad suficiente, en las decisiones de la Administración que les afecten.

BINGEN, A., LEBRUN, M., “La contractualisation des rapports sociaux à l’épreuve de la subjectivité”, Namur, *Deuxième Congrès International des formateurs en travail social et des professionnels francophones de l’intervention sociale*, Belgica, 3 a 7 julio de 2007: “La contractualisation des rapports entre allocataires sociaux et institutions publiques constitue un nouveau mode d’intervention sociale qui traverse tant le champ de l’aide sociale au niveau local que le champ global de la sécurité sociale. Cette nouvelle forme d’administration du social sur un mode individuel est particulièrement prônée dans le cadre des politiques sociales nationales dites «actives» impulsées par les institutions européennes et internationales. (...) S’opère ainsi progressivement un glissement de l’automaticité et de l’universalité de l’accès aux droits vers un traitement différencié, sélectif et de plus en plus conditionné des bénéficiaires”, págs 1-2. http://www.aifris.org/IMG/pdf/Bingen_Lebrun.pdf

DE ROBERTIS, C., *Fundamentos del trabajo social: ética y metodología*, Universitat de València, Valencia, 2003, en su capítulo 6 “El contrato: una técnica de trabajo social”, analiza esta figura como unos de los recursos de los servicios sociales basada principalmente en la negociación entre los implicados para llegar a un acuerdo respecto al desarrollo de la intervención social, págs. 113 y ss.

HAMZAOU, M., *El trabajo social territorializado: las transformaciones de la acción pública en la intervención social*, Universitat de València, Valencia, 2005, es especialmente crítico con la contractualización de determinados campos de la intervención social, por las contradicciones que subyacen en su planteamiento, “se asume que el contrato tiene un carácter normativo, que se acerca relativamente a los instrumentos normativos clásicos, (...) a la vez que se sitúa al margen de la categorización jurídica”, pág. 157.

⁷⁷⁵ WALINE, J., *Droit administratif*, Dalloz, París, 2012, es indudable que no puede negarse a la Administración un determinado poder discrecional ya que la Administración no puede ser transformada en una suerte de distribuidora automática de decisiones, incluso en los actos más reglados conserva un *minimum* de poder discrecional, eso que se denomina “escoger el momento”, pág. 428 (paragraphe 408).

⁷⁷⁶ Artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, “el contenido de los actos (...) será adecuado a los fines de aquellos”.

sometida a un procedimiento, debiéndose dar un equilibrio entre resultado perseguido⁷⁷⁷ y el principio de legalidad⁷⁷⁸.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, en la segunda parte de este trabajo abordaremos el estudio específico del acogimiento familiar, por ser esta figura la que presenta, a nuestro parecer, mayor complejidad y un más difícil encaje entre la dinámica Derecho público y el Código civil⁷⁷⁹, analizando el acogimiento familiar como servicio público, separándonos de la concepción clásica de que su naturaleza jurídica corresponde a un negocio jurídico típico y complejo de Derecho de Familia⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ ARROYO YANES, L. M., *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, "resulta falsa la contraposición entre actuación correcta jurídicamente y actuación administrativa eficaz, pues el problema de la eficacia administrativa no consiste en optar entre el Derecho o la eficacia, sino en determinar las condiciones en que la actuación de la Administración, siendo conforme a Derecho, ha de ser también efectiva, idónea para la satisfacción real de los intereses generales", pág. 130-131.

⁷⁷⁸ BALBÍN TORRES, E., *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, Fondo Editorial PUCP, 2005, mantiene que "la aplicación de un régimen de supremacía estatal deriva del objeto de la relación jurídica y no de la presencia de la organización administrativa como contraparte. Se reconoce en la Administración Pública una faceta institucional definida por su condición de poder público y ente realizador de los intereses generales. En las relaciones jurídicas articuladas en torno a tal faceta es indudable la actuación directa de un interés público que justifica la aplicación de los principios de derecho administrativo. Pero también es identificable una faceta en la que la Administración Pública, como cualquier otra organización, satisface las necesidades de articulación y desarrollo de sus elementos materiales y personales. Las relaciones jurídicas entabladas en torno de esta faceta tienen como objeto directo la realización de intereses en esencia idénticos a los de otras organizaciones no públicas, y deben someterse a la normativa y a los principios que el ordenamiento prevé para tales situaciones", pág. 223.

⁷⁷⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., "La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores", *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor: Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi*, PÉREZ ALVAREZ, M. Á., (coord.), Universidad da Coruña, A Coruña, 1997, "siendo loable esta pretensión de ajustar la ley a la realidad social, sucede que el de 1987 es el primer texto legal de importancia que no pasó por la Comisión de Codificación. Ello, pero también la improvisación, motivó que lo que eran unas propuestas idóneas no se encontrasen desarrolladas a través de una técnica jurídica correcta. Y acaso ello es también lo que motiva que, a partir de 1987 y respecto de la materia que nos ocupa, el Código civil presentase contradicciones insalvables, adoleciese de indeterminación normativa en relación con gran parte de las figuras asumidas, tuviese incorrecciones técnicas notables, pero, sobre todo, resultase de difícil encaje con ciertos aspectos de la patria potestad y de la tutela que, expresa o tácitamente, resultaban afectados por la reforma de 1987", pág. 25.

⁷⁸⁰ DE PABLO CONTRERAS, P. V. "Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor", *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor: Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi*, PÉREZ ALVAREZ, M. Á., (coord.), págs. 49-62, Universidad da Coruña, A Coruña, 1997, "Ello sólo puede significar, en mi opinión, que la tutela de las entidades públicas sobre los menores en situación de desamparo no era una potestad familiar de Derecho privado", págs. 54-55.

Para ello deberá abordarse la actividad pública en el marco de los artículos 172 y ss. del Código civil, en concreto, la guarda como elemento común a las medidas de protección del Código civil, así como de la configuración de los dos servicios establecidos para su materialización, acogimiento familiar e institucional, debe ser considerada como una potestad administrativa, la determinación del sujeto sobre el que recae la guarda administrativa, así como la actuación de la Entidad pública en la determinación de la situación jurídica del menor que va a implicar la asunción de la guarda, que supone la incoación de un procedimiento administrativo, y los servicios⁷⁸¹ públicos necesarios para la materialización y ejercicio de la guarda, analizando no sólo los establecidos en el Código civil, acogimiento institucional y familiar, sino también en aquellos que consideramos necesarios para hacer efectiva la protección en el marco del 172, a saber los puntos de encuentro y la mediación.

Así mismo, hay que precisar que la aplicación de los artículos 172 y ss. del Código civil tiene como consecuencia el establecimiento de una relación jurídica entre el menor, la entidad pública y los acogedores e, incluso, en el caso de la guarda administrativa es una relación jurídica a cuatro bandas, ya que son sujetos de la misma también los progenitores o el tutor, constituyendo relaciones jurídicas conexas, pero aún más complejas pues, dependiendo de la situación jurídica del menor, no se dan en relación con derechos subjetivos en sentido estricto, sino sobre potestades.

⁷⁸¹ DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho, Público y Privado*, Heliasta, Buenos Aires, 1975. Para el autor existe una “correspondencia íntima entre la posesión de poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios” públicos, pág. 34.

II EL ACOGIMIENTO FAMILIAR COMO RECURSO DE PROTECCIÓN

1. EL ACOGIMIENTO DEL MENOR Y LAS ESTRUCTURAS DE SUSTITUCIÓN DE LA FAMILIA DE ORIGEN

Desde un punto de vista jurídico, el acogimiento de un menor hace referencia a una figura jurídica ligada a una medida de protección de un menor concreto establecida por las autoridades públicas competentes que implica la salida obligatoria del menor del hogar familiar y su colocación al cuidado de una persona, física o jurídica que asegure la atención necesaria y adecuada para su educación, bienestar y desarrollo integral.

Por lo tanto, por lógica, el acogimiento de un menor requiere de la necesaria existencia de una “estructura de sustitución”⁷⁸² de la familia de origen, de un recurso residencial dando a esta palabra un sentido amplio⁷⁸³, destinado a acoger al menor para proporcionarle las condiciones adecuadas a dicha finalidad.

La atención y cuidado de los niños, y aquí si cabe la utilización del término niño ajeno al Código civil⁷⁸⁴, en un entorno distinto al de su familia de origen no es, en absoluto, una práctica novedosa; históricamente encontramos culturas en las

⁷⁸² DELAPORTE-CARRÉ, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008, pág. 145 (epigrafe 224).

⁷⁸³ Decreto foral 69/2008, 17 de junio, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales de Ámbito General, en su artículo 2.4 entiende por servicio de atención residencial aquel “que se desarrolla en Centros o en su caso familias, que pasa a ser residencia efectiva de la persona, bien temporalmente, bien a largo plazo, ofreciendo alojamiento, manutención y otras actividades especializadas de habilitación o rehabilitación, atendiendo a las características de la persona atendida”.

⁷⁸⁴ Hay que recordar que todas las medidas asistenciales y normas jurídicas, anteriores a las Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, estaban dirigidas a los niños y a la infancia, y cada, no a los menores de edad civil, y cada norma establecía el límite de edad que consideraba oportuno en función de su objeto, así La Ley del 12 de agosto de 1904 de Protección de la Infancia y Represión de la Mendicidad, (Gaceta, 17 de agosto), en su artículo 1: “Quedan sujetos a la protección que esta Ley determina los niños menores de diez años”. La Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años de 23 de Julio de 1903 (Gaceta de 2 de Agosto), como reza su título solo protege a los menores de dieciséis años.

cuales la atención al niño corría a cargo de “estructuras de cuidados”⁷⁸⁵ distintas a la formada por los progenitores, y esto ha sido así por razones educativas⁷⁸⁶, laborales o por desvalimiento o abandono del niño por los progenitores⁷⁸⁷, a estas razones,

⁷⁸⁵ La expresión “estructura de cuidado” es utilizada en textos oficiales tales como el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 3 de marzo de 2008 sobre la consecución de los objetivos de Barcelona sobre las estructuras de cuidado de los niños en edad preescolar [COM(2008) 638 final.

⁷⁸⁶ PRAZ, A.-F., *De l'enfant utile à l'enfant précieux. Filles et garçons dans les cantons de Vaud et de Fribourg (1860-1930)*, Antipodes, Lausanne, 2005, la autora se plantea la evolución de la tasa de natalidad y su influencia en evolución de la preocupación de los padres desde la cantidad de hijos a la calidad del hijo, del hijo útil para la economía familiar a la consideración del hijo “*précieux*” como elemento de ascensión social, a través de la inversión realizada en su educación, y aunque el estudio se realiza en relación a la realidad suiza, es perfectamente aplicable a la evolución de la infancia en occidente.

⁷⁸⁷ En general, *vid.*, ARIÈS, P., *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1987; ARIÈS, P., DUBY, G., *Historia de la vida privada*, Taurus, (5 volúmenes), Madrid, 1990, “El nacimiento de un romano no se limitaba a ser un hecho biológico. Los recién nacidos no vienen al mundo, o mejor dicho no son aceptados en la sociedad sino en virtud de una decisión del jefe de familia. (...) La criatura que su padre no ha levantado, se verá expuesta ante la puerta del domicilio o en algún basurero público; lo recogerá quien lo desee. Lo expondrán también si el padre, ausente, había ordenado a su mujer encinta que lo hiciera”, pág. 23 del T. I; DEMAUSE, LL., *Historia de la infancia*, Alianza, Madrid, 1982; GOODY, J. (1983). *La familia y el matrimonio en Europa*, Herder, Barcelona, 1986; PANCERA, C. *Historia de la infancia*. PPU, Barcelona, 1995; POLLOCK, L. A., *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

Respecto al trabajo, *vid.* APILLUELO, M., *La relación del trabajo del menor de edad*, CES, Madrid, 1999; BORRÁS LLOP, J.M., (dir.), *Historia de la infancia, en la España contemporánea. 1834-1936*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales- Fundación German Sánchez Ruipérez, págs. 227-311; IPLAND, J., PARRA, D., “La infancia trabajadora: una reflexión histórica sobre el preaprendizaje en la “Escola del Treball” de Barcelona”, *La infancia en la historia: espacios y representaciones*, DÁVILA, P., NAYA, L.M., (coords.), Consejería de Educación, Universidades e Investigación del País Vasco, San Sebastián, 2005; RUIZ RODRIGUEZ, C., “Trabajo infantil y educación. Algunas claves historiográficas y documentales”, *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días*, XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009, BERRUEZO ALBÉNIZ, M. R., CONEJERO LÓPEZ, S., (coords.), V. 2, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2009, págs. 537-548, PANCERA, C., “L’infanzia laboriosa: il rapporto mastro-apprendista”, *Il bambino sociale. Privatizzazione e deprivatizzazione dell’infanzia*, Becchi, Milán, 1979, pág. 77-113.

En relación con los aspectos educativos y psicológicos, *vid.*, DELVAL, J., GÓMEZ, J.C., “Dietrich Tiedemann: La psicología del niño hace doscientos años”, *Infancia y Aprendizaje*, nº 41, 1988, págs. 9-30; FERRARI M., PISERI, F. “Scolarizzazione e alfabetizzazione nel Medioevo italiano”, *Reti Medievali Rivista*, 14, 1 (2013) Firenze University Press, págs. 314-350; GONCALVEZ, D., FRANCO, F., “De la niñez como noción cultural a las pautas de crianza. Notas para una antropología de la educación inicial”, *Anuario GRHIAL*, nº 3, Universidad de Los Andes, Mérida, enero-diciembre, 2009, págs. 69-104, “los niños son considerados solamente familia de la madre y no del progenitor, en correspondencia con una filiación matrilineal; es decir, la familia del niño es la familia de la madre. Aunque la relación del padre puede ser en algunos casos estrecha y amistosa, no se considera que este sea el padre “real”, esta figura generalmente lo asumen los hermanos de la madre, como sucede con los wayü en Venezuela. De esta manera, la relación biológica paterna, basada en la sangre y la cópula sexual — indudable para nosotros— no existe para estos grupos, pues el hombre no contribuye para nada, o casi nada, en la procreación y en la formación del niño”, pág. 74; JOLIBERT, B., *L'enfance au 17e siècle*, Vrin, Paris, 1981; PANCERA, C., *L'educazione dei figli - il Settecento*, La Nuova Italia RCS, Scandicci, Florencia, 1999; VILLA PRIETO, J., “La educación de los niños pequeños en el ámbito familiar durante

hay que añadir la existencia de la cultura de solidaridad entre los miembros de los grupos familiares más o menos extensos, que suponía la asunción del cuidado de los niños por los ascendientes (solidaridad vertical) o por los hermanos de los progenitores o del propio niño (solidaridad horizontal), asumiéndolo en el espacio físico de sus propios domicilios.

Lo que es relativamente moderno, ya que se configura principalmente a partir del siglo XVIII, es que el cuidado y atención de los niños desvalidos o abandonados, con indiferencia de la mayor o menor voluntariedad en la acción u omisión de los padres, fuese una cuestión organizada de carácter público⁷⁸⁸ y que con la separación Iglesia-Estado se constituyese en una responsabilidad del Estado enmarcada en su incipiente acción prestacional⁷⁸⁹, que responde ante ella no solo con una batería de normas jurídicas para reglamentar la institucionalización de estos niños, sino también con la consiguiente creación y dotación de centros destinados a cumplir con la obligación de protección. En nuestro país el punto de arranque de esta nueva orientación puede situarse en la Constitución de 1812 que estableció las bases de una concepción novedosa de lo que actualmente llamaríamos acción social pública⁷⁹⁰.

la Edad Media tardía: aspectos teóricos”, *Tiempo y sociedad*, nº 6, 2011-2012, págs. 79-122, sobre la educación en las familias aristocráticas, la instrucción de los varones, a partir de los siete años, suele consistir en “ ser enviados a la casa de un instructor humanista, profesionales de la enseñanza que acogen en sus viviendas a muchachos dispuestos a aprender las artes liberales y las nociones básicas de la filosofía teológica. (...) No obstante, el lugar preferido por los miembros de la alta nobleza es la propia casa del rey”, pág. 99.

⁷⁸⁸ En épocas históricas anteriores, el cuidado y atención de los pobres, huérfanos o abandonados, e enfermos corre a cargo de la confesiones religiosas, pero es destacable la promulgación de la Real Cédula 11 de 1796, sobre la reglamentación de los establecimientos benéficos, estableciéndose una regulación específica de los expósitos, y el cambio significativo de enfoque, entendiéndose a partir de mediados del siglo XVIII que la asistencia de pobres y huérfanos es una cuestión de responsabilidad de la Corona.

⁷⁸⁹ La Constitución de 1812 en su artículo 6 disponía: “La beneficencia nos obliga a prestar al desvalido aquella protección que deseáramos tener si ocupásemos el lugar suyo”; en el artículo 321 dispone que “Estará a cargo de los Ayuntamientos. Cuidar de los hospitales, hospicios (...) y demás establecimientos de beneficencia...” y el artículo 335 establece la obligación de las Diputaciones Provinciales de “Cuidar de que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objeto (...), articulado que demuestra el intervencionismo estatal en la asistencia social.

⁷⁹⁰ La consideración jurídica de la beneficencia pública como servicio público puede consultarse en ARIAS MIRANDA, J., *Reseña histórica de la Beneficencia Española*, Impresa del Colegio de Sordomudos y de ciegos, Madrid, 1862;

HERNÁNDEZ IGLESIAS, F., *La Beneficencia en España*, Tomo I-II, Establecimientos tipográficos de Manuel Minuesa de los Ríos, Madrid, 1876;

Ello supone un gran salto cualitativo, de la responsabilidad ética, moral o religiosa de la sociedad civil a la responsabilidad pública a través de la atención residencial, en la que se educaba y cuidaba a estos niños. El nuevo paradigma exigió una estructura pública organizativa importante, de una incipiente profesionalización del personal de los servicios de protección y de una coordinación entre los distintos niveles públicos implicados en la protección del menor,

Pero en este cambio conceptual, el poder político requirió siempre de una imprescindible participación de la iniciativa privada, es decir, en nuestro contexto el poder público nunca se planteó el servicio de institucionalización de los niños en exclusividad⁷⁹¹, pero sí como una responsabilidad del Estado, responsabilidad que ejercía directamente a través de su propia infraestructura e indirectamente en el ejercicio de su acción de policía sometiendo a la acción privada a una reglamentación.

Es en la regulación de la institucionalización de los niños abandonados o expósitos donde se encuentra el germen de la figura legal del acogimiento familiar, ya que se contemplaba la posibilidad de que estos niños institucionalizados fuesen

GARRIDO FALLA, F., *“La beneficencia general y particular. Situación y perspectiva”* en *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*, BOE, Madrid, 1967.

DE POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración del Sr. D. José de Posada Herrera. Estudios sobre la beneficencia pública, v. II, Madrid, 1845*; reedición Universidad de Oviedo y Universidad de León, Servicio De Publicaciones, 1995.

MARTÍN MATEO, R., *Guía de actividades públicas asistenciales. La asistencia social como servicio público*. Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, 1967.

ARENAL, C., *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Imprenta del colegio de Sordo-Mudos y Ciegos, Madrid, 1861.

FERNÁNDEZ RIQUELME, S., “Los orígenes de la Beneficencia. Humanismo cristiano, Derecho de pobres y Estado liberal”, *La Razón Histórica*, Instituto de Estudios Históricos y Sociales, nº 1, 2007, págs. 12-30.

En relación con la evolución hacia los servicios sociales:

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *Régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Bilbao, 1992.

MARTIN MATEO, R., “Sobre el concepto de asistencia social”, VV. AA., *Problemas fundamentales de Beneficencia y asistencia social*, Ministerio de la Gobernación: Colección Estudios, Madrid, 1967;

PERDOMO CEJUDO, J.G. “Asistencia Social y Beneficencia: evolución, situación actual y perspectivas”, VV. AA., *De la beneficencia al bienestar social. Cuatro siglos de acción social*, Consejo General de colegios oficiales de diplomados en trabajo social y asistentes sociales- siglo XXI, Madrid, 1988, págs. 281-295.

RUBIO NOMBIELA, G., *“Caridad, Beneficencia y Asistencia social”*, VV. AA., *Problemas fundamentales de Beneficencia y asistencia social*, Ministerio de la Gobernación: Colección Estudios, Madrid, 1967.

⁷⁹¹ La responsabilidad pública se derivó hacia las entidades locales, que eran las encargadas de la beneficencia en su territorio y de la colaboración con las entidades eclesiásticas.

entregados a personas físicas para que realizasen directamente la labor de crianza, educación y formación laboral en su domicilio, canalizándose desde el poder público la colaboración de la sociedad civil, auténtica piedra angular de la institución del acogimiento familiar⁷⁹².

2. COMPLEJIDAD DE LA FIGURA LEGAL DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Antes de abordar su conceptualización del acogimiento familiar, es necesario precisar la dificultad que plantea el análisis de su regulación legal, en realidad constituye un conjunto complejo de varios subsistemas⁷⁹³, con los cuales se relaciona presentándose problemas prácticos de difícil solución, como se pondrá de manifiesto a lo largo de la exposición. En este sentido podemos decir que el acogimiento familiar responde a un difícil mecanismo de conceptos previos, parafraseando a SANTAMARIA PASTOR creo que puede decirse que el acogimiento familiar “es un puzle endiablado compuesto, en su estructura básica, por un conjunto de piezas cada una de las cuales puede combinarse entre sí”⁷⁹⁴, agravado por la inconcreción de los conceptos jurídicos implicados en esta técnica de protección del menor, incluido el propio término de acogimiento.

⁷⁹² El Preámbulo del Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo en Castilla y León, señala que “su eficacia depende directamente de los recursos humanos que resulten de la expresión de la solidaridad de familias o personas dispuestas a dispensar temporalmente a un menor la atención que precise, integrándole en su propio hogar”.

⁷⁹³ BÉJAR, A., “Los lugares de la madre (el trabajo en red de seguimiento terapéutico de niños institucionalizados)”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, 2010, nº 49, págs. 101-113: “En la infancia en riesgo social, es obvio que el papel y función de los cuidadores adquirirá un carácter y relevancia fundamental, y que debemos poner énfasis en observar y comprender para favorecerlos, los procesos de vinculación que se dan entre niño y cuidador. Ahora bien, la variabilidad de situaciones familiares es enorme, así como de avatares en la biografía de estos niños que constituyen un rompecabezas muchas veces difícil de armar. En muchas de estas situaciones, junto a cuidadores, habrá familiares (en distinto grado de implicación presente e histórico), amigos, adultos que han tomado parte en proyectos de convivencia, responsables de organismos institucionales”, pág. 103, “la idea es que la familia, en este caso, está constituida por un conjunto de agentes, con diversas funciones, junto a la familia biológica, en donde las funciones esenciales normativas quedan repartidas y deben ser reestructuradas y apoyadas de diversa forma para conseguir un equilibrio promotor del crecimiento”, págs. 103-104.

⁷⁹⁴ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2009, cuando se refiere a los contratos administrativos, pág. 173.

En esta figura, como ya se ha puesto de relieve, se entremezcla principios y valores jurídicos y extra jurídicos, normas de Derecho civil con normas de Derecho público, una multiplicidad de intervinientes todos ellos titulares de diversas potestades, derechos y obligaciones, no siempre fáciles de delimitar y, en muchos casos, con intereses sociales y jurídicos contrapuestos, una deficiente y dispersa legislación, y todo ello converge hacia la finalidad última de este recurso, el proporcionar al menor que ha debido ser separado de sus progenitores o tutor como consecuencia del comportamiento negativo de estos y por lo tanto que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, un hábitat donde pueda alcanzar un desarrollo integral, a través de su ubicación en un domicilio particular al cuidado de las personas que lo habitan, por considerar que esta medida de protección específica es la más ajustada a su interés superior.

En primer lugar, en el acogimiento familiar se interrelacionan dos ámbitos que en principio pudieran parecer opuestos⁷⁹⁵, el ámbito de lo público y el de lo privado, es evidente que el acogimiento familiar en nuestro ordenamiento jurídico deriva de una decisión de carácter público, es la entidad pública la que determina la persona o personas que van a ser acogedores⁷⁹⁶, los acogedores son los agentes de

⁷⁹⁵ FABLET, D., "L'émergence de la notion de parentalité en milieu(x) professionnel(s)", *Revue Sociétés et jeunesse en difficulté*, n° 5, printemps 2008, en su epigrafe 23 sostiene que "À la dissymétrie qui caractérise fondamentalement le rapport entre professionnels et familles, s'ajoute la complexité des dispositifs institutionnels dans lesquels se situent les organisations de suppléance familiale chargées de l'accueil des enfants. Que ce soit en amont, durant ou après le placement, les familles rencontrent une multiplicité d'intervenants. À qui s'adresser et quel type d'attitude avoir face à des interlocuteurs aussi nombreux, pas toujours d'accord entre eux, et dont les attributions ne se laissent pas facilement circonscrire, quand elles ne se chevauchent pas, ce qui est, le plus souvent, source d'incompréhension et de malentendus ?"

Y en el 24 "La complexité et l'opacité des dispositifs institutionnels de protection de l'enfance constituent un obstacle pour les parents mais également pour les professionnels. Dans un domaine où les partages de compétence sont délicats, il existe nécessairement des rivalités entre instances, en l'absence de règles établies pour la coordination des différents services. De plus, et plus particulièrement depuis les lois de décentralisation, il revient aux professionnels de s'entendre localement afin d'organiser eux-mêmes modalités et procédures les plus à même d'assurer la complémentarité, a priori souhaitable, de leurs actions respectives. Les variations peuvent se révéler importantes d'un département à l'autre, dans la mesure où les départements sont libres d'organiser comme ils l'entendent leurs services, de les gérer directement ou de passer convention avec des organismes publics ou privés... On trouve donc des configurations sensiblement différentes suivant les départements et, partant, des modalités de coordination entre services et professionnels plus ou moins heureuses".

⁷⁹⁶ El artículo 172.3 del Código civil "el acogimiento familiar se realizará por la persona o persona que determine la Entidad Pública", en el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales,

un mandato público que consiste en recibir a un menor cuya guarda es titularidad de la entidad pública para cuidarlo y educarlo de acuerdo con las obligaciones que le vienen impuestas por la Ley, “velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”⁷⁹⁷; pero ese servicio se realiza en un ámbito perteneciente al núcleo más íntimo de la esfera privada de una persona, su hogar familiar, el menor se integra⁷⁹⁸ en la intimidad de la familia de acogida, supone “la plena participación de menor en la vida familiar”⁷⁹⁹.

En este sentido, es indudable que el acogimiento familiar se plantea como figura jurídica cuya finalidad es regular relaciones humanas propias de la sociabilidad de todo ser humano, y en mayor medida de un menor de edad, que forman parte del contenido de los derechos de la personalidad de los que es titular el menor de edad, tales como su desarrollo físico, emocional, intelectual y afectivo, en definitiva, regula el desarrollo integral de la personalidad de un menor, que por circunstancias, requiere de una medida de protección que supone su separación de sus progenitores.

Otra de sus dificultades es que, como ya hemos apuntado, el primer contenido del interés superior del menor es el derecho a crecer y ser educado en el seno de su familia, este derecho es superior a cualquier otra, lo que supone que no puede analizarse ese interés del menor como un interés contrario al de la familia, sino coincidentes en la medida que ello sea posible, porque como mantiene MARTÍN HERNÁNDEZ en la determinación del interés del menor debe establecerse una priorización y en ella los vínculos afectivos-familiares merecen un rango superior al de otras categorías como el bienestar social o social que la familia pueda proporcionar, “la vida en el seno de la propia familia tiene unas ventajas exclusivas

Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, desaparece esta expresión del Código civil, y es en el modificado artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1996 donde podemos encontrar una expresión equivalente “El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la entidad pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la familia para el acogimiento”.

⁷⁹⁷ Artículo 173.1 del Código civil.

⁷⁹⁸ BARTHASSAT, A., “La política de integración en Ginebra y sus repercusiones”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, 1991, nº 11-12, págs. 41-58, “Integrar es acoger, recibir, incorporar. Integrarse es formar parte activamente de un grupo. Asegurar las condiciones de una integración activa no es, por tanto, simplemente colocar a un niño diferente entre los otros, sino que es también permitirle ser un verdadero miembro del grupo, desarrollando y consolidando su identidad, con sus diferencias y sus semejanzas”, págs. 45-46.

⁷⁹⁹ Artículo 173.1 del Código civil.

que obligan a hacer el máximo esfuerzo para preservar la crianza del niño en su hogar”⁸⁰⁰, lo que implica que, cuando la separación de sus progenitores es inevitable para garantizar el libre desarrollo de la personalidad del menor, el menor, salvo que eso sea contrario a su interés, tiene derecho a que sea una medida temporal, a que se posibilite su retorno, y por supuesto, tiene derecho a seguir manteniendo las relaciones con sus progenitores, porque “en la medida de acogimiento familiar hay una previsión de contactos entre el niño o la niña y su familia que son particularmente importantes y necesarios en los casos en que la reintegración a su familia sea una alternativa en el horizonte. Esto implica el establecimiento de un régimen de visitas, el contacto más o menos frecuente con sus familiares, la necesidad de integrar a la familia de origen dentro del plan de intervención profesional y dentro de las relaciones entre el menor o la menor y su familia acogedora (preparación de las visitas, por ejemplo, o bien elaboración posterior de las experiencias que en ellas hayan ocurrido)”⁸⁰¹.

A esta dificultad hay que añadirle la parca y no siempre correcta regulación contenida en el Código civil, así como las deficiencias que presentan las legislaciones específicas dictadas por las Comunidades Autónomas, cuestiones estas que tampoco han sido resueltas de manera clara y contundente por la jurisprudencia o la doctrina, entre ella la determinación de su naturaleza jurídica.

Como ya queda expresado, es indudable que todo acogimiento es una forma de separación del menor de la familia de origen; pero ¿toda separación del menor de su familia de origen es acogimiento?

En este sentido, ni los textos legales internacionales ni la normativa estatal presentan una definición de acogimiento⁸⁰² y la doctrina se enfrenta a su

⁸⁰⁰ MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil*, Pirámide, Madrid, 2005, pág. 25.

⁸⁰¹ PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*, Observatorio de la Infancia de Andalucía, Junta de Andalucía, Granada, 2014, para este autor el acogimiento familiar es “tal vez la medida más compleja dentro del sistema de protección de la infancia en situación de riesgo o de desamparo” y “presenta, pues, una diversidad de opciones y circunstancias que no se dan ni en las condiciones usuales de vida familiar, ni en la adopción”, págs. 14-15.

⁸⁰² Y por otro lado, el término acogimiento no es exclusivo de las medidas de protección del menor ya que también es utilizado en las legislaciones autonómicas para denominar al recurso social de acogimiento de personas mayores y como denominación de la regulación que algunas Comunidades con derecho civil propio han realizado del contrato privado que se corresponde al

conceptualización de manera sectorial, en función del ámbito social o jurídico que afecte al menor, aunque todas tienen un denominador común, el acogimiento es un término que se refiere a la situación de un menor que vive fuera de la unidad familiar que forman sus progenitores. Partiendo de esta base común y del análisis de sus características esenciales podremos abordar el concepto del acogimiento familiar regulado en el Código civil, teniendo en cuenta la dificultad de este empeño, dado que, como nos hemos referido de manera reiterada a lo largo de este trabajo, el lenguaje jurídico utilizado en las normas de protección del menor no es siempre lo coherente y uniforme que cabría exigir en la regulación jurídica de ámbitos que afectan a la dignidad de los menores y de sus familias, así como a sus derechos fundamentales cuando es necesaria su separación por estar en peligro el desarrollo integral de un menor.

Expuestas estas consideraciones, creo necesario hacer un breve repaso sobre la regulación de esta institución en los textos jurídicos internacionales así como en los ordenamientos jurídicos de otros países, para finalizar analizando su plasmación en nuestra legislación, institución que, salvando diferencias, recibe la denominación genérica de “*placement*” en los textos internacionales para referirse a la colocación del menor en un espacio que no es su domicilio familiar y de *famille nourricière* para el acogimiento familiar en concreto, y de “*foster care*” en inglés, “*affidamento familiare*” en el ordenamiento jurídico italiano, en francés “*placement familial*”, que se corresponde, con matices, con el denominado acogimiento familiar del Derecho español⁸⁰³.

contrato de alimentos del Código civil regulado en los artículos 1791 a 1797; así en su artículo Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores de Cataluña, en su artículo 1.1 define el acogimiento familiar de personas mayores como “*la vinculación de una persona o una pareja casada o unida de manera estable, o una familia monoparental, por razón de la edad o bien de una discapacidad, a una persona o a una pareja casada o unida de manera estable, que deben ser más jóvenes, si la acogida es por razón de la edad, que los aceptan en condiciones parecidas a las relaciones de parentesco y a cambio de una contraprestación.*”

⁸⁰³ Vid., COLTON, M. J., HELLINCKX, W., *La atención a la infancia en la Unión Europea. Guía por países sobre acogimiento familiar y atención residencial*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993, que a pesar de los años transcurridos sigue constituyendo una guía útil para el análisis del recurso del acogimiento familiar en 15 países que conformaban en ese momento la Unión Europea.

3. REFLEJO JURÍDICO DEL CONCEPTO DE ACOGIMIENTO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO

En relación a la consideración del acogimiento en la Convención Internacional de Derechos del Niño, la primera cuestión que se plantea es la reiterada presencia de este término en dicho texto y, sin embargo, la ausencia de una definición.

Así, la Convención Internacional de Derechos del Niño hace referencia explícita al “*placement*”, traducido al español por colocación o acogimiento⁸⁰⁴, en los artículos 20⁸⁰⁵, 21⁸⁰⁶, y 40^{807, 808}.

⁸⁰⁴ Hay que tener en cuenta, que en el texto original de la Convención de Derechos del Niño, se utiliza la expresión “*placement*” como colocación del niño o acogimiento, y “*placement dans une famille*”, o “*placement dans une famille nourricière*” ha sido traducida al español como “colocación en hogares de guarda”, desde mi punto de vista de manera incorrecta.

⁸⁰⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículo 20:

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

⁸⁰⁶ El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se refiere a la adopción, y literalmente habla de la “colocación” del adoptado en la familia de origen, en concreto en la letra d): “*Prendent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d’adoption à l’étranger, le placement de l’enfant (...)*”.

⁸⁰⁷ El artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en relación con los derechos del menor infractor, en su punto 4: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, (*placement familial*) los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

⁸⁰⁸ *Vid.*, la Resolución de las Naciones Unidas 41/85 de 6 de febrero de 1987 Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños en la adopción de niños.

Consejo de Europa, Resolución (77) 33, de 3 de noviembre de 1977 sobre Acogimiento de Menores.

Con la concreción de las características que se atribuyen al acogimiento de menores, la Convención ha sentado las bases⁸⁰⁹ sobre las que el legislador de los distintos países han ido configurando a esta institución, así considera al acogimiento como un recurso que solo puede ser admitido cuando se han demostrado ineficaces las medidas preventivas o alternativas de protección del menor en el seno de la familia, ya que se parte de la consideración del derecho del menor a vivir con su familia como derecho fundamental⁸¹⁰, por lo tanto solo cabe adoptar una medida de acogimiento cuando el interés superior del menor lo exige, y debiendo actuarse con la necesaria transparencia y respeto a la legalidad.

Y en relación a la pregunta que efectuábamos es indudable que desde el análisis de la regulación del acogimiento en la Convención Internacional de Derechos de Niño, en concreto en su artículo 9⁸¹¹, en relación con el artículo 25⁸¹², la

⁸⁰⁹ Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los planos Nacional e Internacional, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, artículo 4: “Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva -adoptiva o de guarda (*famille nourricière*)- o en caso necesario, una institución apropiada”.

⁸¹⁰ La Convención de Derechos del Niño hace una recepción de lo establecido al respecto en otros cuerpos legales internacionales, entre otros:

La Declaración de los Derechos del Niño de 1956, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”

El artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos que recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”;

El artículo 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Político, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966, Nueva York: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁸¹¹ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989:

respuesta debe ser positiva, dado que, en realidad, la Convención utiliza un concepto muy amplio de acogimiento, entendiéndola como toda medida de atención y cuidado de un menor fuera de su unidad familiar cuando sea imposible, por diversas razones, mantener al menor en la misma, y por lo tanto comprensivo de todas aquellas instituciones públicas o privadas que asumen el acogimiento de un menor; por lo tanto, en sentido lato, puede entenderse como incluidos en el término acogimiento a: los acogimientos familiares y los institucionales, los acogimientos realizados por resolución administrativa o judicial, como los realizado por decisión de personas privadas; y, a la vez, la Convención reconoce dicho recurso para una diversidad de situaciones en las que pueden encontrarse los menores y que puedan ser objeto de un acogimiento: los menores que carecen de progenitores, o que existiendo no cumplen con sus funciones, (artículo 20⁸¹³); los menores

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

⁸¹² Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículo 25: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado (*à l'enfant que a été placé par les autorités*) en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

⁸¹³ Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículo 20:

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

refugiados (artículo 22); los menores con discapacidad (artículo 23); los menores adoptados (artículo 21⁸¹⁴); los menores con problemas de salud física o psíquica (artículo 24); los menores que requieran de una recuperación física y psicológica y su reintegración social, por haber sido víctima de cualquier tipo de abandono, explotación o abuso (artículo 39), menores privados de libertad (artículo 37 y artículo 40⁸¹⁵).

4. SU REGULACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Prácticamente todos los Estados tienen regulado esa institución siguiendo, como no podía ser de otro modo, las directrices señaladas por los Convenios internacionales sobre derechos y protección de los menores, pero utilizando la concepción restringida de acogimiento como aquel recurso que debe proporcionar el Estado al menor sometido a una medida de protección específica cuando la convivencia del mismo con su familia de origen sea imposible o inadecuada poniendo en peligro la salud, la seguridad, la moral del menor o de comprometer gravemente su educación o su desarrollo físico, psíquico afectivo, intelectual y social⁸¹⁶, y cuyo interés superior sea el de incorporarse a una estructura familiar alternativa a fin de garantizar sus indemnidad.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

⁸¹⁴ El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se refiere a la adopción, y literalmente habla de la “colocación” del adoptado en la familia de origen, en concreto en la letra d): “*Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d’adoption à l’étranger, le placement de l’enfant (...)*”.

⁸¹⁵ El artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en relación con los derechos del menor infractor, en su punto 4: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, (*placement familial*) los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

⁸¹⁶ En esos términos se expresa el artículo 221-1 del Code de l’action sociales et des familles francés.

En este sentido, podemos señalar que en general en los países occidentales el acogimiento familiar se concibe como un recurso de familia alternativa para un menor, entendiéndolo como una intervención a corto o medio plazo en tanto la familia de origen esté en una situación de dificultad, no económica, que suponga un riesgo grave para el desarrollo del menor⁸¹⁷, arbitrándose medidas complementarias para la atención de la familia de origen a fin de mejorar su situación y garantizar la reincorporación de menor a su ámbito familiar.

En este sentido podemos señalar, sin ánimo de ser exhaustivos, que Bolivia cuenta con un Código del Menor, Niño niña y Adolescente⁸¹⁸ que se refiere a este recurso como “familia sustituta”, que en su artículo 37 la define como “La familia que, no siendo la de origen, acoge en su seno a un niño, niña o adolescente, asumiendo la responsabilidad que corresponde a la familia de origen y, por tanto, obligándose a su cuidado, protección y a prestarle asistencia material y moral”⁸¹⁹. Con esa misma denominación Paraguay en su Código de la Niñez y la Adolescencia⁸²⁰ disponiendo en su artículo 103 que “El niño o adolescente, privado de su núcleo familiar por orden judicial, podrá ser acogido por una familia, temporalmente, mediante la guarda, la tutela o definitivamente, por la adopción. La familia o persona que acoja al niño o adolescente quedará obligada a alimentarlo educarlo, cuidarlo y protegerlo, en la misma medida que corresponde a la misma, como núcleo familiar”.

Sin embargo México en su Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes⁸²¹, la denomina familia sustituta, así en su artículo 25: “Cuando una niña, un niño, un o una adolescente se vean privados de su familia, tendrán derecho a recibir la protección del Estado, quien se encargará de procurarles una

⁸¹⁷ MILANI, P., ZANON, O., CARBONIN, C., SERBATI, S., IUS, M., DI MASI, D., ONIDA, T., COLAMARTINO, F., *Parole nuove pe l’Affidamento Familiare. Sussidiario per operatori e famiglie*, Le Penseur, Università degli Studi di Padova, Padua, marzo, 2014, pág. 12

⁸¹⁸ Ley de Código Niño, Niña y Adolescente de Bolivia (Ley Nº 2026), DS Nº 27443, 8 de abril de 2004

⁸¹⁹ Hay que tener en cuenta que se está discutiendo un nuevo Código, cuya fase de tramitación se encuentra en el Senado

⁸²⁰ Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay, Ley 1680/2000, en su Título segundo “de las Instituciones de Familia Sustitutas”.

⁸²¹ Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de México, (publicación inicial: 10 de septiembre de 2004, última reforma: 2 de abril 2014)

familia sustituta y mientras se encuentre bajo la tutela de éste, se les brinden los cuidados especiales que requieran por su situación de desamparo familiar”.

Uruguay en su Código de la niñez y la adolescencia⁸²², regula esta institución dentro de lo que denomina “Programas de alternativa familiar”, señalando en su artículo 125 que “El Juez podrá entregar al niño o adolescente gravemente amenazado en su derecho a la vida o integridad física o privado de su medio familiar, al cuidado de una persona o matrimonio seleccionado por el Instituto Nacional del Menor, que se comprometa a brindarle protección integral. Estos niños o adolescentes deberán recibir orientación y apoyo de la persona o matrimonio, quienes serán supervisados por medio de equipos especializados”.

En Europa, el Reglamento de la Guarda y acogida de Menores de Escocia de 3 de diciembre de 1985 define “acoger”: significa hacer que un niño viva como miembro de la familia de una persona que no es padre/madre ni tutor del niño, y se compromete a cuidar de él de acuerdo con el Reglamento Regulador de los Organismos para la Adopción en Escocia de 1984: “Padre/madre acogedor” significa una persona considerada idónea por la autoridad competente⁸²³

En Portugal la denominación es la de acogimiento familiar, así el artículo 46.1 del *Decreto Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo* 147/99 establece que: “*O acolhimento familiar consiste na atribuição da confiança da criança ou do jovem a uma pessoa singular ou a uma família, habilitadas para o efeito, visando a sua integração em meio familiar e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e a educação necessária ao seu desenvolvimento integral*”⁸²⁴.

En Francia, el acogimiento familiar está regulado principalmente por los artículos 375-3⁸²⁵ del *Code civil* y desarrollada por el *Code de l’action sociale et des*

⁸²² Ley nº 17.823, de 7 de septiembre de 2004, Código de la niñez y la adolescencia en Uruguay.

⁸²³ De acuerdo con la tradición de dicho Reglamento contenida en la Revista Infancia y Sociedad nº 6, 1990, pág. 184

⁸²⁴ Portugal, Decreto Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo 147/99, continúa el artículo 46 en su punto 2: “*Para efeitos do disposto no número anterior, considerase que constituem uma família duas pessoas casadas entre si ou que vivam uma com a outra há mais de dois anos em união de facto ou parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação*”.

⁸²⁵ Francia, Code civil 375-3 : *Si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier :*

familles, en su artículo L. 227. Suiza, por su parte, también recoge esta figura en el artículo 310 de su Código civil con la denominación de *parents nourriciers*⁸²⁶.

En Italia el acogimiento familiar se reguló en la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184, Derecho del Menor a tener una familia⁸²⁷, en su artículo 2 que señalaba: *1. Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno. 2. Ove non sia possibile l'affidamento nei termini di cui al comma 1, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo*

1° A l'autre parent ;

2° A un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ;

3° A un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ;

4° A un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ;

5° A un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé.

Toutefois, lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement de divorce rendu entre les père et mère ou lorsqu'une requête en vue de statuer sur la résidence et les droits de visite afférents à un enfant a été présentée ou une décision rendue entre les père et mère, ces mesures ne peuvent être prises que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers. Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le juge aux affaires familiales de décider, par application de l'article 373-3, à qui l'enfant devra être confié. Les mêmes règles sont applicables à la séparation de corps.

⁸²⁶ Código civil suizo, artículo 310:

1 Lorsqu'elle ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant ne soit compromis, l'autorité de protection de l'enfant retire l'enfant aux père et mère ou aux tiers chez qui il se trouve et le place de façon appropriée.

2 A la demande des père et mère ou de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant prend les mêmes mesures lorsque les rapports entre eux sont si gravement atteints que le maintien de l'enfant dans la communauté familiale est devenu insupportable et que, selon toute prévision, d'autres moyens seraient inefficaces.

3 Lorsqu'un enfant a vécu longtemps chez des parents nourriciers, l'autorité de protection de l'enfant peut interdire aux père et mère de le reprendre s'il existe une menace sérieuse que son développement soit ainsi compromis.

Art. 311 1 Si d'autres mesures de protection de l'enfant sont demeurées sans résultat ou paraissent d'emblée insuffisantes, l'autorité de protection de l'enfant prononce le retrait de l'autorité parentale.

⁸²⁷ El actual Título fue establecido por el artículo 1 de la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149, la denominación original era "Disciplina de la adopción y del acogimiento familiar de los menores".

familiare di provenienza. Per i minori di età inferiore a sei anni l'inserimento può avvenire solo presso una comunità di tipo familiare”

5. CARENCIA DE DEFINICIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como ya hemos apuntado en nuestro ordenamiento no existe una definición legal de lo que se considera acogimiento familiar⁸²⁸, limitándose a describir su estructura. Ello ha obligado a la doctrina, tanto jurídica como de otras ciencias sociales, a hacer un esfuerzo en cuanto a su posible conceptualización. Del estudio de estas aportaciones podemos proponer un breve recorrido sobre los distintos enfoques y conceptos de esta figura.

Sin ser exhaustivos, la doctrina jurídica entiende por acogimiento familiar “como una figura jurídica de carácter administrativo o judicial que otorga la guarda o asistencia del beneficiario a una persona o núcleo familiar que (...) sustituye o complementa a su familia natural”⁸²⁹. O bien, el acogimiento familiar consistiría “en confiar a la persona menor de edad a una persona o familia que haga posible el desarrollo integral de su personalidad. Las personas que reciben a un niño, niña o adolescente en acogimiento ejercen su guarda y tiene la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación adecuada, bajo la supervisión de la entidad competente, que debe facilitar la ayuda y el asesoramiento necesarios”⁸³⁰. Considerándolo también como “la medida de protección que persigue restablecer las condiciones de vida para que el menor pueda seguir desarrollando adecuadamente su personalidad en un núcleo de

⁸²⁸ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pág. 39.

⁸²⁹ RÓDENAS RIGLA, F., GARCÉS FERRER, J., “Los servicios sociales generales”, *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, GARCÉS FERRER, J., (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 173.

⁸³⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *InDret* 2/2014, pág. 32.

convivencia equilibrado”⁸³¹. Por su parte, el Defensor de Pueblo de Andalucía considera que se trata de “una figura jurídica por la que se integra a un menor en una familia que no es la constituida por sus padres biológicos o tutor, sin crear vínculos de parentesco con ella. Los acogedores tiene todas las obligaciones derivadas de la guarda de menor, esto es, velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, y procurarle una formación integral”⁸³².

En cuanto a la legislaciones autonómicas, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón en su artículo 70 da una definición bastante ajustada de lo que se entiende por Acogimiento familiar considerándola como “una medida de protección que proporciona al menor un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal, para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, o bien de forma permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran”. Sin embargo, la normativa navarra hace referencia a su carácter de servicio, definiéndolo como “servicio prestado en una vivienda normalizada con la finalidad de proteger al menor, mediante la asunción de su guarda y su incorporación a una familia, a fin de proporcionarle un espacio de protección que le permita adquirir un adecuado desarrollo afectivo, psicológico, formativo-laboral, intelectual y social”⁸³³.

Desde otros enfoques doctrinales el acogimiento familiar “se constituye como una de las alternativas más idóneas que llevan a cabo los organismos de bienestar infantil para dar respuesta a las necesidades de los niños y niñas que sufren situaciones de desprotección. (...) a través de esta modalidad de acogimiento familiar se posibilita una forma de cuidado temporal —aunque éste en ocasiones se prolongue de forma permanente— para aquellos niños y niñas que se ven separados

⁸³¹ LLÁCER MATA CÁS, M. R., “La protección civil de los menores desamparados en el derecho catalán”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, PADIAL ALBÁS, A. M., (coord.), Ediciones de la Universidad de Lleida, Lleida 2012, pág. 15.

⁸³² DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *El acogimiento familiar en Andalucía*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2001, pág. 32.

⁸³³ Comunidad Autónoma de Navarra, Decreto foral 69/2008, 17 de junio por el que se aprueba la cartera de servicios sociales de ámbito general, G. 4.- Servicio de acogimiento familiar, c) cuando establece el objeto del recurso da está definición.

de sus entornos familiares por haber vivido las consecuencias de situaciones de riesgo social y/o maltrato familiar”⁸³⁴.

6. CARACTERÍSTICAS QUE SE DEDUCEN DE SU REGULACIÓN

Dada la complejidad del acogimiento familiar de menores⁸³⁵, su posible conceptualización debe partir de las características que se le atribuyen; en este sentido del análisis de esta figura podemos deducir que, en primer lugar, el acogimiento familiar constituye uno de los posibles recursos residenciales, entendiéndolos en un sentido amplio⁸³⁶, de los que pueden arbitrarse como medida de protección que implica, en todo caso, la colocación del menor en una unidad familiar distinta de la de origen, decantándose las legislaciones autonómicas por dar prevalencia al acogimiento familiar frente al institucional⁸³⁷, por entender que supone una ventaja al ofrecer al menor un ambiente familiar idóneo para desarrollar su proceso de socialización⁸³⁸. La prevalencia del acogimiento familiar frente a otros recursos no supone que este no sea sino un recurso subsidiario, es decir, está concebido como un recurso de última instancia, cuando el contexto de riesgo familiar del menor no ha podido ser solventada a través de otras prestaciones de la Administración pública que se aplican tratando al menor en su unidad familiar, con ayudas directas a él o/y a su familia, o cuando su interés no exija acogimiento residencial.

⁸³⁴ RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012, pág. 9.

⁸³⁵ Hay que recordar que aunque el Código civil solo refleja una estructura que se concreta en dos recursos, el acogimiento familiar, o el institucional, las legislaciones autonómicas han legislado sobre otras formas de acogimiento de menores, por ejemplo los denominados Centros de Día o las unidades terapéuticas.

⁸³⁶ Como ya hemos reflejado, *vid.* Decreto foral 69/2008, 17 de junio, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales de Ámbito General, artículo 2.4.

⁸³⁷ En Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en su artículo 172 ter.1, recoge esta preferencia “La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial”.

⁸³⁸ SÁNCHEZ CATURLA, D., “Acogimiento familiar temporal”, *Intervención social con menores*, BUENO BUENO, A., (coord.), Universidad de Alicante, Alicante, 1996 pág. 226.

En segundo lugar, podemos destacar, y en esta materia es prácticamente unánime toda la doctrina tanto la civilista como la administrativista, su carácter esencialmente personal que se deduce de las obligaciones que el Código civil impone a los acogedores de acuerdo con el artículo 173.1, “velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral” y que coinciden con el contenido personal de la patria potestad del artículo 154. 1º⁸³⁹, quedando excluidos los acogedores de la representación legal de los menores y la administración de sus bienes, salvo disposición en contrario del juez en el caso de los acogimientos permanentes, ya que en estos acogimientos “la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor”⁸⁴⁰.

Otra de sus características esenciales es su carácter temporal⁸⁴¹, ya que “por su propia naturaleza y funcionalidad, la duración del acogimiento no puede ser indefinida”⁸⁴², finalizando por las causas establecidas por el artículo 173.4 del Código

⁸³⁹ Considera que esa transposición que el legislador realizó de las obligaciones de los progenitores a los acogedores fue excesivamente literal, y fuente de no escasos problemas en relación con la percepción, que en muchos casos, los acogedores tienen de su labor confundiendo el servicio que prestan con la posición de los progenitores.

⁸⁴⁰ Según el artículo 173 bis 2º del Código civil, disposición que según el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, pasará al artículo 172 bis c)

⁸⁴¹ WISLET, J.-M., CORDIER, R., DUBOIS, A., GILLET, C., GUILLE, A., WISLET, M., “Les dispositifs d'accueil familial pour mineurs en danger et/ou en difficultés présentant une problématique lourde”, *Rapport de synthèse réalisé à la demande de la Ministre de l'Enfance et de l'Aide à la jeunesse pour le Gouvernement de la Communauté française*, verano, 2007,

http://www.cere-asbl.be/IMG/pdf/Dispositifs_accueil_familial_aout_2007.pdf

« L'accueil familial serait donc, en forçant le trait, « un pis-aller ». Au risque de continuer d'être provocant, on ne s'étonnera dès lors pas outre mesure de la difficulté de trouver des candidats « familles d'accueil ».

⁸⁴² Esta característica, como no podía ser de otro modo, es pacífica entre la doctrina, por todos, NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pág. 46 y la relación doctrinal que realiza en sus notas a pie de pág. 24 y 25; CAPARRÓS, N., CAPARRÓS CIVERA, N., JIMÉNEZ-AYBAR, I., *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, Rialp, Madrid, 2001 “en tanto en cuanto intenta dar solución a una incapacidad –en principio temporal- de hacerse cargo de mantenimiento, cuidado y educación de un menor”, dado su finalidad de reunificar a la familia, pág. 189.

En la literatura extranjera esa característica también es destacada, así, MILANI, P., ZANON, O., CARBONIN, C., SERBATI, S., IUS, M., DI MASI, D., ONIDA, T., COLAMARTINO, F., *Parole nuove pe l'Affidamento Familiare. Sussidiario per operatori e famiglie*, Le Penseur, Università degli Studi di

civil; otra cuestión es que su duración sea indeterminada dada su finalidad que no es otra que procurar la protección y cuidado de un menor en tanto, subsista la situación de riesgo en su familia de origen y la imposibilidad de esta de atajar dicha situación⁸⁴³. La intervención de la entidad pública en este sentido no puede ir más allá en el tiempo de lo que es estrictamente necesario para restablecer las condiciones familiares para permitir el retorno del menor a la familia de origen, (en expresión poco afortunada del artículo 172. 4 del Código civil “su reinserción⁸⁴⁴ en la propia familia”); y en el caso de que estas circunstancias no remitan la entidad pública estará obligada a buscar una solución legal permanente para el menor. Este carácter temporal choca frontalmente con la desafortunada denominación que el Código civil da a uno de los tipos de acogimiento, acogimiento permanente⁸⁴⁵.

Destaca la doctrina también su carácter provisional, en realidad, debe considerarse al acogimiento como una intervención de duración indeterminada pero no definitiva⁸⁴⁶, y ello porque, de acuerdo con la teoría de las necesidades del menor que tratábamos en la primera parte de este trabajo, la duración del acogimiento familiar estará en función de las necesidades del mismo, y “sólo subsistirá en tanto exista la situación que dio origen al mismo”⁸⁴⁷, por lo que su incorporación a una

Padova, Padua, marzo, 2014, señalan que “Le strumento dell’affidamento, caratterizzandosi per la temporaneità”, pág. 73.

⁸⁴³ En este sentido el artículo 375 del Code civil francés señala que la medida de protección no debe superar los dos años pero abre la puerta a una duración mayor al establecer que “*Cependant, lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l’état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l’exercice de leur responsabilité parentale, une mesure d’accueil exercée par un service ou une institution peut être ordonnée pour une durée supérieure, afin de permettre à l’enfant de bénéficier d’une continuité relationnelle, affective et géographique dans son lieu de vie dès lors qu’il est adapté à ses besoins immédiats et à venir*”

⁸⁴⁴ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, reinsertar significa: “Volver a integrar en la sociedad a alguien que estaba condenado penalmente o marginado”.

⁸⁴⁵ Artículo 173 bis 2º, denominación que sigue manteniéndose en el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en la redacción del artículo 173 bis, c).

⁸⁴⁶ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pág. 47

⁸⁴⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *El acogimiento familiar en Andalucía*, Defensor del Pueblo, Sevilla, 2001, pág. 32

familia de acogida no crea para el menor un *status familiae*⁸⁴⁸, no crea relaciones jurídicas de parentesco⁸⁴⁹ entre al acogedor y el menor, manteniéndose en ambos casos el estado del que gozaban antes de la formalización del acogimiento familiar, con independencia de que posteriormente el del menor pueda variar por las vicisitudes de la patria potestad o de la filiación.

A estas características puede añadirse su carácter revocable, que no es sino la consecuencia legal lógica de su carácter temporal y provisional, y la obligación de la entidad pública de no mantener esta intervención concreta más allá de lo que exija el interés superior del menor.

Por otra parte, NORIEGA RODRÍGUEZ considera también su carácter de figura prescindible, “en el sentido de que no es necesaria su constitución para la protección del menor”⁸⁵⁰, y siendo cierto que el acogimiento, la separación obligatoria de un menor de su unidad familiar, no es sino el último recurso al que debe acudir la entidad pública para materializar su protección, debiendo recurrir, siempre que ello sea posible, a otras medidas de apoyo al menor y su familia, discrepo de su carácter prescindible toda vez que, cuando la entidad pública ha determinado que esa es el recurso que responde de manera indubitable al interés de un menor cuyas circunstancias se encuadren en alguno de los dos supuestos de

⁸⁴⁸ GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre el acogimiento familiar”, *Actualidad Civil*, 1992, págs. 305-318, pág. 307.

⁸⁴⁹ Informe Defensor del pueblo andaluz, 2012 “De igual modo tenía contenido económico la queja 12/724 en la que la interesada nos mostraba su disconformidad la resolución de la Seguridad Social denegatoria de la pensión de orfandad para el menor que tenía en acogimiento familiar permanente, la cual presentó tras el fallecimiento de su marido. Nos decía que el menor vivía con ella como un hijo propio, con las mismas cargas familiares que un hijo propio y por tal motivo no compartía en absoluto los razonamientos de la Administración.

Toda vez que se trataba de un organismo de la Administración del Estado dimos traslado del asunto al Defensor del Pueblo Estatal, quien finalmente nos informó del archivo de la queja en congruencia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Septiembre de 2004, según la cual el artículo 175 de la Ley General de Seguridad Social reconoce pensión de orfandad a los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de filiación, pero con el matiz de que conforme al Código Civil solo los adoptados comparten dicho concepto de filiación, sin que puedan equipararse a dicha situación otras vinculaciones o dependencias similares, tal como el acogimiento familiar.

Señala el Defensor Estatal que dicha resolución no contraviene el ordenamiento jurídico en tanto que parece difícil reconocer la pensión de orfandad a partir de una relación de acogimiento familiar, que no rompe los vínculos con la familia por naturaleza y puede terminar por decisión de las personas que tienen acogido al menor, y a petición de los padres que tengan la patria potestad”.

⁸⁵⁰ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pág. 48

hecho del 172 del Código civil, la entidad pública no podrá prescindir del acogimiento familiar, cuestión esta que plantea problemas sobre la responsabilidad de la entidad pública en el supuesto de que no provea dicho recurso que ella misma ha decretado como el recurso idóneo para ese menor concreto.

Por último, un rasgo esencial del acogimiento familiar de menores es su carácter de figura jurídica instrumental, tal y como está concebida por nuestro sistema jurídico no es una medida de protección independiente, su activación va siempre unida a la existencia previa de una de institución de protección pública señaladas por las normativas sectoriales de protección administrativa del menor, y acotándolo al acogimiento familiar contenido en el Código civil, cuando la guarda del menor corresponde a la entidad pública por haberse decretado una resolución de protección en el marco del artículo 172 del Código civil y, en virtud del superior interés del menor, la entidad pública dispone el acogimiento familiar frente al residencial.

7. LOS EJES METODOLÓGICOS DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA EN EL ACOGIMIENTO FAMILIAR.

Es indudable que el acogimiento familiar como figura jurídica responde al derecho del menor a tener una familia, su familia de origen y a vivir y ser educado en el seno de la misma, considerado actualmente como un derecho fundamental, y cuando ello no sea posible, este derecho muta en el derecho del menor a que los poderes públicos arbitren las medidas necesarias para proporcionarle un ámbito en el que el menor pueda desarrollarse de manera equilibrada e integral, siendo el acogimiento familiar el recurso que, en principio, mejor responde al interés del menor⁸⁵¹, ya que, le permite un ambiente familiar y salvo circunstancias extremas,

⁸⁵¹ RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012: “La vida familiar puede ofrecer una respuesta compensadora a las necesidades de estos niños, promoviendo determinados *efectos reparadores*. El sistema familiar, es un espacio más o menos natural, desde donde posibilitar “guías de resiliencia” que den respuesta a las consecuencias que la exposición al riesgo social y/o al maltrato ha generado en sus vidas. Es una medida de protección que posibilita a los menores de edad desarrollarse y *ser cuidados* de forma integral, en el marco ecológico con

permite al menor continuar las relaciones con su familia, quedando abierta la posibilidad de reintegrarse en ella.

Esto, como ya he apuntado, permite trasladar el foco desde el derecho del menor a tener una familia al derecho a que el acogimiento se constituya en una figura jurídica que, teleológicamente, responda a la obligación de la Administración pública de asegurar al menor, que no puede permanecer en su núcleo familiar sin poner en peligro su desarrollo integral por incumplimiento, imposible o inadecuada actuación de esta en el ejercicio de sus obligaciones paternofiliales, otro núcleo familiar que le asegure dicho desarrollo, velando por él, alimentándolo, educándolo y procurándole una formación integral, a la vez que constituye una oportunidad para poder intervenir en el ámbito relacional del menor, y principalmente en la familia de origen para paliar o reparar las dificultades que han llevado a la separación del menor de sus progenitores⁸⁵², para hacer efectivo el derecho del menor a reintegrarse en su familia⁸⁵³.

A la intervención que la entidad pública/acogedores realiza cuando el menor está en acogimiento familiar pueden aplicarse los ejes metodológicos que se presumen en prácticamente todos los servicios sociales, que de acuerdo con la doctrina sobre esta materia podemos resumir⁸⁵⁴, en primer lugar, en un enfoque comunitario, al que podemos dar una doble lectura, la integración del menor en la vida familiar de los acogedores y la preferencia a que el acogimiento se haga en el

mayores criterios de “normalización” que los que pudieran ofrecer las instituciones de acogimiento residencial”, pág. 9.

⁸⁵² Ley 14/2002, de 15 de julio 2002, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 75 considera el apoyo a la familia de origen como una medida de protección y como un actuación de protección. Y en el artículo 76: “Se entenderán prioritarias las medidas y actuación de apoyo a la familia dirigidas a promover el bienestar y el desarrollo del menor en su medio familiar de origen, preservar la integración familiar y evitar la separación o, si ésta se produjo, procurar la reunificación una vez se hayan superado, compensado o aminorado suficientemente las circunstancias que la determinaron”

⁸⁵³ MILANI, P., ZANON, O., CARBONIN, C., SERBATI, S., IUS, M., DI MASI, D., ONIDA, T., COLAMARTINO, F., *Parole nuove pe l’Affidamento Familiare. Sussidiario per operatori e famiglie*, Le Penseur, Università degli Studi di Padova, Padua, marzo, 2014, “L’affidamento familiare è una forma di intervento amplia e duttile che consiste nell’aiutare una famiglia ad attraversare un periodo difficile prendendosi cura dei figli attraverso un insieme di accordi collaborativi fra famiglie affidatarie e i diversi soggetti che nel territorio si occupano della cura e della protezione dei bambini e del sostegno alla famiglia”, pág. 33.

⁸⁵⁴ Seguimos en este sentido a FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, págs. 52 y 53.

entorno del menor, lo que implica una actuación de la entidad pública y de los acogedores dirigida a proporcionar “los apoyos, entornos, actividades, servicios y recursos menos restrictivos que sea posible, es decir, los que representen mayor contacto con la comunidad”⁸⁵⁵.

Este eje responde a que el acogimiento familiar debe ser considerado como un servicio personalizado, dirigido a la adecuación de la actuación de la entidad pública y de los acogedores a las necesidades del menor, se pretende la búsqueda de la adaptación de la atención a las necesidades que plantea el menor acogido, lo que conecta directamente con la necesaria sinergia con otros recursos, el hecho de estar en acogimiento familiar no solo no le impide ser usuario de otros servicios sociales que pueden complementar su desarrollo, sino que, en la mayoría de las situaciones, estos son un complemento indispensable para que este recurso sea eficaz y responda al enfoque una intervención integral sobre el menor, adecuándose la metodología de actuación de los implicados en este servicio a la normalización de la vida del menor, así como a la promoción de su autonomía y de la de su familia de origen, siendo necesario intervenir en ese doble sentido con la aspiración de que ambos desarrollen habilidades y capacidades para permitir el regreso del menor a su familia de origen y que en ese desarrollo sean los afectados los que, en la medida de lo posible, coparticipen en las decisiones que les afectan.

A su vez, el establecimiento del acogimiento familiar no supone una ruptura de la relación de protección de la entidad pública/menor, no extingue la obligación tuitiva de la entidad pública, siendo necesaria la continuidad de esa responsabilidad, en el acogimiento familiar se hace patente el principio de que no existan intervenciones disruptivas, que exista un *continuum*.

Este debe ser el enfoque que debe tener esta figura de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, 172.4: “Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confié a una misma institución o persona”, y esa también es el concepto de protección que se encuentra recogido en las legislaciones

⁸⁵⁵ FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, pág. 53.

autonómicas, así en Castilla y León ya que se entiende por protección de los menores “el conjunto de actuaciones y medidas de intervención en situaciones de desprotección tendentes a su reparación en el menor tiempo posible para garantizar la integración de aquéllos en los grupos naturales de convivencia, de manera definitiva, segura y estable y en las condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación normalizada en la vida familiar, social, económica y cultural, y su pleno desarrollo y autonomía como personas”⁸⁵⁶, siendo el acogimiento familiar como una de las medidas de intervención⁸⁵⁷.

En lo que a este trabajo concierne, y para concretar el objeto del mismo, señalaremos que el acogimiento familiar a que nos vamos a referir es el recurso que recoge el Código civil en su artículo 173, en relación con las medidas de protección señaladas en el artículo 172 de dicho texto legal, por lo tanto referida a aquellos menores cuya guarda pasa a ser titularidad de la entidad pública, por estar temporal o definitivamente privados del cuidado y atención de sus progenitores o tutores, “de la necesaria asistencia moral o material”, según la dicción literal del artículo 172.1, 2º párrafo, o que por su propio interés deben ser alejados de su unidad familiar a petición de los progenitores (172.2), y que va a concretarse a través de la obligación de la entidad pública de reemplazar la unidad familiar del menor de acuerdo con una técnica legal específica⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Ley 14/2002, de 15 de julio 2002, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 43.1, continuando el artículo, en su punto 2: “Constituyen situaciones de desprotección las de riesgo, contempladas en los artículos 47 y 48 de esta Ley, y las de desamparo reguladas en los artículos 55 y 56 de la misma”.

⁸⁵⁷ Ley 14/2002, de 15 de julio 2002, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 75.1: “A los efectos de la acción de protección se consideran medidas de protección las siguientes:

a) El apoyo a la familia cuando en la Resolución que lo adopte se determine su carácter de medida. determine.

b) La asunción de la guarda del menor por medio del acogimiento familiar, en las distintas modalidades contempladas en el Código civil, y del acogimiento residencial.

c) La tutela.

d) La adopción.

⁸⁵⁸ Hay que recordar que existen otras modalidades legales de colocación de un menor fuera del ámbito familiar, de manera temporal, como el acogimiento institucional, *vid.*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., PARDO MARTÍNEZ, E., *El régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Comares, Granada, 2010.

CRUZ, L., “Sobre el acogimiento residencial y las condiciones socioeducativas en las que se debe desarrollar la medida”, *Pedagogía i Treball Social. Revista de Ciències Socials Aplicades*, nº 2, 2011, 66-88; MARTÍN CABRERA, E., GONZÁLEZ, M. DEL S., “La calidad del acogimiento residencial desde la

Otra cuestión que se plantea en el análisis de la regulación legal del acogimiento familiar es que el Código no ha regulado los criterios que deben ser tenidos en cuenta por la Entidad pública para analizar la situación del menor y acordar su acogimiento en una familia, y no en una institución, es indudable que cualquier decisión que se adopte sobre el menor debe tener en cuenta el interés del mismo (artículo 172.4), pero como hemos visto el interés del menor no responde a un contenido cerrado; incluso, cuando la Entidad Pública ha resuelto que la medida de protección más adecuada al interés del menor sea el acogimiento familiar, la ejecución de esa resolución puede ser en muchos casos aleatoria, es decir, el que se establezca ese acogimiento familiar puede depender de consideraciones ajenas al interés del menor, por ejemplo, consideraciones presupuestarias, en función de si es más económico la plaza de un menor en una institución o en una familia, o si existen personas de acogida disponibles, habida cuenta que su oferta es voluntaria, etc.

Como es evidente, la entidad pública mantiene la titularidad del servicio y por lo tanto le corresponden las potestades de reglamentación y de supervisión del mismo, que deberá realizarla a través de los profesionales que tengan competencia en ello, y ese seguimiento⁸⁵⁹ (artículo 173.2, 3ºb) supone la entrada de la Administración en el espacio físico del domicilio familiar. Desde el punto de vista práctico esta situación refleja una contradicción de difícil solución, dado que la

perspectiva de los menores”, *Journal for the Study of Education and Development*, v. 30, nº 1, 2007, págs. 25-38; DELGADO MAGRO, L., FORNIELES, A., COSTAS, C., BRUN-GASCA, C., “Acogimiento residencial problemas emocionales y conductuales”, *Revista de investigación en educación*, v. 1, nº. 10, 2012, págs. 158-171.

O como la kafala, en relación con esta figura *vid.* la tesis doctoral de HOUHOU, Y., *La kafala en Droit algérien et ses effets en Droit français*, Université de Pau et des Pays de l’Adour, 2014.

RABINEAU M. Y., *Le nouveau Code de la famille marocain, rapport établi par des magistrats français a l’issue d’un voyage d’étude (du 19 au 29 juin 2007) sur l’application de cette législation: le regime de la kafala au Maroc et ses consequences au regard du droit français*, 21 février 2008, <http://www.jafbase.fr/docMaghreb/FichesRabineau/Kafala9.pdf>

MARCHAL ESCALONA, N., “La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, v. 3, julio, 2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»), *Diario La Ley*, nº 7393, 2010.

DIAGO DIAGO, M. del P., “La “Kafala” islámica en España”, *Cuadernos de derecho transnacional*, ISSN-e 1989-4570, v. 2, nº 1, 2010, págs. 140-164.

Y como figura definitiva la adopción.

⁸⁵⁹ Artículo 173.2, 3ºb del Código civil.

entidad pública deposita al menor protegido en un ámbito privado, en un domicilio particular, garantizado por la inviolabilidad de domicilio⁸⁶⁰,⁸⁶¹.

⁸⁶⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, va a zanjar la cuestión sobre la jurisdicción competente para autorizar la entrada en el domicilio particular en virtud de una resolución de protección emitida por una entidad pública, Disposición final primera. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Se modifica el apartado 6 del artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que queda redactado como sigue:

“6. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, este se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.”

RUIZ LÓPEZ, M. A., “Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión de ámbito protegido, cuestiones procedimentales y proporcionalidad”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 317, septiembre-diciembre 2011, págs. 213-234: “El ejercicio de las potestades administrativas suscita una consideración desde la perspectiva de derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, pues si requiere la entrada en el domicilio de personas físicas o jurídicas es precisa la correspondiente autorización judicial mediante resolución motivada, en defecto de consentimiento. (...) Se trata del ejemplo paradigmático de los límites impuestos a las potestades administrativas. (...). No siendo suficiente la resolución administrativa”, pág. 214.

⁸⁶¹ Constitución Española: Artículo 18. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

III EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y SU CONFIGURACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO

1. LA APLICACIÓN DEL ACTUAL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO AL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El acogimiento familiar regulado por los artículos 172 y siguiente del Código civil y destinado al amparo de los menores en situación de desprotección parental y que necesiten ser separados de sus progenitores o tutor, no es una figura jurídica nueva⁸⁶² a pesar de lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley 21/1987⁸⁶³ que afirmaba que el acogimiento familiar en nuestro ordenamiento jurídico familiar era “una novedad importante, que tiene su parangón en diversos derechos europeos y que supone dar rango legal de primer orden”, porque a continuación el propio legislador se contradice al reconocer que esta institución estaba “hasta hoy regulada por diversas normas administrativas”.

La cuestión que se plantea es si debe entenderse que el acogimiento familiar del Código civil tiene la consideración de servicio público o, dada su ubicación en el texto privado por excelencia, tendrá la consideración de una institución de naturaleza privada, de un negocio jurídico de familia^{864, 865}.

⁸⁶² En contra, GARCÍA VILLALUENGA, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, nº 4-5- (1991-1992), Universidad Complutense, Madrid, 1993, págs. 89-103, “El acogimiento familiar como tal figura legal aparece por primera vez recogido en el Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 21/87 de 11 de noviembre, y se regula en el capítulo V del título VII del libro 1 del Código Civil, bajo la rúbrica “De la adopción y otras formas de protección de menores”, pág. 93.

⁸⁶³ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

⁸⁶⁴ Vid. MAYOR DEL HOYO, M^a V., *La regulación Autonómica de la guarda administrativa de menores*, CDESC, Barcelona, 2000, págs. 21-32, refiriéndose únicamente a la cesión de la guarda por los progenitores del 172.2 después de hacer un repaso doctrinal sobre la posición de diversos autores, concluye que, en su opinión, “la guarda administrativa, a pesar de la intervención de la Administración, es un mecanismo de protección de menores de carácter civil, privado. No obstante, hay que contar (...) con que los aspectos de organización, las resoluciones y procedimientos previos se rigen por el Derecho administrativo”, pág. 32.

MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1991, también defiende la naturaleza privada, entendiéndolo como un negocio jurídico familiar, págs. 40-46.

⁸⁶⁵ Vid. MAYOR DEL HOYO, M^a V., *La regulación Autonómica de la guarda administrativa de menores*, CDESC, Barcelona, 2000, págs. 21-32, refiriéndose únicamente a la cesión de la guarda por

Esta cuestión tiene su indudable trascendencia jurídico-práctica, ya que el hecho de calificar a una determinada actividad como servicio público o privado conlleva una serie de consecuencias innegables, cara a su régimen jurídico; en concreto, como mantiene WALINE⁸⁶⁶, afirmar que una actividad es un servicio público es proclamar que está sujeta al régimen de servicio público, por lo tanto, regulada por un determinado régimen jurídico derogatorio del derecho común.

Es indudable que la materialización del acogimiento regulado por el Código civil forma parte de lo que se denomina, en sentido amplio, acción singular de la Administración pública, en concreto y dentro de ella, de las formas externas en que proyecta su actividad, actividad que en función del efecto directo o configurador que la misma produce en los derechos de los ciudadanos, se clasifica tradicional como actividad de policía, de fomento, sancionadora, de planificación y de prestación.

Pero limitando el análisis al acogimiento familiar, solo se va a tratar la actividad administrativa de prestación⁸⁶⁷, ciñéndonos al ámbito de los servicios

los progenitores del 172.2 después de hacer un repaso doctrinal sobre la posición de diversos autores, concluye que, en su opinión, “la guarda administrativa, a pesar de la intervención de la Administración, es un mecanismo de protección de menores de carácter civil, privado. No obstante, hay que contar (...) con que los aspectos de organización, las resoluciones y procedimientos previos se rigen por el Derecho administrativo”, pág. 32.

MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1991, también defiende la naturaleza privada, entendiéndolo como un negocio jurídico familiar, págs. 40-46.

⁸⁶⁶ WALINE, J., *Droit administratif*, Dalloz, París, 2012, pág. 370 (paragraphe 356).

⁸⁶⁷ Aunque es evidente que, en mayor o menor medida, en el acogimiento familiar también se van a ver implicadas estas modalidades de acción pública, en este sentido:

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, asume la definición de actividad de fomento que estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 1957, como “una de las actividades de la Administración pública con tipicidad muy definida (...) mediante la cual la misma extiende sus objetivos, poniendo en práctica técnicas encaminadas a que estos cumplan, sin necesidad de asumir directamente la gestión de los medios dirigidos a alcanzarlos, ni por tanto el montaje de servicios públicos; actividad en las que el dirigismo y el intervencionismo quedan sustituidos por otras medidas tendentes a que sean los propios administrados los que libremente colaboren en el cumplimiento de fines convenientes y deseables, mediante orientaciones y persuasiones”, y entiende que la actividad de fomento trata de garantizar la satisfacción de unas necesidades que revisten interés general para la comunidad a través de la colaboración voluntaria de los agentes privados”, pág. 57.

PICARD, E., *La notion de police administrative*, Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, Université Rouen Havre, París, 1984, una cuestión que se plantea en relación a la consideración del acogimiento como servicio público es si se puede considerar que la potestad de policía que la administración hace de esta figura puede constituir servicio público. Siguiendo a PICARD, la policía es una categoría conceptual correspondiente a la función disciplinaria del Estado liberal, es decir, del Estado en tanto garante de las libertades individuales de los ciudadanos, págs. 465 y ss

públicos, dado que entendemos que la naturaleza jurídica del acogimiento familiar queda enmarcada en lo que la doctrina denomina servicios públicos, dándole a dicha expresión, en una primera aproximación, el significado de actividad desarrollada en el seno de la sociedad y que se incorporan a la esfera pública para ser controlada, regida y gestionada con arreglo a los principios de Derecho Administrativo⁸⁶⁸.

Puede extrañar la utilización de la expresión servicio público, tan denostada y controvertida en la actualidad pero, siendo cierto que los cambios sociales, económicos y tecnológicos que ha sufrido la sociedad en los últimos cuarenta años ha exigido un replanteamiento dogmático-jurídico de los servicios públicos y su profunda transformación⁸⁶⁹, no es menos cierto que en el campo en el que nos movemos, la actividad prestacional de la Administración pública, la técnica del servicio público sigue vigente y despliega toda su eficacia, aunque con las necesarias adaptaciones técnico-jurídicas a la fórmula de Estado social en el que nos encuadramos^{870, 871}.

LEITÁO, define el planeamiento administrativo como actos del operador administrativo que definen reglas y condicionamientos a los que quedan sujetas determinadas áreas con vistas a la realización de fines preestablecidos, considerándolo como un fenómeno típico de del Estado social de Derecho, y al aumento del intervencionismo estatal LEITÁO, M. A. TELES DE MENEZES CORREIA, “O planeamento administrativo e a tutela do ambiente”, pág. 221 extraído de CAPITÁO, G “Planificación y contractualización en el Derecho del ambiente”, *Documentación Administrativa*, n°. 257/258, mayo-diciembre, 2000, pág. 154, nota a pie de página nº 6. http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MALeitao96.pdf

⁸⁶⁸ Tal y como los define DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 120.

⁸⁶⁹ MARTÍNEZ MARÍN, A., “La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española”, *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1992, págs. 1377-1400.

⁸⁷⁰ Por su interés, Sentencia Tribunal Constitucional 73/2014, de 8 de mayo de 2014, Fundamento jurídico 5: “La declaración del servicio público de una actividad con reserva de la misma al Estado se configura, así, como «una opción, entre otras constitucionalmente posibles, que puede tomar el legislador. El artículo 128.2 de la Constitución permite a la ley reservar al sector público «recursos» o «servicios esenciales», y una interpretación literal aunada a otra sistemática, derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismo, obliga a entender que los «servicios esenciales» de una comunidad no tienen por qué ser «recursos» naturales o económicos; es esa una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública» (...).

La opción por el «servicio público» comporta el establecimiento de un determinado régimen jurídico en la prestación del servicio de que se trate, cuyas fórmulas de prestación pueden ser tanto directas (por los propios poderes públicos que ostentan la «titularidad» del servicio) como indirectas (por empresas privadas previa obtención de concesión administrativa). En cualquier caso, la opción

Cuestión distinta es que, a raíz del Tratado de la Unión Europea, esta expresión casi haya desaparecido⁸⁷², entre otros motivos porque la alocución servicio público es una concepción doctrinal y su denominación como servicio público no está presente en todos los sistemas jurídicos, por lo que en este marco comunitario pasaron a denominarse servicios esenciales o de servicios económicos de interés general, expresión más comprensiva de toda la actividad prestacional del poder público; a esta razón debe unirse el hecho de que el servicio público como actividad reservada a la Administración ha sufrido un repliegue importante, pero sigue siendo necesario el mantenimiento del concepto de “servicio público objetivo, dadas las características de las prestaciones serviciales”⁸⁷³.

del legislador por la técnica regulatoria del servicio público y su concreta forma de prestación se encuentra sometida a ciertos límites.

En primer lugar, no puede obviarse –sin entrar en debates doctrinales que no nos corresponden– que la noción de servicio público es dinámica y que habrá de adaptarse en su extensión o en su misma existencia a los cambios tecnológicos y sociales. Así, como hemos señalado en el concreto ámbito de la radiodifusión y la televisión «los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan solo al ámbito de la frecuencias sino también a las necesidades y costes de infraestructura para este tipo de medios) y también en los valores sociales, pueden suponer una revisión de la justificación y los límites que supone la *publicatio*, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad de un monopolio público en la gestión televisiva, como a los límites que establezcan la regulación de una gestión privada del servicio que el legislador está obligado a realizar respetando los principios de libertad, igualdad y pluralismo» (...). Apuntábamos, entonces, la necesidad de ser sensibles a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las de otros tribunales constitucionales europeos que «han evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada (...).»

De hecho, tal como hemos puesto de manifiesto en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, el concepto de servicio público ha experimentado una profunda revisión, alejándose de esa concepción formal que implicaba en todo caso la existencia de un monopolio de titularidad pública y reconociéndose que es factible preservar el pluralismo de los medios de comunicación y de otros valores constitucionales, así como la prestación de un servicio con carácter universal y en determinadas condiciones de calidad o regularidad, a través de otras técnicas menos gravosas como la autorización o la comunicación previa. Así se ha verificado, en lo que aquí interesa, en los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión y televisión como muestra la evolución legislativa antes descrita, en aplicación y transposición de las Directivas comunitarias que, desde 1988, iniciarían el camino de liberalización de estos sectores tan imbricados entre sí”.

⁸⁷¹ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, “Dicho en otros términos: ¿en qué medida puede concluirse que la técnica del servicio público ha perdido definitivamente toda vigencia y funcionalidad?; ¿qué hay de cierto y cuánto de tópico en afirmaciones semejantes?”, pág. 9.

⁸⁷² Vid. LÓPEZ GARCÍA, C., “El papel de los servicios de interés general en la reforma de la legislación española de régimen local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y autonómica*, nº 308, septiembre-diciembre 2008, págs. 91-130.

⁸⁷³ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, “Que se adopte ahora la denominación de servicios esenciales o de servicios

Con independencia de su denominación, no puede negarse que la noción de servicio público sigue absolutamente vigente y quizás en estos momentos deviene en una categoría imprescindible^{874, 875}, manteniendo desde su origen su esencia conceptual, que responde, a un significado concreto que se predica de esa actividad prestacional asumida o reservada a la Administración pública⁸⁷⁶, para que, a través de medios de Derecho público, se garantice la satisfacción de determinadas prestaciones a los ciudadanos⁸⁷⁷, y esta reconducción de una determinada actividad o sector de la actividad socio-económica a la responsabilidad de la Administración implica un “marcado carácter instrumental, por cuanto, al margen de distinto régimen jurídico por el que se opte, lo que se pretende es imponer la obligatoriedad de la prestación, la regularidad y continuidad de la misma, así como reafirmar los

económicos de interés general, es lo de menos. Por ello, no deja de ser excesivo proclamar como a veces se hace –incluso por el propio legislador– la superación y abandono del servicio público, pues las actividades reguladas en los sectores despublicados aún se rigen mayoritariamente por los aspectos objetivos, o claves sustantivas, del servicio público”, pág. 21.

⁸⁷⁴ Como ya apuntaba en relación a la crisis de los años 80, SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, “La idea de servicio y el servicio público como régimen jurídico y técnico con una cierta unidad que le presta su perfil institucional en Derecho, no sino el desenlace lógico de la *interdependencia social* que aparece como un dado objetivo en la realidad de las sociedades de los estados civilizados actuales”, págs. 83-84.

⁸⁷⁵ El reto que ha supuesto para el Estado la crisis económica, poniendo de relieve la insostenibilidad fiscal y la posibilidad de cumplir con las funciones de un Estado social, plantea rasgos semejantes a la crisis de los años 89, y eso conduce a RESTREPO MEDINA, M. A., “La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho”, *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, v. 5, 2007, a señalar que “la respuesta dada por el Estado contemporáneo ha sido la de atribuir al Estado el deber de garantizar la prestación de los servicios demandados por la población, pero liberándolo de la obligación de asumir la prestación, trasladándola a los particulares y reservándose la potestad reguladora, empleada para forzar a los prestadores a brindar el acceso universal a los servicios y evitar las prácticas monopolísticas de abuso de posición dominante en defensa de los derechos de los usuarios”, pág. 2.

⁸⁷⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, a lo que hay que añadir que “Todo “servicio reservado” será servicio público, pero no todo servicio público será “servicio reservado” y ello porque, desde esta posición, en el servicio público se subsumen actividades prestacionales de interés general o esenciales que no implican necesariamente la gestión pública, ni sobre todo la *publicatio*”, pág. 13.

⁸⁷⁷ DE LA CUETARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, el sector de los servicios públicos “es el que comprende aquella parte de la actividad administrativa en la que, por medios de Derecho Público, se garantiza la existencia de determinadas prestaciones en la sociedad”, pág. 127.

poderes de la Administración pública titular del servicio. Por ello la calificación de una actividad como servicio público posee una relevancia singular”⁸⁷⁸.

Otra elemento esencial que se mantiene como constante es la idea de que el servicio público responde a una decisión política del poder público en cualquiera de sus distintos niveles competenciales⁸⁷⁹, dado que es el poder público el que establece y determina qué necesidades de los ciudadanos considera esenciales e imprescindibles para una determinada calidad de vida y toma la decisión de satisfacerla⁸⁸⁰ y es a través de la técnica del servicio público como el poder público aborda la respuesta⁸⁸¹, porque si observamos el *iter* histórico de los servicios público encontramos “que detrás de la calificación de una actividad como servicio público hay siempre, desde luego, una necesidad generalmente sentida que no puede ser satisfecha individualmente y que, sin embargo, debe ser atendida para cubrir esa distancia, cada vez mayor en una sociedad industrial y urbana, entre el círculo que acota lo que FORTSHOFF acertó a denominar, con insuperable expresividad, el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo en el que realmente se desenvuelve nuestra vida cotidiana”⁸⁸².

Pero que la implantación de una determinada prestación por parte del poder público dependa de una decisión política⁸⁸³ no supone que el servicio público no

⁸⁷⁸ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, pág. 62.

⁸⁷⁹ CASAS MÍNGUEZ, F., "Mercado de servicios y Servicios de interés general en la Unión Europea", *Boletín Informativo de Trabajo Social*, nº 15, 2010, refiriéndose al Protocolo sobre los servicios de interés general anexo al Tratado de Lisboa (Tratado de la Unión, Protocolo nº 26 Sobre los servicios de interés general), considera que el Protocolo reconoce “ el papel esencial y amplios poderes de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar servicios de interés general, que no tengan carácter económico, lo más próximos posibles a las necesidades de los ciudadanos” y que por lo tanto un aspecto importante del mismo es “que limita la acción de la UE en los servicios de interés económico general, al reconocer el papel esencial y amplia capacidad discrecional de las autoridades nacionales, regionales y locales”.

⁸⁸⁰ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, “Se calificaran como servicio público aquellas actividades o servicios que hayan devenido indispensables y esenciales para la comunidad”, pág. 63.

⁸⁸¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, nº 150, 1999, págs. 57-73, “(...) el servicio público ha sido y es una técnica más, que pretende dar respuesta a una idea política”, pág. 59.

⁸⁸² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, nº.150, septiembre-diciembre, 1999, págs. 57-73, págs. 59-60.

⁸⁸³ RAMBAUD, R., *L'institution juridique de régulation, Recherches sus les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, París, 2012, recuerda que las decisiones políticas en la actividad prestacional del Estado se rigen por la economía: “Un determinado número de las

responda a “un título de intervención *justificado* (...). Es una intervención que se justifica por una *necesidad intrínseca* de los sistemas políticos de dar unas *respuestas efectivas* a los fuertes requerimientos”⁸⁸⁴ de la sociedad “irrogándose la responsabilidad de ese sector de actividad o servicios que hayan sido elevados a la categoría de indispensables y esenciales para la comunidad”⁸⁸⁵, estableciendo los medios materiales y personales que en él actúan unas potestades muy intensas”⁸⁸⁶.

Es indudable que el servicio público como concepto doctrinal es susceptible de múltiples acepciones⁸⁸⁷, que podemos reconducir a dos grandes corrientes, su conceptualización como servicio público en sentido estricto o servicio público subjetivo⁸⁸⁸, que la doctrina mayoritaria entiende que “solo existirá cuando además de buscarse la satisfacción de un interés general y someter esa actividad prestacional a unas reglas especiales, exista una reserva de la titularidad de la actividad en favor de las Administraciones públicas, pudiendo únicamente la

soluciones utilizadas por los poderes públicos en el ámbito de los servicios públicos se oponen frontalmente a los objetivos de la eficacia económica, situándose fuera de los límites de la convergencia entre el Derecho y la economía, aunque es cierto que, sin cuestionar en principio estos límites, el derecho positivo actual se caracteriza por la búsqueda de un compromiso entre el mantenimiento de las políticas públicas y la eficacia económica de las mismas”, pág. 464 (epígrafe 1078).

⁸⁸⁴ SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, pág. 24, (las palabras en cursiva son del autor).

⁸⁸⁵ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, “Se calificaran como servicio público aquellas actividades o servicios que hayan devenido indispensables y esenciales para la comunidad”, pág. 63

⁸⁸⁶ DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pág.133.

⁸⁸⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, nº.150, septiembre-diciembre, 1999, págs. 57-73, “Esa dualidad de usos, uno amplio y otro restringido, unido a la proliferación de fenómenos enteramente nuevos al ritmo del progreso del intervencionismo de una Administración que, a raíz de la crisis económica mundial de 1929, salta las antiguas barreras ideológicas que separaban Estado y sociedad y acude allí donde considera necesaria su presencia para evitar verse nuevamente desbordada, sumen a la doctrina jurídico-administrativa en un mar de confusión. Releer ahora la literatura de la época es como chapotear en un terreno pantanoso en el que, además, la neblina no permite distinguir los contornos de la figuras. Cada autor intenta describir como mejor puede lo que ve, pero como no percibe otra cosa que sombras borrosas sin perfiles definidos, lo que acierta a transmitir no es sino una impresión personal, una impresión vaga, por otra parte, que no coincide con las demás sino en su propia vaguedad. Por eso se dice (ALESSI) que del servicio público hay tantas definiciones como autores y que esa multiplicidad de acepciones ha terminado por convertir el concepto en «una expresión equívoca, con la que se arriesga a engendrar las peores confusiones» (COUZINET), que no tiene más valor que el de una simple etiqueta (WALINE)”, pág. 58.

⁸⁸⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, entiende por tal el servicio vinculado a la titularidad pública de la actividad y eliminación de la libertad de empresa, págs. 13-14.

iniciativa privada participar a través de los medios de gestión indirecta, siempre y cuando el legislador o la Administración lo consideren oportuno”⁸⁸⁹.

Paralela a esa noción estricta se mantiene un concepto amplio de servicio público objetivo, compartido o concurrente, “referido a aquellas actividades en las que su declaración como servicio público no conlleva el monopolio de la titularidad de la actividad en favor de la Administración, aunque la declaración suponga que la actividad deba estar en todo momento garantizada por el Estado”⁸⁹⁰. Ahora bien, aunque no exista reserva de la titularidad, la declaración de dicha prestación como servicio público “no es irrelevante, porque, a través de ella, se está calificando a una actividad o servicio que debe ser en todo momento garantizado por las Administraciones Públicas, sin excluir la iniciativa privada”^{891, 892}.

El constituir la titularidad pública un elemento inherente al régimen jurídico servicio público nos conduce a la discusión doctrinal acerca de si la asunción de la titularidad implica o no monopolio de *iure*⁸⁹³; ante esa cuestión la doctrina mayoritaria responde en el sentido de que la asunción del servicio significa la de la responsabilidad de garantizar la prestación, pero no debe excluir necesariamente la realización de la prestación por agentes distintos de la Administración⁸⁹⁴, por lo

⁸⁸⁹ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, pág. 63.

⁸⁹⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, “Supuestos en los que, como es notorio, se subsumen, entre otros, los también llamados servicios no económicos o sociales (educación, sanidad, acción social, etc.)”, págs. 13-14.

⁸⁹¹ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, pág. 64

⁸⁹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, nº.150, septiembre-diciembre, 1999, págs. 57-73, “así es, me parece, si se tiene presente cuál ha venido a ser el desenlace del proceso de cambio iniciado a mediados de los ochenta: el paso del servicio público a las obligaciones del servicio público que, en el marco de la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales han venido a imponer a las empresas que operan en los sectores liberalizados para preservar los intereses públicos cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y no puede esperarse del libre juego de las fuerzas del mercado”, pág. 68.

⁸⁹³ DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 150; y en ese mismo sentido, ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, 3 vols., Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, págs. 1315-1336, pág. 1330.

⁸⁹⁴ DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 150; y en ese mismo sentido, ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines*

tanto, la reserva mediante ley de servicios considerados esenciales implica, siempre y en todo caso, la monopolización *de iure* de la actividad en que consista el servicio, pero esa titularidad pública no obliga en todos los casos a que la gestión del servicio tenga que responder a un monopolio de gestión por la Administración titular del mismo⁸⁹⁵,⁸⁹⁶.

En cualquier caso, la respuesta de la Administración pública a las necesidades consideradas básicas cabe un concepto de servicio público muy amplio, dado que la doctrina actual es unánime en considerar que la garantía en la satisfacción de manera regular y continua de necesidades consideradas básicas puede realizarse desde distintas concepciones del servicio público que abarcarían desde la *publicatio* y el monopolio *de iure*, incluida la gestión pública, hasta técnicas con mayor presencia de la actividad privada en función de la eficacia en la elección del modelo⁸⁹⁷, técnicas jurídicas en las que están presentes unos rasgos específicos, a saber, la asunción pública de la titularidad de la actividad o de la responsabilidad de

del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla, 3 vols., Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, págs. 1315-1336, pág. 1330.

⁸⁹⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, pág. 10.

⁸⁹⁶ Es indudable que la reserva en la titularidad excluye la libertad de empresa en ese ámbito, pero no presupone, por definición, la necesaria gestión pública; puede abordarse la gestión de los servicios públicos por la iniciativa privada a través de las técnicas de gestión indirecta, principalmente a través de la técnica concesional, disociándose en estos casos la titularidad de la gestión, en este sentido, LÓPEZ GARCÍA, C., “El papel de los servicios de interés general en la reforma de la legislación española de régimen local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y autonómica*, nº 308, septiembre-diciembre 2008, págs. 91-130, pág. 95.

FERNÁNDEZ FARRERES G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, pág. 12.

⁸⁹⁷ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, págs. 13-14.

PLISCOFF VARAS, C. H., “Dilemas teóricos post nueva gestión pública como parte de una revisión de la administración pública para América Latina: reflexiones a partir del eterno problema de la corrupción”, *XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 nov. 2012, sostiene que actualmente “presenciamos un notorio cambio de paradigma, desde una visión que encasillaba la resolución de los problemas públicos por parte del Estado, la racionalidad maximizadora de utilidades por parte del sector privado con fines de lucro, y las obras de caridad o filantropía por organizaciones del sector privado sin fines de lucro. Sin embargo cada vez más aparecen nuevas formas que desafían la rigidez de estas tipologías”, pág. 12. <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/pliscoff.pdf>,

la prestación⁸⁹⁸, su carácter teleológico hacia la consecución de un interés general de la sociedad y su materialización en unas “prestaciones efectivas científicas y residenciables en colectivos concretos de ciudadanos”⁸⁹⁹.

Establecidas estas notas y aplicándolas al acogimiento podemos afirmar que, históricamente y en el contexto normativo español, esta institución ha formado parte de la actividad prestacional de la Administración pública enmarcándose en la doctrina de los servicios públicos subjetivos, y esta consideración ha constituido una constante desde que el Estado consideró como responsabilidad propia la protección y amparo de determinados menores que por sus circunstancias requerían de una atención y cuidado fuera del domicilio familiar, materializando dicha responsabilidad a través de la prestación de un servicio de reubicación del menor en otros entornos físicos donde sus cuidados y educación pasaban a ser responsabilidad de los poderes públicos.

En concreto y en relación con el acogimiento familiar, se considera como el antecedente más claro de este servicio el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Beneficencia de 1852⁹⁰⁰, que establecía la posibilidad del prohijamiento⁹⁰¹ de los

⁸⁹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, nº.150, septiembre-diciembre, 1999, págs. 57-73, “Así es, me parece, si se tiene presente cuál ha venido a ser el desenlace del proceso de cambio iniciado a mediados de los ochenta: el paso del servicio público a las obligaciones del servicio público que, en el marco de la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales han venido a imponer a las empresas que operan en los sectores liberalizados para preservar los intereses públicos cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y no puede esperarse del libre juego de las fuerzas del mercado”, pág. 68.

⁸⁹⁹ SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, pág. 87.

⁹⁰⁰ Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852.

⁹⁰¹ Sin entrar en la discusión si el prohijamiento era una figura de creación de patria potestad o un acogimiento familiar, con contornos similares a la regulación actual, En la Ley V, Título XXXVII, Libro VII de la Novísima Recopilación de Castilla (Real cédula de Carlos IV de 11 de diciembre de 1796), Reglamento para el establecimiento de las casas de expósitos, crianza y educación de estos, en su punto 17 manda, que “se ha de procurar que las amas mantengan á los expósitos hasta la edad de seis años, y cumplidos estos, si ántes no se han hallado personas convenientes que con buenas condiciones los adopten y prohijen, serán llevados al hospicio (...)”

GARCIA GOYENA, F., AGUIRRE, J., *Jueces, Abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, T. I*, editores Gaspar y Roig, Madrid, 1852, los autores en el Título VII, Del Prohijamiento, en el epígrafe 452: “El último modo de constituirse la patria potestad es el prohijamiento, que se define. El acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente: ley 1, tít. 16, Part. 4; y en el epígrafe 454: “El prohijamiento puede recaer sobre un hijo que no tiene padres, ó que si lo tiene no se halla él en su poder, y en este caso se dá á aquel acto el nombre de *arrogación*; ó bien se prohija al que está en poder de su padre carnal, y entonces se llama *adopción*”; pág. 448. Pero, posteriormente, identifica la adopción con la posibilidad de prohijamiento de los

niños institucionalizados en los centros de Beneficencia, entendida como figura legal de protección dirigida para “los niños expósitos, ó abandonados que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre”⁹⁰², que podían “ser prohijados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos, todo á discreción de la Junta provincial de beneficencia”⁹⁰³.

Este prohijamiento^{904 905} se sustanciaba en sede administrativa y era formalizado a través de un acto administrativo emitido por las Juntas provinciales de Beneficencia, era realizado en beneficio del niño⁹⁰⁶, no constituía relaciones de filiación con los acogedores⁹⁰⁷, era revocable cuando los padres lo reclamasen⁹⁰⁸, siempre que la Junta provincial determinase la capacidad de los padres para cuidar

expósitos o abandonados no reclamados por sus padres que contemplaba las reales cédulas de 11 de diciembre de 1796, de 6 de marzo de 1790 y de 2 de junio de 1788, “adopción que puede realizarse por cualquier persona sea hombre o muger, con tal que de ella pueda esperarse que dará buena educación al adoptado; y aunque no constituye patria potestad, el adoptado debe á su padres adoptivo el honor y reverencia”, pág. 420 (epígrafe 466).

⁹⁰² Artículo 22 del Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852.

⁹⁰³ Artículo 22 del Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852.

⁹⁰⁴ ALONSO PÉREZ, M^a T., “Acerca del prohijamiento en el Derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 12, 1991, págs. 136-154, la autora considera que el prohijamiento contemplado en las normas administrativas anteriores a la regulación del Código civil es esencialmente equivalente al acogimiento regulado en el artículo 172.3, 173 y 173 bis del Código civil, y que así lo consideraba el legislador cuando transpone la figura a las normas civiles en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, afirmando que “sería -con las lógicas diferencias-el acogimiento actual que regula el Código Civil”, pág. 137.

En ese mismo sentido, IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, fundamentando dicha posición en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1934, que considera el prohijamiento como una figura administrativa y el acogimiento como una figura no regulada y con ausencia de garantías, pág. 336.

⁹⁰⁵ MÉNDEZ PEREZ, *El Acogimiento de Menores*, Bosch, Barcelona, 1991, considera que el prohijamiento es una figura jurídica distinta aunque con elementos coincidentes, pág. 71.

⁹⁰⁶ Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852, artículo 23: “Las Juntas provinciales de beneficencia cuidarán de que á los prohijados les sean guardados todos sus derechos, y caso de que por cualquier motivo la prohijación viniese a no ser beneficioso al prohijado, las Juntas lo volverán á tomar bajo su amparo”

⁹⁰⁷ Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852, Artículo 22: “(…); pero este prohijamiento no producirá mas efecto que el que determine las leyes”

⁹⁰⁸ Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852, Artículo 25: “Aun cuando alguno estuviese ya prohijado, será devuelto á sus padres que lo reclamaren, los cuales, con la intervención de las Junta, se concretarán antes con el prohijante sobre el modo y forma en que se haya de ser indemnizado de los gastos hechos en la crianza del prohijado”.

al hijo⁹⁰⁹, o cuando, dichos organismos determinasen que los acogedores no cumplieran con el compromiso de mantenimiento, educación y cuidado al que se comprometían⁹¹⁰.

Como antecedentes también es obligado mencionar⁹¹¹ la Orden de 30 de diciembre de 1936⁹¹² que, como novedad importante, establece una estructura administrativa a través de la creación del “Servicio de colocación familiar”, esta Orden, obviando su léxico propio del nacional-catolicismo⁹¹³, constituye el origen del servicio público de acogimiento familiar tal y como actualmente lo concebimos, ya que configura los elementos orgánicos, personales y materiales para la realización de la actividad pública de colocación en familias de niños huérfanos o abandonados, evitando así su institucionalización, disponiendo en su artículo 1 que “se constituirán en cada localidad Juntas presididas por el Alcalde respectivo e integradas por los señores Párroco más antiguo de la localidad, un Inspector municipal de Sanidad y Maestro de superior categoría, las que procederán con la máxima urgencia a hacer una relación de los familiares que, encontrándose en condiciones para imponerse el sacrificio de asilo a niños huérfanos o abandonados, se ofrezcan voluntariamente y con todo el cariño y afecto que esta obra de piedad exige, a dar albergue en su

⁹⁰⁹ Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852, artículo 26: “Se suspenderá la entrega de los niños reclamados á los padres de mala conducta por todo el tiempo en que haya fundadas sospechas de que no les darán buena educación”.

⁹¹⁰ Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852, artículo 23: “Las Juntas provinciales de beneficencia deben cuidar que a los prohijados le sean guardados todos sus derechos, y caso de que por cualquier motivo la prohijación viniese á no ser beneficiosa para para el prohijado, las Juntas volverán a tomar al menor bajo su amparo”.

⁹¹¹ La Ley del 12 de agosto de 1904 de Protección de la Infancia y Represión de la Mendicidad, (Gaceta, 17 de agosto), no aporta novedades respecto al acogimiento de menores.

⁹¹² Orden de 30 de diciembre de 1936, del Gobernador General, dada en Valladolid.

⁹¹³ “Entre los graves y principales problemas que preocupan hondamente al Gobierno del Estado y que ha de resolver en los momentos presentes, ocupa lugar preferente el que se refiere a la rápida y adecuada asistencia que ha de prestarse al considerable número de niños huérfanos o abandonados, que sumados a los que ya tenemos en las regiones que han sufrido los horrores de las hordas salvajes del marxismo, de los sin Dios y sin Patria, hemos de encontrarnos al ocupar Madrid. (...) Para ello nos es preciso acudir una vez más a la inagotable caridad cristiana del pueblo español que con fervorosa asistencia patriótica se incorporó al Glorioso Movimiento Nacional y que con tanta fe, como valor y espíritu de sacrificio, viene aportando a esta grandiosa obra de redención, su prestación valiosa, material y espiritual, en la que se revela el temple de nuestra alma, que con los ojos puestos en Dios, y fe en sus destinos, está dispuesta a vencer en esta Santa Cruzada, y firmemente segura de que en la hermosa y cristiana obra de protección y amparo a tanta criatura desvalida, sumida en el infortunio, hemos de encontrar en el alma nacional todo el apoyo material y espiritual que esta Santa obra demande”.

hogar a uno o dos niños que acogidos así en el santo calor de la familia, tengan en sus infantiles almas todo el calor y cariño de que carecen en su infortunio”. En su punto 2º señala los requisitos exigidos a los acogedores, ya “que deberá tenerse en cuenta (...) el concepto moral de los que (se ofrezcan), para que a los acogidos se les albergue en familias que por sus costumbres, por su religión y moralidad puedan ser para los niños escuela y asilo ejemplar, al mismo tiempo que satisfacción de su necesidad material y cuidando de educación cristiana y de Santo amor a la Patria”. Y en el 3º punto se establece el protocolo para hacer el censo de personas y familias de acogida, a fin de la “implantación de este importante servicio de «Colocación Familiar»”.

Posteriormente, la Orden de 3 de Abril de 1937 refuerza el servicio creado por la Orden de 30 de diciembre de 1936, complementando la implantación del servicio de “Colocación Familiar”, y dotando de una mayor concreción jurídica al acogimiento familiar, deslindándola de la adopción⁹¹⁴ y estableciendo el *status* jurídico de estos niños, que quedan sometidos a la tutela ejercida por las Juntas Locales de Colocación familiar⁹¹⁵, como consecuencia de la privación por la autoridad competente “de los derechos sobre un menor a la persona llamada por Ley a ejercitarlos”⁹¹⁶; a su vez, crea un registro administrativo de menores susceptibles de ser acogidos⁹¹⁷.

⁹¹⁴ Orden de 30 de diciembre de 1936, artículo 1º: “Sin perjuicio de la adopción legal que regula el Código civil en sus artículos 173 y siguientes del capítulo 5º, título 7.º, del libro 1º y disposiciones concordantes con los mismos, que podrán ejercer en cualquier momento las personas que habiendo acogido niños tengan a ello derecho; los menores a quienes se refiere esta disposición podrán ser recibidos en cualquiera de las dos formas siguientes: A) Con carácter permanente. B) Con carácter temporal hasta la edad o momento que en cada caso se estipule”.

⁹¹⁵ Orden de 30 de diciembre de 1936, artículo 9º: “siendo la Colocación familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados por analogía con el principio sustentado en el art. 212 del Código Civil para la de los niños recogidos en establecimientos benéficos, la tutela correspondiente a los acogidos a esta disposición, se ejercerá por las Juntas Locales de Colocación familiar, bajo la inspección de la Junta Provincial de Beneficencia y el Gobierno General del Estado, quienes investigarán en la forma que en cada caso crean más conveniente, como cumplen aquéllas su obligación tutelar. La representación en juicio de estos tutores estará a cargo del Ministerio Fiscal”.

⁹¹⁶ Artículo 13 de la Orden de 30 de diciembre de 1936: “Cuando en cumplimiento de las disposiciones vigente sobre protección a la infancia, las autoridades a quienes corresponda priven de los derechos sobre un menor a la persona llamada por Ley a ejercitarlos (...).

⁹¹⁷ En el artículo 13 de la Orden de 30 de diciembre de 1936: “Cuando en cumplimiento de las disposiciones vigente sobre protección a la infancia, las autoridades a quienes corresponda priven de los derechos sobre un menor a la persona llamada por Ley a ejercitarlos, deberá darse cuenta a la

Posteriormente, la Administración pública dicta una serie de normas que indiquen en el acogimiento de menores abandonados o desamparados pero que no suponen una modificación sustancial de la estructura del servicio, así el Decreto de 23 de noviembre de 1940, que se ocupa de los menores huérfanos y desamparados como consecuencia de la guerra civil y declara que las personas que acojan a los menores ostentarán la tutela legal de los menores⁹¹⁸.

Con la Ley de 17 de Octubre de 1941⁹¹⁹ por la que se dictan normas que faciliten la adopción de los acogidos en Casas de Expósitos y otros establecimientos de beneficencia, se ve reforzada la competencia administrativa sobre los menores desamparados al disponer la reserva en favor de la Administración de la propuesta al juez de adopción⁹²⁰ de aquellos menores tutelados por la Administración, con arreglo al artículo 300 del Código civil, siendo competente la Administración del establecimiento benéfico en el que se encuentre el presunto adoptado⁹²¹, y correspondiéndole a ésta la obligación de vigilar la conducta del adoptante hasta la mayoría de edad del adoptado, pudiendo, en su caso, dejar sin efecto la adopción⁹²².

En la labor de protección encomendada a la Administración, el Decreto de 2 de Julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre

Junta Local de Colocación Familiar correspondiente, para que ésta incluya al niño en el padrón de «Colocación Familiar» y proceda si corresponde a su colocación”.

⁹¹⁸ Con la retórica propia de la época histórica, su Exposición de motivos establecía la prelación para la colocación de los menores en situación de abandono o desamparo como “consecuencia de la guerra”: “en defecto de su propia familia, serán encomendados a personas dispuestas a encender en ellos el fuego del afecto familiar y, no siendo posible la aplicación de este sistema, se confiarán a la Organización benéfico social que el Estado y el Movimiento prestigien como órgano militante de la idea de hermandad nacional. Sólo en último término pasarán a las Entidades de Beneficencia”.

⁹¹⁹ Ley de 17 de Octubre de 1941, Boletín Oficial del Estado nº 299, de 26 de octubre de 1941, en su Exposición de Motivos, señalando que las normas contenidas en el Código Civil “no habían satisfecho en la práctica, el propósito de suplir los vínculos paterno-filiales fundados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes, abandonados en el torno de una Casa de Expósitos o recogidos en otros establecimientos de Beneficencia”.

⁹²⁰ Vid. la redacción originaria del artículo 176, así como el 180 de Código civil.

⁹²¹ Ley de 17 de Octubre de 1941, Boletín Oficial del Estado nº 299, de 26 de octubre de 1941, artículo segundo: “El expediente de adopción se tramitará exclusivamente por la Administración de establecimiento benéfico en que se encuentre el presunto adoptado, y se limitará a averiguar la moralidad y honradez del adoptante o adoptantes y a oír al adoptado, si fuese mayor de catorce años, así como a sus parientes naturales más próximos, si fueren conocidos”.

⁹²² Ley de 17 de Octubre de 1941, Boletín Oficial del Estado nº 299, de 26 de octubre de 1941, artículo quinto.

Protección de Menores⁹²³, disponía en su artículo 57 que junto con el amparo de los “niños moralmente abandonados” se delegaba la función tutelar y el control moral de los hijos de los excarcelados a la “Junta de Protección de Menores”, ordenando en la disposición octava y en el artículo 57 c) lo siguiente: “La sección tercera (de las Juntas de Protección de Menores⁹²⁴) tiene carácter exclusivamente tutelar por motivos de orden moral, referida a menores de dieciséis años y mayores de tres. Su función es la siguiente: c) Favorecer a los niños menores de dieciséis años, necesitados de protección mediante el ingreso en Instituciones o colocación en familias, en evitación de la mendicidad o del peligro moral”.

Como cuestiones a destacar del texto refundido, en lo que aquí interesa, se mantiene el límite de los dieciséis años, y se concretan las funciones del protector social⁹²⁵, figura centrada en aquellos niños de padre y madre desconocidos⁹²⁶, estableciéndose el registro de estos niños⁹²⁷, el registro de personas dispuestas a acoger⁹²⁸, así como el procedimiento que debía llevar a cabo la Junta de Protección de Menores cuando inscribía a un niño de padres desconocidos, teniendo la obligación de iniciar las gestiones para que una de las personas registradas se hiciera cargo del niño, en cuyo caso recibirá el nombramiento de “protector”, cesando desde ese momento la tutela, que conforme al Código civil, le correspondía al Jefe del Establecimiento destinado a la recogida de expósitos⁹²⁹; no obstante, junto a la figura del protector social y su regulación, siguen vigente la figura y regulación del

⁹²³ Decreto de 2 de Julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, Boletín Oficial del Estado nº 206, de 24 de julio de 1948.

⁹²⁴ Artículo 56 b) del Decreto de 2 de Julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, Boletín Oficial del Estado nº 206, de 24 de julio de 1948.

⁹²⁵ Denominación que el Decreto de 2 de junio de 1944, da al acogedor de huérfanos.

⁹²⁶ Artículo 56 b) del Decreto de 2 de Julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, Boletín Oficial del Estado nº 206, de 24 de julio de 1948

⁹²⁷ En su artículo 56 apartado b), I del Decreto de 2 de Julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, Boletín Oficial del Estado nº 206, de 24 de julio de 1948: “Llevará un registro en el que constarán todos los niños cuyos padres sean desconocidos”.

⁹²⁸ Decreto 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, artículo 56 en su apartado b) II: “Se llevará igualmente un registro en el que serán inscritas, previos los necesarios asesoramiento sobre moralidad y solvencia, aquellas personas, individuales o colectivas que se hallen dispuestas a aceptar las funciones de protector de menores”.

⁹²⁹ Artículo 56 b) III del Decreto de 2 de Julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, Boletín Oficial del Estado nº 206, de 24 de julio de 1948, “le será entregado el niño, cesando, a partir de dicho momento, la tutela que, conforme al Código civil, corresponde al Jefe del Establecimiento destinado a la recogida de expósitos”.

prohijamiento, entendido como acogimiento familiar. Por último, el Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores⁹³⁰, que en relación al acogimiento de menores abandonados o desamparados no aporta gran cosa.

2. EL DEBATE DE SU NATURALEZA JURÍDICA CON POSTERIORIDAD A LA LEY 21/1987

Establecida su condición histórica de servicio público⁹³¹, considero que la Ley 21/1987⁹³² al introducir el acogimiento de los menores en el Código civil no altero la misma, dado que mantuvo los rasgos esenciales que se han puesto en ese breve recorrido normativo, pudiendo destacar la titularidad pública de la actividad, su consideración servicio esencial para el menor abandonado o en riesgo por la conducta de los progenitores y, en cuanto a la gestión, este servicio podía ser prestado directamente por la propia entidad pública, en el caso del acogimiento institucional, o por la gestión indirecta, siendo esta fórmula la utilizada en el acogimiento familiar⁹³³, tal y como se contempla en la actualidad.

Si contextualizamos la situación a la que se enfrentó el legislador en 1987, momento en el que ya se había materializado, o estaba en proceso, el traspaso de las competencias sobre protección de menores de la Administración central a las Comunidades Autónomas, es fácil deducir que el marco normativo de protección

⁹³⁰ Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, Boletín Oficial del Estado nº 201, de 19 de julio de 1948.

⁹³¹ Cualquiera de esas técnicas de protección eran consideradas por la doctrina como servicios públicos, así MENDIZABAL OSÉS, L., “La transformación de las estructuras instrumentales de protección a los menores en función de las innovaciones legislativas”, *Revista Ministerio de justicia*, nº 1024, 1973, refiriéndose a las instituciones auxiliares de las Magistraturas Tutelares de Menores, “han de constituir el medio instrumental más adecuado para que en las mismas se imparta el tratamiento a los menores que en el ejercicio de la función protectora o correccional, imponga el órgano jurisdiccional. El carácter técnico de estas instituciones auxiliares (...) entraña la realización de un servicio público fundamental”, pág. 8.

⁹³² Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

⁹³³ En el Preámbulo de la Ley 21/1987, el legislador le “da rango legal de primer orden a una situación hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas. Se ha estimado que la figura posee sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código civil, con lo que también se logrará unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación”

pública se había fragmentado, más bien había desaparecido el cuerpo legal unitario así como la estructuras administrativas centrales, iniciándose una nueva normativa y estructura en cada Comunidad, por lo que la pretensión de la Ley 21/1987 fue “unificar prácticas divergentes”⁹³⁴ a través de su incorporación al Código civil, cuerpo legal cuya competencia era exclusiva del Estado de acuerdo con el artículo 149. 1, 8ª⁹³⁵.

Con esta solución legislativa se garantizaba no solo su existencia como de recurso de materialización de la guarda de un menor cuando su titularidad recaía en un órgano administrativo, cuestión esta de perfecto encaje legal en el Código civil dado que es a este cuerpo legal al que le corresponde regular la patria potestad y sus vicisitudes así como la tutela ordinaria, sino también se pretendió un régimen jurídico unitario respecto a sus requisitos de constitución y contenido en todas aquellas Comunidades Autónomas de Derecho civil común, con una técnica legal dudosa por su ubicación en el Código civil, dado que estas cuestiones deberían haber sido objeto de una regulación estatal independiente, que estableciese y regulase las instituciones y servicios públicos esenciales de protección del menor y de su familia⁹³⁶, en la misma línea establecida en Francia con el *Coda de lactaron sociales et des familleos*; el legislador es consciente de esta carencia por lo que, de manera un tanto sorprendente, asume que con la Ley 21/1987 también se pretende llevar a cabo políticas sociales al afirmar que su incorporación al Código serviría para “difundir su aplicación”⁹³⁷.

⁹³⁴ Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

⁹³⁵ Constitución española artículo 149. 1, “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

⁹³⁶ Al amparo del artículo 148.1 1.ª de la Constitución que reconoce la competencia exclusiva del Estado en “(L)a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, como posteriormente ha hecho la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁹³⁷ Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

Establecido lo anterior, entiendo que no ha existido ruptura en la naturaleza jurídico-pública de esta figura, sino una continuidad en su consideración como servicio público^{938, 939}, incluso cabe decir que la Ley 21/1987 dio un paso más en este sentido al monopolizar toda la actuación relativa a la protección del menor de edad tanto en las situaciones descritas en el artículo 172 del Código civil⁹⁴⁰, cuestión esta que se afianzó con la Ley Orgánica 1/1996 y que, en caso de prosperar es aún más evidente en la regulación de esta figura por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹⁴¹, que elimina del Código civil aquellas cuestiones relativas a la formalización del acogimiento familiar del actual artículo 173, ubicándolas en el articulado de la Ley Orgánica 1/1996, con carácter de normas ordinarias, en concreto en la nueva redacción del artículo 20.

Esta consideración nos aleja de la doctrina civilista que, de manera *cuasi* unánime, lo entiende como un negocio jurídico de familia⁹⁴². Pero es el sistema

⁹³⁸ MILANI, P., ZANON, O., CARBONIN, C., SERBATI, S., IUS, M., DI MASI, D., ONIDA, T., COLAMARTINO, F., *Parole nuove pe l’Affidamento Familiare. Sussidiario per operatori e famiglie*, Le Penseur, Università degli Studi di Padova, Padua, marzo, 2014, entiende que el acogimiento familiar es un servicio público de protección responsabilidad del nivel administrativo correspondiente, con la necesaria colaboración activa de la actuación privada, “responde a un modelo “*per il quale al “pubblico” (servizio) viene chiesto di “contaminarsi” con il privato*”, pág. 83.

⁹³⁹ La posibilidad de que el acogimiento es un servicio público ya se ha planteado, aunque no en estos términos por la doctrina civilista, *vid.* GARCÍA Y GARCÍA, I., “Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1988, págs. 988-1005; CERDÁ GIMENO, J., “Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, mayo-junio, 1987, nº 580, págs. 739 y 764, DE PABLO CONTRERAS, “Comentario al art. 172”, *Comentarios a las reformas del Código civil desde la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, págs. 76-77, aunque se refiere a los poderes de carácter público, de supremacía o superioridad, es decir ejercicio de *imperium* en la tutela ex lege y a la guarda administrativa.

⁹⁴⁰ Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de Adopción, ya era consciente que el éxito de la ley dependía de la actuación de la Administración, “pieza clave de la nueva ley son las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ellas y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción y, en todo caso, la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar”.

⁹⁴¹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

⁹⁴² MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, El acogimiento puede ser calificado como una institución cuasi-familiar, pág. 141, que sin embargo considera la tutela del artículo 172.1 del Código civil como una potestad administrativa de Derecho público, pág. 73;

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y

jurídico-doctrinal de los servicios públicos el que configura los argumentos legales que sirven de apoyo a la obligación de la entidad pública de garantizar este servicio a aquellos menores sobre los que ha asumido su guarda y que requieren de un ambiente familiar donde poder desarrollarse de manera integral, en tanto no se resuelven los problemas de su familia de origen que dieron lugar a la medida de protección de la entidad pública.

Es evidente que el acogimiento familiar del 172 y ss. Del Código civil responde a las características señaladas en cualquier servicio público. En primer lugar el Estado ha reconocido que aquellos menores que se encuentren en una situación de desprotección o de riesgo provocada por la actuación de sus progenitores, que exija la separación del menor de su familia de origen, presentan unas necesidades específicas, arbitrando unos servicios de sustitución del entorno familiar a fin proporcionarle un ámbito, una ubicación⁹⁴³, en la cual el menor quede a cargo de una o unas personas que le proporcionen los elementos esenciales para

Mercantiles de España, Madrid, 2010, considera que tiene naturaleza civil, constituyendo un negocio jurídico de familia, págs. 55-67;

MARTÍN RODRÍGUEZ, Á., "Breve apunte sobre el acogimiento familiar", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 2005, 2004-2005, págs. 109-124, "Si consideramos el acogimiento desde un punto estrictamente jurídico, se considera como un negocio jurídico de Derecho de familia formalizándose por escrito entre la entidad pública correspondiente y el acogedor o acogedores y que precisa de la intervención judicial solo en el caso de que los titulares de la patria potestad o de la tutela siendo conocidos no den su consentimiento", pág. 110.

⁹⁴³ Hay que recordar que ya en el Reglamento para la ejecución de la ley de 20 de Junio de 1849 de la Ley de Beneficencia hace la clasificación siguiente:

Artículo. 2.º Son establecimientos generales de Beneficencia todos aquellos que exclusivamente se hallen destinados á satisfacer necesidades permanentes ó que reclamen una atención especial.

A esta clase pertenecen los establecimientos de locos, sordo-mudos, ciegos, impedidos y decrepitos.»

«Art. 3.º Son establecimientos provinciales de Beneficencia todos aquellos que tienen por objeto el alivio de la humanidad doliente en enfermedades comunes, la admisión de menesterosos incapaces de trabajo personal que sea suficiente para proveer á su subsistencia, el amparo y la educación hasta el punto en que puedan vivir por sí propios.

A esta clase pertenecen los hospitales de enfermos, las Casas de Misericordia, las de Maternidad y Expósitos, las de Huérfanos y Desamparados. »

«Art. 4.º Son establecimientos municipales de Beneficencia los destinados á socorrer enfermedades accidentales, á conducir á los establecimientos generales ó provinciales á los pobres de sus respectivas pertenencias y á proporcionar á los menesterosos en el hogar doméstico los alivios que reclamen sus dolencias ó una pobreza incurable.

A esta clase pertenecen las Casas de refugio y hospitalidad pasajera y la Beneficencia domiciliaria.»

«Art. 6.º (...).En cada capital de provincia se procurará que haya por lo menos un Hospital de enfermos, una Casa de Misericordia, otra de Huérfanos y Desamparados y otra de Maternidad y Expósitos.

alcanzar desarrollo integral hasta su reincorporación a su familia de origen o el establecimiento de otra medida de protección más estable, es decir, el acogimiento familiar del artículo 172 deriva como servicio público de un acto político, es una decisión discrecional de los poderes públicos. Decisión coherente con la consideración de que las necesidades de estos menores son una cuestión de interés público, constituyen una necesidad esencial e imprescindible para el interés superior de determinados menores con resolución de protección ex artículo 172 del Código civil y por lo tanto se consideraba una responsabilidad de la Administración pública que se canaliza a través de la acción prestacional de la Administración como un servicio esencial⁹⁴⁴ que cumple una función social⁹⁴⁵.

En segundo lugar, el acogimiento familiar del Código civil es un servicio esencial reservado al sector público, con carácter de monopolio⁹⁴⁶, enmarcándose dicha reserva al amparo del artículo 128.2 de la Constitución, “mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales especialmente en caso de monopolio”^{947, 948} y, como hemos visto, la reserva de un servicio considerado

⁹⁴⁴ SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, “los servicios que caben ser calificados como «esenciales» en la regulación que resulta del citado Capítulo Tercero son los siguientes: 1. La protección integral familiar (artículo 39) (...)”, pág. 146.

⁹⁴⁵ Carácter que se deduce del mandato constitucional del artículo 39, cuando señala la responsabilidad del Estado en la protección social, económica y jurídica de la familia, especificando la Carta Magna que el Estado debe asegurar la protección integral de los hijos y , además, durante su minoría de edad los poderes públicos deben garantizar la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁹⁴⁶ Sobre la imposibilidad a partir de la Ley 21/1987 de acordar acogimientos familiares de manera privada, a través de acuerdos entre los padres y un tercero para la delegación de la patria potestad, *vid.*, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989.

Esta idea se encuentra también en el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de Adopción que encomienda “de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción y, en todo caso, la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar”.

⁹⁴⁷ FERNÁNDEZ FARRERES G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21, “Por tanto, si la reserva de servicios que se consideran esenciales determina la titularidad pública de las correspondientes actividades y, por tanto, la exclusión de la libertad de empresa en esos ámbitos, todo ello sin perjuicio de que la gestión pueda ser pública –produciéndose así el monopolio de gestión– o privada –a través de las distintas formas de gestión indirecta de los servicios y, en especial, mediante la técnica concesional– ese servicio reservado o publicado, con tal alcance y consecuencias jurídicas, bien puede identificarse con la categoría de servicio público en su acepción subjetiva. Y es que la categoría de servicio público admite y engloba los supuestos de titularidad pública sobre las correspondientes actividades y la correlativa exclusión del ámbito de la

esencial supone la asunción de su titularidad pública (servicio público subjetivo), que en el acogimiento familiar encuentra su título concreto en el mandato que el artículo 172.1 del Código civil hace a una Administración determinada, a la entidad pública a la que en su respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores⁹⁴⁹, artículo que en relación con el artículo 172.3⁹⁵⁰, supone que se atribuye de manera exclusiva a dicha entidad la titularidad de la guarda de estos menores y el recurso del acogimiento, limitando la actividad de los particulares en dicho servicio. La entidad pública asume la titularidad del servicio desde un mandato imperativo, de manera exclusiva y no por un acuerdo de voluntades entre las partes⁹⁵¹.

Por lo tanto, el hecho de calificarlo como servicio esencial reservado en exclusiva a la titularidad de la entidad pública supone la constitución de un monopolio de *iure* a favor de dicha entidad, dándole al término monopolio el significado que indicábamos anteriormente; en el servicio de acogimiento familiar, tal y como está planteado en el Código civil, los particulares o la iniciativa privada sólo podrán participar o gestionar ese servicio previa autorización o acreditación y

libre iniciativa privada, por lo que, en este sentido, puede identificarse con la reserva realizada conforme al procedimiento del artículo 128.2 de la Constitución”, pág. 12.

⁹⁴⁸ Bien es cierto que, actualmente, se defiende otra interpretación de este artículo 128.2 de la Constitución, principalmente en relación con los servicios de contenido económico, que entienden que la Constitución no obliga a la reserva de servicios esenciales, basta con la habilitación concreta para que la administración actúe en un ámbito económico determinado, en concurrencia con el mercado, pero en nuestro caso no estamos ante un servicio económico.

⁹⁴⁹ Entidad pública que por definición es un órgano autónomo, tal y como señala la Ley Orgánica 1/1996 en su Disposición vigésima segunda: “Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización”.

El Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en su Disposición adicional primera. Utilización de la expresión «Entidad Pública»: “Se utilizará en los textos legales la expresión «Entidad Pública» referida a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente”.

⁹⁵⁰ En el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, el contenido de este artículo, con sus modificaciones, pasa a tener el ordinal 172 ter.

⁹⁵¹ La calificación del acogimiento como servicio público deriva pues de un título concreto, dado que la calificación de servicio público no puede otorgarse expansivamente, y deberá ser negada en tanto no aparezca con nitidez la razón de la inmisión del Estado en el específico sector que se contemple, en nuestro caso es evidente que se ha publicado actuando como título jurídico de la misma el reconocimiento de una necesidad de interés público y en la función social que cumple el acogimiento respecto a los menores en la situación establecida en el Código civil, asunción de la tutela por la entidad pública por declaración de desamparo o la sola asunción de la guarda a solicitud de los progenitores.

adjudicación de la entidad pública, técnica esta que disocia la titularidad de la gestión⁹⁵², y que está sujeta a los poderes de dirección y control, ya que la Entidad pública “retiene en todo momento la titularidad de la actividad o servicio”⁹⁵³.

Esta consideración de servicio público reservado implica su prestación obligatoria por la entidad pública, que deberá aportar para su gestión los medios materiales, técnicos y personales necesarios para hacer real la prestación en que el servicio consiste⁹⁵⁴, por lo tanto, cuando por resolución administrativa o judicial se haya determinado que es el recurso que mejor integra el interés superior de un menor cuya situación responda a los supuestos de hecho del artículo 172, la entidad pública tendría el deber de prestarlo de una manera continuada y regular, del tal modo que a esa obligación se correspondería el derecho del menor a recibir dicho servicio, cuestión esta que se abordará en epígrafes posteriores.

En resumen, el acogimiento familiar establecido en el Código civil para materializar la guarda de aquellos menores sobre los que ha recaído resolución de desamparo por el incumplimiento, inadecuado o imposible ejercicio de los deberes de protección que le corresponden a padres o tutores (artículo 172.1 del Código civil) o resolución de aceptación de la guarda a solicitud de estos cuando por circunstancias graves y transitorias no puedan asumir su cuidado (artículo 172.2⁹⁵⁵), es un servicio que debe ser conceptuado, desde el punto estrictamente jurídico, como servicio público en sentido estricto, desde el momento en que la entidad pública asume la actividad prestacional de manera exclusiva, detrayéndola de la iniciativa particular, por entender que el objetivo que se pretende alcanzar es de interés general.

⁹⁵² LÓPEZ GARCÍA, C., “El papel de los servicios de interés general en la reforma de la legislación española de régimen local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y autonómica*, nº 308, septiembre-diciembre, 2008, págs. 91-130, pág. 95.

⁹⁵³ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, pág. 63.

⁹⁵⁴ DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, “con el reconocimiento de una necesidad pública y la decisión de satisfacerla, el Estado se irroga la responsabilidad de un sector de actividad, estableciendo los medios materiales y personales que en él actúan unas potestades muy intensas”, pág. 133.

⁹⁵⁵ En el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, se corresponde con el 172 bis.

El Código civil establece, con algunos matices, los elementos esenciales que forman parte del diseño y estructuración consensuados por la doctrina para todo servicio público, en concreto, el Código civil contiene en su regulación del acogimiento familiar:

- Determinación de aquellas situaciones o necesidades que de producirse, deben ser objeto de intervención social, establecidas en el artículo 172.1 y 172.2
- Especificación del perfil de las personas destinatarias o futuros usuarios, concretándose requisitos de edad, sexo, situación social, situación de dependencia, etc., en nuestro caso, la identificación con el menor.
- El objeto o finalidad del servicio, en el sentido de cuál es la situación o necesidad que debe ser cubierta por el servicio, señalado en el artículo 172.3.
- Requisitos y procedimiento de acceso, declaración administrativa de desamparo o admisión de la guarda a petición de los progenitores
- El contenido o prestaciones que conlleva el servicio, ya sean prestaciones técnicas, económicas, personales etc.
- Modalidad de realización.

Y a estos elementos responde la regulación efectuada por el artículo 172 y ss. del Código civil que analizaremos, como no podía ser de otro modo, desde la perspectiva del Derecho civil, ya que la regulación contenida en ese texto es la que establece los límites a la discrecionalidad de la goza el poder público en el establecimiento y configuración de los servicios públicos.

3. EL NECESARIO REPLANTEAMIENTO DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR.

Ahora bien, si el acogimiento familiar desde su configuración como servicio público no ha sufrido cambios drásticos, sí hay que admitir la total y absoluta

transformación que ha supuesto la nueva concepción holística de la protección del menor y, en mayor medida, el desarrollo que el concepto jurídico del interés del menor ha experimentado en los últimos tiempos, tal y como ya expusimos.

Este cambio de paradigma⁹⁵⁶ tiene su origen en las aportaciones de otras ciencias sociales que han profundizado sobre la actividad que debe desarrollar la entidad pública en las medidas de protección heterofamiliar para que el acogimiento responda realmente al superior interés del acogido; estos estudios han supuesto el replanteamiento del concepto estricto de acogimiento familiar como relación jurídica entre acogedores y el menor con la consiguiente limitación del ejercicio de la patria potestad o de la tutela y, por lo tanto, pensado únicamente como una figura legal de separación del menor de su unidad familiar mientras la situación de los progenitores o del tutor hace inviable la convivencia con aquel, a considerarlo como una figura legal que sirve de instrumento para reparar las disfunciones familiares que condujeron a la ruptura, con la finalidad de preservar la unidad familiar, aunque es evidente que en determinadas situaciones eso será imposible por ser contrario al interés del menor, por lo que habrá que arbitrar otras medidas.

Ello supone conceptualarlo como una intervención integral, que comprende al menor, a su familia, a la familia acogente y, en definitiva, al contexto relacional del menor, lo que ha supuesto una redefinición de los derechos del menor acogido, entre otros el derecho a mantener el contacto con los progenitores, el derecho a participar en la toma de decisiones sobre él que adopten cualquiera de las partes implicadas, la necesaria asistencia en el proceso de adaptación al acogimiento, el derecho a la preparación del momento de reunificación, etc. Así como una nueva consideración del papel que debe jugar los progenitores durante el acogimiento de su menor, participando en las decisiones relativas al hijo, el derecho de visita, de

⁹⁵⁶ Vid., MILANI, P., ZANON, O., CARBONIN, C., SERBATI, S., IUS, M., DI MASI, D., ONIDA, T., COLAMARTINO, F., *Parole nuove pe l’Affidamento Familiare. Sussidiario per operatori e famiglie*, Le Penseur, Università degli Studi di Padova, Padua, marzo, 2014.

PAUL, E., VERRIER, B., *Mission d’enquête sur le placement familial au titre de l’aide sociale à l’enfance*, Inspection générale des affaires sociales RM2013-018P, 2013.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000413/0000.pdf>

WISLET, J.-M., CORDIER, R., DUBOIS, A., GILLET, C., GUILLE, A., WISLET, M., “Les dispositifs d’accueil familial pour mineurs en danger et/ou en difficultés présentant une problématique lourde”, *Rapport de synthèse réalisé à la demande de la Ministre de l’Enfance et de l’Aide à la jeunesse pour le Gouvernement de la Communauté française*, verano, 2007.

cortas estancias con el menor, etc. Es indudable que los acogedores también han visto modificado el enfoque de su rol, reclamando más apoyos económicos y técnicos para llevar a cabo una difícil labor, que requiere de una mayor formación y profesionalización, en este sentido se ha pasado de la consideración de la familia de acogida como “familia alternativa” a su consideración como elemento del sistema de servicios sociales⁹⁵⁷.

Todo ello ha supuesto un aumento de la complejidad de la institución, principalmente, en las exigencias que esto supone en el ámbito profesional de los servicios públicos sociales, y una mayor exigencia a la entidad pública que debe poner al servicio del acogimiento familiar todas aquellas prestaciones que coadyuven a los implicados en el acogimiento, menor, acogedores, progenitores a alcanzar esa meta de reunificación⁹⁵⁸.

Esta necesaria actuación de la entidad pública no es sino el cumplimiento del mandato establecido en el Código civil cuando en el artículo 172.4 establece que se “buscará siempre el interés del menor, y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su inserción en la propia familia”, complementado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que señaló como un principio básico del interés del menor

⁹⁵⁷ MILANI, P., ZANON, O., CARBONIN, C., SERBATI, S., IUS, M., DI MASI, D., ONIDA, T., COLAMARTINO, F., *Parole nuove pe l’Affidamento Familiare. Sussidiario per operatori e famiglie*, Le Pensur, Università degli Studi di Padova, Padua, marzo, 2014, “la famiglia affidataria è “partner” del sistema dei servizi e non è una famiglia alternativa alla famiglia dei bambini accolti”, pág. 80. Señalando los autores que la familia de acogida no es una isla no puede estar sola en el proceso de acogida porque el buen éxito del acogimiento familiar depende de la medidas de protección, externas e internas, que la Administración dispense a esa familia, pág. 81.

⁹⁵⁸ FERNÁNDEZ DEL VALLE, J.; ÁLVAREZ-BAZ, E., BRAVO, A., “Acogimiento en familia extensa. Perfil descriptivo y evaluación de necesidades en una muestra del Principado de Asturias”, *Bienestar y Protección Infantil*, 1, 1, 2002, págs. 34-56, aunque refiriéndose al papel que debe jugar el acogimiento familiar por familia extensa, su planteamiento es válido para el acogimiento familiar en general “(el) acogimiento puede ser concebido como medida extrafamiliar, de separación. Sin embargo, dado que el niño queda en la red de su propia familia puede también definirse como una medida de preservación familiar (si no de su hogar nuclear, sí de su red familiar). Este debate es importante porque si se trata de una medida extrafamiliar debería ser temporal y sujeta a una posterior medida definitiva. En cambio, si es medida de preservación son otros los apoyos a prestar y se debería favorecer la estabilidad de la situación. Los tiempos de duración y algunas otras notas que caracterizan estos acogimientos parecen indicar que, al menos tácitamente, se está considerando como una medida de preservación. Estamos pues ante un asunto de plena emergencia en la protección infantil en todos los países de nuestro entorno cultural y sobre el cual, en España, no parece haberse iniciado un debate y estudio formal”, pág. 38-39.

su mantenimiento en su familia de origen, (siempre que sea posible)⁹⁵⁹, tal y como dispone su artículo 11.2º, así como su integración familiar y social y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas concretas de protección, garantizando ese interés superior a través de los derechos⁹⁶⁰ que, en nuestro caso, asisten al menor acogido.

En el debate sobre la finalidad que se pretende alcanzar con esta medida, es importante tener en cuenta las consideraciones que hacíamos sobre la persona del menor y su consideración de ser social, relacional, en continua evolución en función de un contexto determinado, cuestión está que no puede obviarse al analizar la figura del acogimiento, cuyo desarrollo práctico y las garantías de los derechos y obligaciones de las partes implicadas debe ser implementado por las aportaciones de campos ajenos al Derecho.

En este sentido, es imprescindible hacer referencia a la influencia ejercida por los estudios sobre el desarrollo de los humanos y sus necesidades en sus primeras etapas vitales, refiriéndonos de manera concreta a los realizados desde la psicología por su influencia en la configuración y calidad exigida a este servicio público esencial para el interés de estos menor ya que queda afectado el desarrollo

⁹⁵⁹ Sin embargo en Francia, este derecho del menor está recogido en el Code civil desde su modificación por la Ley n°2007-297 du 5 mars 2007, en su artículo 375-2: *“Chaque fois qu’il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel. Dans ce cas, le juge désigne, soit une personne qualifiée, soit un service d’observation, d’éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d’apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu’elle rencontre. Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l’enfant et d’en faire rapport au juge périodiquement.*

Lorsqu’il confie un mineur à un service mentionné au premier alinéa, il peut autoriser ce dernier à lui assurer un hébergement exceptionnel ou périodique à condition que ce service soit spécifiquement habilité à cet effet. Chaque fois qu’il héberge le mineur en vertu de cette autorisation, le service en informe sans délai ses parents ou ses représentants légaux ainsi que le juge des enfants et le président du conseil général. Le juge est saisi de tout désaccord concernant cet hébergement.

Le juge peut aussi subordonner le maintien de l’enfant dans son milieu à des obligations particulières, telles que celle de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d’éducation, ordinaire ou spécialisé, le cas échéant sous régime de l’internat ou d’exercer une activité professionnelle”.

⁹⁶⁰ GALIANO MARITAN, G., "La convención de los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo, 2012, "La apreciación del Interés Superior del menor, de lo que su bienestar demanda, debe ser simple y llanamente sustituida por la de sus derechos: lo que sí debe hacerse es examinar todos y cada uno de los derechos del menor en tal proceso de evaluación, sencillamente porque todo derecho protege un interés legítimo, en este caso del niño, y es su interés lo que se pretende determinar", www.eumed.net/rev/cccss/19/

de su personalidad y sus relaciones familiares. En concreto, y por su especial incidencia en los estudios sobre acogimiento familiar⁹⁶¹, nos decantamos por las aportaciones realizada por BRONFENBRENNER⁹⁶² en su teoría de los sistemas ecológicos, aún siendo conscientes que no suponen un cierre del estudio del desarrollo humano en esta fase, pero sí una inestimable aportación.

En ese sentido, el menor, como ser humano en desarrollo, está en el centro, inmerso en varios sistemas ambientales, que comprenden desde el microsistema, que se refiere a las interacciones y escenarios inmediatos del menor, al contacto directo de éste con las personas de su entorno más próximo, en general los padres⁹⁶³, nivel que a medida que el ser humano va creciendo adquieren mayor complejidad y se diversifican en distintos microsistemas donde el menor entra en relación con un número creciente de personas distintas de los progenitores, la guardería, estancias con los abuelos etc., y si es un menor acogido desde muy temprana edad, hay que añadir la familia de acogida y las relaciones donde se

⁹⁶¹ Es indudable que no están orientadas hacia este recurso el modelo mecanicista de Overton, ya que este modelo “se encuentra próximo a una epistemología realista que intenta reducir los fenómenos observados a principio fijos y materiales (del entorno u orgánicos)”, MARTÍ SALA, E., *Psicología evolutiva: teorías y ámbitos de investigación*, Anthropos, Barcelona, 1991, pág. 40; ni los de los conductistas John Watson y B. F. Skinner, *vid.*, SKINNER, B. F., *Sobre el conductismo*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1994, “a partir del análisis experimental del comportamiento indica que el ambiente cumple las funciones que antes se asignaban a los sentimientos y a los estados internos introspectivamente observados del organismo. Sólo lentamente se ha reconocido este hecho. Solamente una evidencia muy fuerte del papel del ambiente podría compensar los efectos del mentalismo que dirige la atención hacia supuestas causas internas”, pág. 224; PELLÓN SUÁREZ DE PUGA, R., “Watson, Skinner y Algunas Disputas dentro del Conductismo”, *Revista Colombiana de Psicología*, v. 22, nº 2, julio-diciembre 2013, págs. 389-399.

⁹⁶² Seguiremos el estudio de este autor realizado por SCHAFFER, D., *Psicología del desarrollo. Infancia y adolescencia*, Thomson, México, 2007, que entiende que para BRONFENBRENNER los ambientes naturales son la fuente principal de influencia sobre las personas en desarrollo, y define el ambiente como “un conjunto de estructuras anidadas, cada una dentro de la siguiente, como un conjunto de muñecas rusas”, págs. 63-66.

⁹⁶³ DALY, M., *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, (Resumen y conclusiones) DALY, M. (ed.), Informes, estudios e investigación, 2012, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012, “La parentalidad es así mismo reconocida como una actividad centrada en la interacción padres-niño. Según indican las investigaciones una concepción sensata de la parentalidad debería reconocer y apreciar en su justo valor la idea de una relación recíproca, es decir de una influencia tanto de los niños sobre los padres como de los padres sobre los niños (se dan forma mutuamente). En resumen, se puede decir que la investigación se orienta cada vez más hacia una visión global de la parentalidad y de sus influencias, según la cual padres y niño se encuentran en el centro de un proceso cuyas influencias y posibles resultados son múltiples”, sosteniendo también el autor “el comportamiento parental está formado por numerosas influencias, entre ellas, sobre todo, las características y los recursos personales de los padres, las características del niño y las diversas fuentes de estrés y de apoyo, en especial las condiciones de vida materiales y la calidad de las relaciones con los allegados, la familia y los amigos”, pág. 130.

mueve esta familia, así como los profesionales del servicio público, constituyendo el microsistema un contexto dinámico para el desarrollo en los que el menor influye en cada una de las personas de este nivel con las que se relaciona, a la vez que es influido por ellas.

El segundo gran círculo que debe ser tenido en cuenta en el desarrollo práctico de este servicio es el mesosistema, que comprende las interrelaciones entre los microsistemas que tiene en común al menor, pero que se relacionan sin necesidad de la presencia del menor, en el caso del acogimiento familiar, la coordinación y la interdependencia de los implicados en el mesosistema es una condición casi inexcusable para logra la finalidad del acogimiento familiar, porque la calidad de esas relaciones va a condicionar, en gran medida, la consecución de la finalidad del mismo⁹⁶⁴.

Pero además de estos niveles, más o menos próximos, en el servicio público del acogimiento familiar influye de manera importante el exosistema aunque, aparentemente, es ajeno a esta figura legal pero que, sin embargo, forma parte sustancial de la obligación de las Administraciones públicas de realizar prestaciones positivas a través de otros servicios sociales para cumplir con la finalidad que legitima su intervención en la vida familiar, establecer los medios para desarrollo integral del menor acogido y facilitar su retorno, en este nivel deberá poner a disposición de los implicados servicios tales como los programas de formación de los profesionales que van a entrar en contacto con el menor o que deben tomar decisiones que influyan en la vida de esas familias o del menor⁹⁶⁵, , la

⁹⁶⁴ HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., "El riesgo social de la infancia", *Los derechos de los niños: responsabilidad de todos*, VICENTE GIMÉNEZ, T., HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., (coords), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2007, entienden que "el riesgo social se relaciona cada vez con más áreas de la vida y, por tanto, se ha de vincular estrechamente a la calidad de vida del contexto social donde se aplique. La dificultad de medir el riesgo social en la infancia proviene del hecho de ser éste un concepto multidimensional, que se relaciona con diversas esferas: sociales, económicas, jurídicas, educativas, familiares, etc.", pág. 25.

⁹⁶⁵ LIPPMAN, L. H., BRADFORD WILCOX, W., *World Family Map 2014: Mapa de los cambios en la familia y consecuencias en el bienestar infantil, Inestabilidad familiar y salud en la primera infancia en los países en vías de desarrollo*, Child Trends and The Social Trends Institute, Nueva York-Barcelona, 2014, en estos estudios se pone en evidencia que las familias no gestionan sus vidas de manera aislada, su capacidad para proveer el cuidado de los hijos y su desarrollo no depende sólo de las capacidades y actitudes parentales, sino que influye de una manera esencial el entorno social, económico y político que las rodea, detectando los autores una falta de compromiso político en el

implementación de los programas de apoyo a la diversidad de los centros escolares, o de los programas de adaptación curricular, la inclusión de la mediación en el ámbito del acogimiento familiar, las ayudas económicas, de apoyo y técnicas a las familias, de origen y de acogida⁹⁶⁶, etc.

Por último, el servicio público de acogimiento familiar debe insertarse en un macrosistema⁹⁶⁷, en un contexto político que influye en la forma de legislar o de concretar el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, en la decisión de una mayor o menor presencia del Estado en función de que se entienda por Estado social⁹⁶⁸ y cual deba ser su actividad prestacional, etc.⁹⁶⁹.

fortalecimiento de políticas sociales destinadas a fortalecer a la familia, principalmente en los momentos de crisis económica

⁹⁶⁶ Sobre los distintos mecanismos de protección de la familia, *vid.*, ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á., *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, el autor analiza el sistema de protección social de la familia desde las normas de la Seguridad Social, la legislación laboral, la asistencia social, los servicios sociales, así como desde la política fiscal, política educativa, política de vivienda, etc., para concluir que no existe un enfoque global sino sectorial y territorial, complejo y confuso.

Por ejemplo, Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, en su artículo 1.2 en relación con la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables: “Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:

- a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
- b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

4. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: (...)

b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar”.

⁹⁶⁷ Entendiendo por tal un determinado contexto cultural o subcultural de clase social o económica en el que están integrados los niveles anteriores.

⁹⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial SEC(2010) 1564 final, 2. 2.2: “La pobreza inhibe el desarrollo personal y afecta negativamente a la salud del niño, a su rendimiento escolar y a su bienestar general. Un niño que crece en un ambiente pobre y de exclusión corre un mayor riesgo de convertirse en un adulto marginado, enmarañado en un «ciclo» que pasa de generación en generación. Para ayudar a los niños a salir de la pobreza hace falta un planteamiento pluridimensional que abarca las políticas de empleo (para ayudar a los padres a encontrar trabajo); el diseño de los sistemas fiscales y de prestaciones; la prestación de servicios esenciales, por ejemplo servicios de guardería de calidad; la educación y la protección de los derechos de los niños, algo que se ha convertido en un objetivo explícito de la Unión en el Tratado de Lisboa. También son cruciales las políticas centradas en la igualdad de oportunidades y la familia”.

⁹⁶⁹ PICORNELL LUCAS, A., *La infancia en desamparo*, Naus Llibres, Valencia, 2012, pág. 102.

Como cuestión interesante que debe ser tenida en cuenta en el servicio de acogimiento familiar y que deriva del desarrollo del menor es la influencia del tiempo, el cronosistema, cuestión que ya tratamos cuando analizamos el interés del menor, por lo tanto, las acciones de protección relacionadas con este servicio, incluido el servicio mismo, deben tener una duración determinadas, y en todo caso, deben ser revisadas, poniéndose fin a las mismas o modificándola o sustituyéndola por otra⁹⁷⁰.

Estas aportaciones tienen un perfecto encaje en la forma que debe concebirse y regularse esta figura jurídica y proporciona un marco teórico importante que nos indica que la mejor forma de poner los medios para lograr un desarrollo integral de estos menores es tener en cuenta las influencias ambientales y su espacios relacionales y refuerzan la idea de que el acogimiento familiar no es una figura jurídica que se pueda entender y analizar de manera aislada de aquellos recursos sociales que tengan como destinatarios al menor y su familia. Es evidente que los contextos de riesgo en los que puede encontrarse el menor en el seno de su familia obedecen, en la mayoría de los casos, a situaciones derivadas de problemas estructurales ya sea por razones económicas, sociales, laborales, etc., que indiquen sobre la familia y el menor, que no pueden analizarse solo desde la responsabilidad individual de los miembros de la familia, incluido el menor, hay que combatir las desde la responsabilidad de los poderes públicos que deben establecer políticas de prevención familiar que permitiese a las familias poder asumir las funciones que el derecho le confiere.

Asimismo, condicionan la regulación del acogimiento familiar establecida por el Código civil que no puede ser concebida como una figura jurídica que se agota en sí misma, las obligaciones de la entidad pública van más allá del perfeccionamiento del acuerdo de acogimiento con la colocación del menor en el seno de una nueva unidad familiar, dado que de acuerdo con la redacción del artículo 173 del Código civil es quién asume las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía,

⁹⁷⁰ El art. 441 y 442 del Código civil francés han incorporado esta tendencia en las medidas de protección de los incapaces, así la tutela y la curatela tienen una vigencia de 5 años, transcurridos los cuales si no hay renovación judicial, la persona deviene capaz. Y en relación con los menores con medidas de protección, el art. 375 del Código francés también establece plazo para las medidas judiciales educativas adoptadas para un menor.

alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, y esa responsabilidad pública debe comprender una actividad positiva que supera la obligación que le atribuye el Código del control posterior del servicio y las comunicaciones preceptivas de esta situación al Ministerio fiscal.

Como cuerpo legal privado por excelencia, el Código no hizo mención de la necesaria actividad público-asistencial para la implantación del acogimiento familiar, más allá de la disposición del artículo 172.4 de que “se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia”, dejándolo en manos de las Comunidades autónomas⁹⁷¹, actividad que en el momento de la transposición de este servicio al Código civil ya habían iniciado su evolución desde un concepto meramente asistencialista, (ese era el sentido del artículo 148.1.20ª de la Constitución cuando atribuye la asistencia social como competencia exclusiva de las Comunidades autónomas), a un concepto de servicio público con unos contornos propios⁹⁷², centrado su enfoque en los servicios a la persona⁹⁷³, que han dado lugar a la actual configuración de los servicios sociales⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ Aunque ya he reiterado que el legislador era consciente que la necesaria actividad positiva de la entidad pública y lo afirma en el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de Adopción, ya era consciente que el éxito de la ley dependía de la actuación de la Administración: “No se oculta, desde luego, que el éxito de la reforma vendrá en gran parte condicionado por el buen funcionamiento de estas instituciones”, refiriéndose a la entidad pública y a las entidades privadas acreditadas.

⁹⁷² En ese tránsito fueron fundamentales las publicación por las Comunidades Autónomas de las Leyes de servicios sociales, porque como establece BELTRÁN AGUIRRE, que aunque refiriéndose a la Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, de Servicios Sociales, fueron leyes que, en ese momento, rompieron “con los cimientos jurídicos en que se asentaba la tradicional actividad pública de beneficencia y asistencia social, construyendo *ex novo* un sistema de acción social más acomodado a los imperativos constitucionales. Es incuestionable que entonces (1983) fue abiertamente innovadora y cumplió un importante papel abriendo el camino para transitar de un periclitado sistema de beneficencia pública a un sistema de acción social en línea con la socialización del Estado operada por la Constitución de 1978”, BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La ordenación legal de los servicios sociales en Navarra: algunos aspectos necesitados de reforma”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 25, 1998, págs. 283-300, pág. 284.

⁹⁷³ MASSERA, A., “Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XLV, nº 1, marzo, 1991, pág. 4, para el autor una de las consecuencias del Estado social es una nueva concepción del servicio público centrado en y para las personas: “*l'accrescimento della spinta al passaggio del «servizio pubblico», nel senso tradizionale proprio della dottrina francese classica, come espressione astratta e indifferenziata dell'agire amministrativo, a concreto servizio per il pubblico, secondo una logica di profonda integrazione tra amministrazione e società*”.

⁹⁷⁴ Sobre los antecedentes de los servicios sociales es interesante vid. CASADO, D., “Apunte histórico de la construcción de los servicios sociales”, en *Perfeccionamiento de los Servicios Sociales en España*, CASADO, D. y FANTOVA, F., (coords.), Cáritas, Madrid, 2007, págs. 81 a 145; MUÑOZ

4. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y LA COMPLEMENTARIEDAD DEL SISTEMA INTEGRADO DE SERVICIOS SOCIALES

De lo anteriormente expuesto se hace necesario abordar una cuestión fundamental para la comprensión del servicio de acogimiento familiar concebido como un recurso integral, cuestión que se plantea desde la inclusión por las Comunidades Autónomas de esta figura en sus sistemas de servicios sociales, con la advertencia de que la naturaleza jurídica de los servicios sociales autonómicos no responde a un concepto restringido de servicio público, como tendremos ocasión de comprobar; el hecho de que el acogimiento familiar del Código civil esté en sede normativa de los servicios sociales autonómicos se debe a razones históricas, tal y como tuvimos ocasión de exponer, pero también puede ser justificada por la complementariedad de otros ámbitos prestacionales propios de los servicios sociales, necesarios para la consecución del fin último que se pretende alcanzar con el acogimiento familiar⁹⁷⁵, la efectividad del derecho del menor a reintegrarse en su núcleo familiar⁹⁷⁶, o en su caso, el establecimiento de otra medida de protección más estable.

MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo, y Derecho público en general*, t. I, Civitas, Madrid, 2004, págs. 724 y ss.

⁹⁷⁵ RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012: "Entendemos por programa de acogimiento familiar con familia ajena, el conjunto de objetivos, recursos y procesos, que cada administración pública pone a disposición del desarrollo la medida definida en el Código Civil art.173, en su modalidad de acogimiento en familia ajena", pág. 17.

⁹⁷⁶ MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, porque "una vez separado el menor de su propia familia a consecuencia de su declaración de desamparo y de la asunción por la entidad pública de la tutela administrativa, el ejercicio de su potestades por la Administración ha de estar preferentemente encaminada al retorno del menor a aquella", pág. 21.

WISLET, J.-M., CORDIER, R., DUBOIS, A., GILLET, C., GUILLE, A., WISLET, M., "Les dispositifs d'accueil familial pour mineurs en danger et/ou en difficultés présentant une problématique lourde", *Rapport de synthèse réalisé à la demande de la Ministre de l'Enfance et de l'Aide à la jeunesse pour le Gouvernement de la Communauté française*, verano, 2007, "Cette caractéristique peut être mise en perspective avec la philosophie du décret du 04 mars 1991 relatif à l'Aide à la Jeunesse et différents instruments internationaux, dont on a pu écrire qu'ils « sont donc clairs : priorité au maintien dans la famille ; le placement n'est qu'un pis-aller et l'Etat a une obligation positive d'encadrement de la mesure afin qu'elle ne provoque pas la rupture du lien familial", http://www.cere-asbl.be/IMG/pdf/Dispositifs_accueil_familial_aout_2007.pdf

PAUL, E., VERRIER, B., *Mission d'enquête sur le placement familial au titre de l'aide sociale à l'enfance*, Inspection générale des affaires sociales RM2013-018P, 2013, considera que en el sistema francés, una vez que el menor está confiado a un acogimiento familiar, en concreto a un acogimiento

La interrelación entre los servicios públicos y los servicios sociales en la protección del menor, de todos los menores pero principalmente de los más vulnerables, son indudables, como ya puso de relieve, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁹⁷⁷, señalando la obligación de las Administraciones públicas de establecer los servicios esenciales necesarios para hacer efectivos los derechos del menor. Esta responsabilidad unida a la supremacía del interés del menor como principio rector de toda actividad de la Administración implica presuponer la capacidad técnica de la Administración para cumplir con el mandato establecido en el artículo 39 de la Constitución y desarrollado en la normativa estatal y autonómica⁹⁷⁸. Esta vinculación entre el interés del menor y los servicios sociales también se refleja en la Recomendación CM/Rec(2011)12 relativa a los derechos de los niños y los servicios sociales adaptados a los niños y sus familia⁹⁷⁹, así como en la Recomendación

con "*assistant familial*", la hipótesis de que se prive a un progenitor de la patria potestad es excepcional, y por lo tanto se privilegia la opción de retorno a la familia biológica, lo que supone una actuación positiva de la Administración para que esta reunificación sea posible, pág. 59, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000413/0000.pdf>

⁹⁷⁷ Reconociendo el papel que le corresponde a la Administración prestacional, determinando su obligación de establecer y mantener un sistema de servicios públicos para hacer frente a las situaciones de desprotección social en las que se encuentre el menor; así, el artículo 11. 1 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, es tajante, señalando la "el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos". En el mismo sentido, el artículo 14 de la citada Ley, cuando establece la obligación de las autoridades y servicios públicos "de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor", como también el artículo 21 que regula los servicios específicos para la acogida residencial así como los servicios especializados, no agotándose la materia en estos artículos, pues la remisión a la intervención de la Administración pública a través de los servicios sociales es una constante que impregna toda la Ley Orgánica 1/996.

El Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, es menos ambicioso en este sentido, ya que se limita a establecer en el artículo 11.1 que "Las administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen.

Las administraciones públicas, en los ámbitos que les son propios, articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y, de modo especial, las referidas a los derechos enumerados en esta ley. Los menores tendrán derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, quienes a su vez tendrán el deber de utilizarlos en interés de los menores."

Aunque, hay que recordar que estos artículos tienen la consideración de Ley ordinaria con carácter supletorio respecto a las normas emitidas por las Comunidades autónomas en virtud de sus competencias exclusivas, no obstante, el legislador autonómico las tuvo en cuenta e incorporó esos mandatos a sus legislaciones.

⁹⁷⁸ OJEDA MARIN, A., *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1993, pág. 27, considera que el servicio público es una "técnica jurídica susceptible de remediar, al menos afrontar con dignidad, las injusticias sociales".

⁹⁷⁹ CM/Rec(2011)12 *du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16*

(2013/112/UE)⁹⁸⁰ que refuerza la vinculación entre protección de los menores y servicios sociales.

Ello supone que junto a la existencia de las medidas jurídicas de protección del 172 y ss. del Código civil, la Administración pública está obligada a mantener una infraestructura de servicios⁹⁸¹ y prestaciones que hagan reales y efectivos esas medidas y los derechos del menor y de sus familias⁹⁸². Aunque, de acuerdo con la regulación del acogimiento familiar del artículo 173 de Código civil, se pueda establecer que el primer escalón en la procura del bienestar del menor acogido les corresponde a los acogedores, en realidad, es la entidad pública la responsable última de proveer o coordinar los servicios sociales imprescindibles para que el acogimiento familiar esté al servicio del desarrollo integral del menor y, en su caso,

novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres), “un large éventail de services répondant à des besoins sociaux à caractère général ainsi que des services sociaux personnalisés fournis par des organismes publics ou privés. Les premiers désignent des services universels ou standardisés fournis sur la base de l'appartenance à une catégorie ; les seconds sont « spécifiques », en ce sens qu'ils sont fournis en fonction de besoins particuliers”.

⁹⁸⁰ Recomendación de la Comisión Europea (2013/112/UE) “Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas”, (de 20 de febrero de 2013, Diario Oficial de la Unión Europea L 59/5, de 2 marzo 2013), que parte de la premisa de que “la Unión debe proteger los derechos de la infancia, luchar contra la exclusión social y la discriminación y promover la justicia y la protección sociales”, ya que los menores “corren mayor riesgo de pobreza o exclusión social que la población en general en la gran mayoría de los países de la UE; los niños que crecen en la pobreza o la exclusión social tienen menos posibilidades que sus coetáneos más favorecidos de tener buen rendimiento escolar, disfrutar de buena salud y aprovechar todo su potencial en fases posteriores de su vida”, favoreciéndose el mantenimiento de “un equilibrio adecuado entre las políticas universales destinadas a promover el bienestar de todos los niños, y los enfoques específicos encaminados a apoyar a los más desfavorecidos”. Y de hecho se señala la obligación de los Estados de “garantizar la atención a los niños que se enfrentan a un mayor riesgo por múltiples desventajas”, entre los cuales destaca a “los niños gitanos, algunos niños de origen inmigrante o de minorías étnicas, los niños con necesidades especiales o con discapacidad, los niños que precisan cuidados alternativos y los niños de la calle, los hijos de presidiarios, así como los niños de hogares particularmente expuestos a un riesgo de pobreza, como las familias monoparentales o las familias numerosas”.

⁹⁸¹ Annexe à la Recommandation CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres), señala que “la planification, la prestation et l'évaluation des services sociaux qui doivent être adaptés à leurs besoins ainsi qu'à ceux de leurs familles. Elle est basée sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant à la prise en charge, à la participation et à la protection”.

⁹⁸² En este sentido, FLORES GONZALEZ, B., “La protección jurídica de los menores inmigrantes”, en *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, POUS DE LA FLOR, M. P., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., YAÑEZ VIVIERO, F., (coords.), Ex Libris ediciones UNED, Madrid, 2009, pág. 117.

la reunificación familiar, y esta responsabilidad de la entidad pública es primaria, directa, no es subsidiaria de la de la familia⁹⁸³.

Esta estructura administrativa de prevención y protección al menor, en general, y del menor con resolución de acogimiento familiar, se articula de acuerdo con el sistema de servicios sociales que cada Comunidad autónoma se haya dotado⁹⁸⁴, quedando afectados tanto los denominados tradicionalmente servicios sociales de base, que constituyen la red básica del sistema público de servicios sociales a través de aquellas prestaciones más próximas al menor y sus familias⁹⁸⁵, o en su caso, actuando como órganos de coordinación con otros servicios sociales; y los servicios sociales especializados, que ya no se definen “tanto en relación directa con sectores concretos de población de los que debe ocuparse los sistemas de servicios sociales, sino de forma más genérica, como aquellos servicios que dan respuestas a necesidades específica⁹⁸⁶, quedando los servicios complementarios del acogimiento familiar enmarcados, principalmente, en este nivel.

⁹⁸³ MARTINEZ OTERO, J. M., señala esta idea porque aunque “el principio de subsidiaridad está referido a aquellas intervenciones más graves, reactivas, en las que se ha de actuar para defender a un menor concreto de riesgos determinados. (Pero) “la faceta positiva o *proactiva*, o a las políticas positivas de asistencia, educación o sensibilización, los poderes públicos sí gozan de una responsabilidad primaria y directa, sin poder abandonar dicha promoción a la institución familiar o a la iniciativa privada”, “Libertades informativas y protección de los menores en la Constitución. A propósito de la cláusula protectora del artículo 20.4º”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, número 66, págs. 59-94, pág. 68.

⁹⁸⁴ La sentencia del Tribunal Constitucional 36/2012, de 15 de marzo de 2012, en su Fundamento jurídico 4, mantiene al respecto que el Estado “no cuenta con un título concreto en materia de asistencia social, con el que, por el contrario, sí cuenta la Comunidad Autónoma, de suerte que la dirección política de ésta es la que, en principio, debe estimarse más específica, puesto que «son las Comunidades Autónomas las que tienen la competencia para diseñar su propia política de asistencia social, sin perjuicio de las competencias que al Estado correspondan en virtud del artículo 149.3, en el art. 150.3 o, en su caso, en el art. 149.1 de la Constitución”.

⁹⁸⁵ En los cuales se presta información y asesoramiento individualizado sobre los recursos que el sistema oferta para cubrir la necesidad concreta de que se trate, de manera directa y sin más requisitos de acceso; actualmente también se les denomina servicios comunitarios, y dentro de ellos, comunitarios básicos o comunitarios específicos, siendo los primeros, la vía normal de acceso al sistema de servicios sociales.

⁹⁸⁶ ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J. M., GARCÍA SERRANO, M., *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011, “la conexión servicios sociales especializados con sectores específicos de población ha experimentado, en varias Leyes autonómicas, cierta disociación. Los servicios sociales especializados no se definen tanto en relación directa con sectores concretos de la población de los que deben ocuparse los sistemas de servicios sociales, sino, de forma más genérica, como aquellos servicios «que dan respuesta a situaciones y necesidades que requieren de una especialización técnica o la disposición de recursos determinados» (Aragón, Cataluña, Islas Baleares, entre otras), «a problemas de exclusión, dependencia o desprotección» (País Vasco) o a necesidades « específicas que

Cuestión distinta es determinar lo que se entiende por servicios sociales y cuáles son los imprescindibles para dar cumplimiento a esa actividad protectora de la Administración, que indudablemente deben ser servicios y prestaciones que aseguren los derechos del menor dentro de unas cotas mínimas de bienestar social, tanto de la familia como del menor, dado que las legislaciones sectoriales no los definen de manera homogénea ni establecen como tales las mismas prestaciones.

Lo que no se discute es la consideración de los servicios sociales⁹⁸⁷ como uno de los pilares del Estado social, junto a los otros sistemas de protección pública sanidad, educación y las prestaciones económicas por jubilación⁹⁸⁸; constituyen un instrumento fundamental en manos del poder público para la eficacia del contenido del artículo 9.2 de la Constitución, en cuanto contribuyen al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social⁹⁸⁹, objetivo que está presente en todas las normas de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, así, y por todas ellas, la Ley 16/2010 de Servicios Sociales de Castilla y León, concibe a los servicios sociales “como elemento esencial del Estado del bienestar”, siendo su finalidad “alcanzar el pleno desarrollo de los derechos de las personas dentro de la sociedad y a promocionar la cohesión social y la solidaridad”, en la lucha contra la exclusión son los servicios sociales los que básicamente detectan la situación de personas riesgo de exclusión o ya en

requieren una atención de mayor especialización técnica o un dispositivo que trasciende el ámbito de los servicios sociales de atención primaria» (Castilla-La Mancha, Cantabria), pág. 72.

⁹⁸⁷ Recommandation CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres) «*Les services sociaux constituent une aide à la réalisation des droits sociaux. Ils jouent un rôle primordial dans la promotion de la cohésion sociale. (...) Le but ultime est d'offrir des services sociaux de bonne qualité, accessibles à chaque personne*».

⁹⁸⁸ Vid. ALONSO SECO, J. M., GONZALO GONZÁLEZ, B., *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Estudios Jurídicos, Madrid, 2000.

⁹⁸⁹ Artículo 14 de la Carta Social Europea (hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980); y tal y como se refleja en Recomendación de la Comisión Europea (2013/112/UE) “Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas”, (de 20 de febrero de 2013, Diario Oficial de la Unión Europea L 59/5, de 2 marzo 2013), que parte de la premisa de que “el respeto de la dignidad humana es un valor fundamental de la Unión Europea, entre cuyos objetivos se encuentra fomentar el bienestar de sus ciudadanos; la Unión debe proteger los derechos de la infancia, luchar contra la exclusión social y la discriminación y promover la justicia y la protección sociales”.

situación de exclusión y a ellos les corresponde concretar las respuestas en los procesos de inclusión social⁹⁹⁰.

Cuestión distinta es su conceptualización, qué segmento de la realidad queda acotado cuando hablamos de servicios sociales⁹⁹¹, así como su delimitación de otros tipos de actividad prestacional desarrollada por los poderes públicos con los que comparte contenido, como el Sistema de Seguridad Social⁹⁹² y la Asistencia social.

Es indudable que es una expresión polisémica que presenta una indudable complejidad⁹⁹³ en su formulación, dado ese amplio espectro de finalidad y objetivos que se pretende abarcar dentro de la denominación servicios sociales; tampoco ayuda a su conceptualización las técnicas jurídico-formales utilizadas en la redacción de las normas sobre esta materia, como bien expresa AZNAR LÓPEZ llama la atención “la falta de rigor terminológico, el uso de expresiones vacías, la profusión de conceptos jurídicos indeterminados y las reiteradas y pretenciosas frases barrocas, absolutamente indescifrables en ocasiones”⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ RENES, V., LORENZO, F., CHAHIN, A., *Poniendo en práctica la estrategia europea para la inclusión social*, cuaderno europeo 4, FRESNO, J. M., (coord.), Fundación Luis Vives, 2007, pág. 107, señala que en el contexto actual de crisis, “se hace aún más necesario reforzar el papel de los servicios sociales no solo como meros prestadores de servicios sino en cuanto a su misión de articulación del territorio en materia de acción social”.

⁹⁹¹ FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, señala con acierto es necesario “saber en qué medida disponemos con claridad de contenido que permita confeccionar instrumentos (a los que nos referiremos, como el catálogo y la cartera de prestaciones y servicios) necesarios para que las ciudadanas y ciudadanos puedan saber a qué tienen derecho cuando se les dice que tienen derecho a los servicios sociales (...) Porque, diciéndolo en pocas palabras, si no hay *producto*, no hay sistema. Si no hay un servicio valioso que ofrecer, no cabe hablar de un sistema de servicios sociales ni del derecho a los servicios sociales”, pág. 47; dado que “si revisamos las leyes de servicios sociales de las comunidades autónomas españolas, comprobamos que no hay una identificación, definición y delimitación precisa de los servicios sociales y que, más bien, se observa la tendencia opuesta, a abarcar por escrito un ámbito mucho más amplio que el que se asume en la realidad (y, en todo caso, a nuestro juicio, muy impreciso)”, pág. 32.

⁹⁹² El artículo 41 de la Constitución señala que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

⁹⁹³ AZNAR LÓPEZ, M., “Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 30, 2001, señala que “la comprensión global de los servicios sociales requiere analizar la legislación de Seguridad Social, la legislación autonómica de Acción Social y la legislación de régimen local”, pág. 86.

⁹⁹⁴ AZNAR LÓPEZ, M., “Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 30, 2001, pág. 83.

En una primera aproximación podríamos establecer que es una actividad prestacional de la Administración pública englobada en el sistema de Acción social, del que forma parte el subsistema de asistencia social⁹⁹⁵ y servicios sociales externos a la Seguridad Social, aunque esta afirmación no es unánime entre la doctrina⁹⁹⁶, definida por CASADO como: “La rama de actividades denominadas servicios sociales tiene como objetivo general mediato procurar el bienestar individual y social, para el presente y para el futuro, que procura sobre todo mediante la ayuda personal polivalente, al servicio de la cual provee prestaciones individuales y otras actividades, ambas de carácter técnico (no monetarias desvinculadas), formalizadas en algún grado y producidas y dispensadas mediante diversos regímenes institucionales”⁹⁹⁷.

⁹⁹⁵ HERNANDO PERTIERRA, B. *Apuntes para una Historia del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Crónica de una transformación: del concepto asistencial a la atención individualizada del menor*, Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 42.

CAVAS MARTINEZ, F., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., (dirs.), *El Derecho Social de la Región de Murcia*, Universidad de Murcia, Murcia, 2007, señalan, en relación a su delimitación conceptual de la Asistencia social (artículo 148.1.20ª de la Constitución), que la Asistencia social se concreta en un conjunto de medidas de protección, complementarias o no de la protección básica de la Seguridad social, cuya materialización se establece de manera principal en la prestación de ayudas económicas que tiene como finalidad garantizar un mínimo de subsistencia a las personas no incluidas en el campo de la Seguridad social, en cambio los servicios sociales serían un conjunto de instrumentos orientados a la realización efectiva del bienestar social de los ciudadanos mediante la concesión de prestaciones relacionadas con necesidades humanas de sectores o grupos excluidos o marginados, pág. 37.

Vid. Sentencia Tribunal Constitucional 36/2002, de 15 de marzo, principalmente su Fundamento jurídico 4.

Respecto a la distinción sobre los conceptos de seguridad social y asistencia social ha generado una abundante literatura doctrinal principalmente a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre, en relación con el conflicto planteado entre la Comunidad de Andalucía y el Estado sobre la regulación por parte de la Comunidad de las prestaciones económicas complementarias a las de la Seguridad Social en las pensiones no contributivas.

⁹⁹⁶ AZNAR LÓPEZ, M., “Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 30, 2001, identifica la asistencia social y los servicios sociales, definiendo la asistencia social como “el conjunto de las estructuras institucionales públicas de prestación de servicios sociales diferenciadas del sistema de Seguridad Social, (...). Es decir, la acción prestacional de la asistencia social y de la Seguridad Social como realidades institucionales públicas netamente diferenciadas se llevaría a cabo a través de la gestión y ejecución de servicios sociales, si bien con distinto carácter, pues mientras éstos constituirían el único contenido de la primera, sólo supondrían, en cambio, un complemento marginal en la actuación de prestación propia de la segunda, caracterizada básicamente, como se sabe, por su contenido económico y asistencial-sanitario», pág. 67.

⁹⁹⁷ Definición establecida en el Seminario de Intervención y Políticas Sociales y recogido en *Perfeccionamiento de los Servicios Sociales en España*, CASADO, D. y FANTOVA, F., (coords.), Cáritas, Madrid, 2007, pág. 20.

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, “se entienden por servicio sociales aquellos recursos susceptibles de uso colectivo que persiguen la

Por su parte, la Unión Europea no define los servicios sociales, en primer lugar porque es consciente de que carece de competencias en este ámbito y, en segundo lugar, por la dificultad que supone conceptualizar esa actividad pública cuyos objetivos, aunque enmarcados genéricamente en la protección social de los ciudadanos, son necesariamente cambiantes y dependientes de las políticas sociales de los países miembros, se limita a poner de relieve su papel fundamental como pilar de la protección social, instrumento básico en la cohesión social, territorial y económica. Pero sí considera incluido en esta expresión⁹⁹⁸ los servicios esenciales de ayuda personalizada y, por lo tanto, prestados directamente al ciudadano, ya sea dirigidos a proporcionar las prestaciones necesarias para afrontar situaciones inmediatas, como aquellas dirigidas hacia la inclusión de las personas dependientes, o las que tienen como objeto el empoderamiento⁹⁹⁹ de las personas en situación de vulnerabilidad, para su incorporación a la sociedad como ciudadano autónomo.

En este sentido, el Comité de Ministros en su Recomendación CM/Rec(2011)12 entiende los servicios sociales¹⁰⁰⁰, como un amplio abanico de

consecución de objetivos y principios propios de la acción social. Los servicios sociales son, pues organizaciones prestacionales de titularidad público o privada destinados al cumplimiento de la acción social”, pág. 222.

Sin embargo, TITMUS, R., *Política Social*, Ariel, Barcelona, 1981, entiende a los servicios sociales desde una noción amplia, omnicompreensiva de toda prestación social del Estado, por lo que de una los términos servicios sociales y Estado de bienestar y estableciendo como ámbito material de los servicios sociales la satisfacción de “necesidades, públicamente reconocidas, que los mercados o la familia no pueden, o no deben satisfacer, o no satisfarán”, pág. 68.

Por su parte, GARCÉS FERRER, J., "El marco político de los servicios sociales", en GARCÉS FERRER, J. (coord.), *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, basándose en lo dispuesto en la Carta Social Europea ofrece la siguiente definición: "Todos los organismos creados con la finalidad de aportar una ayuda y una asistencia personal directa a individuos, grupos o comunidades, para favorecer su integración a la sociedad, exceptuando los servicios que se ocupan de asegurar un cierto nivel a través de prestaciones económicas", pág. 52.

⁹⁹⁸ Además los sistemas de seguridad social obligatoria y complementaria, basada en la cotización del usuario, y como novedad, en tanto no formaba parte del concepto de servicios sociales tal y como se entendía en España, se incluye la vivienda social.

⁹⁹⁹ Según del Diccionario panhispánico de dudas, edic. 2005, empoderar(se): “Calco del inglés to empower, que se emplea en textos de sociología política con el sentido de ‘conceder poder [a un colectivo desfavorecido socioeconómicamente] para que, mediante su autogestión, mejore sus condiciones de vida’. Puede usarse también como pronominal: «Se trata pues de empoderarnos, de utilizar los bienes y derechos conseguidos, necesarios para el desarrollo de los intereses propios» (Alborch Malas [Esp. 2002]). El sustantivo correspondiente es empoderamiento (...)”. Y de acuerdo con el avance de la vigésima tercera edición de Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “Hacer poderoso o fuerte a un individuo o grupo social desfavorecido”.

¹⁰⁰⁰ Recommandación CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l’enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres), «un large

servicios que responde a necesidades sociales de carácter general así como servicios sociales personalizados abastecidos por organismos públicos o privados. Los primeros designan los servicios universales o estandarizados proporcionados sobre la base de pertenencia a una categoría. Los segundos son "específicos", en ese sentido son suministrados en función de necesidades particulares. Las normativas autonómicas sobre servicios sociales también abordan su concepto, que con matices, puede entenderse como "el conjunto de servicios y prestaciones para la prevención, atención o cobertura de las necesidades individuales y sociales básicas de las personas con el fin de lograr o aumentar su bienestar social"¹⁰⁰¹.

éventail de services répondant à des besoins sociaux à caractère général ainsi que des services sociaux personnalisés fournis par des organismes publics ou privés. Les premiers désignent des services universels ou standardisés fournis sur la base de l'appartenance à une catégorie ; les seconds sont « spécifiques », en ce sens qu'ils sont fournis en fonction de besoins particuliers».

¹⁰⁰¹ Ley 16/2010 de Servicios Sociales de Castilla y León, de 20 de diciembre.

En Francia el artículo L. 221-1 del *Code de l'action sociale et des familles* establece: *Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes :*

1° Apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs et à leur famille ou à tout détenteur de l'autorité parentale, confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel et social, qu'aux mineurs émancipés et majeurs de moins de vingt et un ans confrontés à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre;

2° Organiser, dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale, des actions collectives visant à prévenir la marginalisation et à faciliter l'insertion ou la promotion sociale des jeunes et des familles, notamment celles visées au 2° de l'article L. 121-2;

3° Mener en urgence des actions de protection en faveur des mineurs mentionnés au 1° du présent article ;

4° Pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs confiés au service et veiller à leur orientation, en collaboration avec leur famille ou leur représentant légal;

5° Mener, notamment à l'occasion de l'ensemble de ces interventions, des actions de prévention des situations de danger à l'égard des mineurs et, sans préjudice des compétences de l'autorité judiciaire, organiser le recueil et la transmission, dans les conditions prévues à l'article L. 226-3, des informations préoccupantes relatives aux mineurs dont la santé, la sécurité, la moralité sont en danger ou risquent de l'être ou dont l'éducation ou le développement sont compromis ou risquent de l'être, et participer à leur protection;

6° Veiller à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur.

Pour l'accomplissement de ses missions, et sans préjudice de ses responsabilités vis-à-vis des enfants qui lui sont confiés, le service de l'aide sociale à l'enfance peut faire appel à des organismes publics ou privés habilités dans les conditions prévues aux articles L. 313-8, L. 313-8-1 et L. 313-9 ou à des personnes physiques.

Le service contrôle les personnes physiques ou morales à qui il a confié des mineurs, en vue de s'assurer des conditions matérielles et morales de leur placement.

De todo lo cual se deduce que sigue siendo válido el concepto dado por DÍEZ-PICAZO que entendía que la “expresión servicios sociales no designa una medida protectora determinada, sino que hace referencia a los servicios públicos en sentido objetivo, (actividades de prestación desarrolladas por la Administración en favor de los administrados) de contenido social, es decir, cuya finalidad consiste de alguna manera en remediar o paliar necesidades sociales”¹⁰⁰².

Siendo ese enfoque el reflejado en las denominada Leyes de servicios sociales de segunda generación, que los definen como servicios públicos objetivos, no reservados con los que el Estado no mantiene una relación de monopolio, dado que pueden ser ofertados por el mercado¹⁰⁰³, pero si la responsabilidad de su existencia, por lo tanto su estructura jurídica se corresponde más a la de “un servicio público tradicional, con financiación presupuestaria, que a la de un sistema de protección social basado en la solidaridad entre los obligados y los beneficiarios, que caracteriza a los sistemas de seguridad social”¹⁰⁰⁴,¹⁰⁰⁵, por tanto identificándolo con el concepto amplio de servicio de responsabilidad pública enmarcado en una actividad prestacional externa al sistema de la Seguridad Social.

Establecido lo anterior, los servicios sociales de prevención y protección del menor que deben formar parte del acogimiento familiar son aquellos servicios que reuniendo las características mencionadas, constituyan prestaciones que requieren de una infraestructura organizativa y que tienen como usuario a la persona del menor, individualizado o en su contexto familiar, y por lo tanto son servicios

¹⁰⁰² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., “Estudio sobre la legislación de beneficencia en España”, *Legislación sobre instituciones de beneficencia particular, Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*, PIÑAR, J. L. y REAL PÉREZ, A., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987, pág. 25.

¹⁰⁰³ PLAN DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS SOCIALES DE CATALUÑA 2010-2013, aprobado el día 23 de noviembre de 2010 por Acuerdo de Gobierno GOV/231/2010 (DOGC nº 5766, de 30.11.2010): “El Sistema Catalán de Servicios Sociales, que incluye la iniciativa pública y la privada, tiene la misión de asegurar la igualdad de oportunidades y el derecho de las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de su vida, mediante la cobertura de las necesidades personales básicas y sociales, la garantía de acceso universal y de estándares de calidad óptimos, y la contribución al bienestar de las personas y los grupos en la comunidad”, pág. 4.

¹⁰⁰⁴ VILLAR ROJAS, F. J., “Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pág. 111

¹⁰⁰⁵ Vid. TORNOS MÁS, J, GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, págs. 14 y ss.

públicos personales¹⁰⁰⁶ o quizás, con más precisión, servicios de interés general¹⁰⁰⁷, concepto en el que se integran los servicios tanto económicos como no económicos¹⁰⁰⁸, pero que, en cualquier caso, mantiene la estructura de un servicio público y la responsabilidad de los poderes públicos respecto a ellos sigue siendo la propia de su calificación como tal¹⁰⁰⁹.

En concreto, la Recomendación CM/Rec(2011)12¹⁰¹⁰ define a los servicios sociales para los menores y sus familias como el conjunto de medidas y actividades destinadas a responder a las necesidades generales o individuales del menor o de su familia, por lo que dependiendo del tipo de necesidad pueden ser servicios sociales generales, especializados o intensivos, organizados en diferentes niveles; definiendo a los servicios sociales adaptados a los menores como aquellos destinados a garantizar el respeto, la protección y el disfrute de los derechos de un menor concreto, y especialmente el derecho a las prestaciones, a la participación y al principio superior del menor. A la vez que establece como objetivo de los mismos la materialización del derecho subjetivo del menor a ser protegido, (*le droit de l'enfant à la protection*) de cualquier tipo de negligencia, abuso, violencia y explotación a través de las necesarias medidas preventivas y, en su caso, a través de las

¹⁰⁰⁶ VAQUER CABALLERÍA, M, *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de derecho)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, diferencia los servicios sociales de los servicios públicos que tienen un carácter logístico, por lo que sirven a la persona de forma mediata, y lo hacen territorialmente porque el territorio es el medio de la persona (transportes y gestión de sus infraestructuras, tales como carreteras, puertos y aeropuertos, telecomunicaciones, gestión urbanística, transporte, distribución y suministro energéticos; o abastecimiento, evacuación y depuración de aguas, por ejemplo); mientras que otros la sirven inmediatamente (educación, sanidad, cultura deportes, acción social y seguridad social, empleo y defensa de los consumidores y usuarios, por ejemplo)", págs. 113-114.

¹⁰⁰⁷ PARADA VÁZQUEZ, J. R., "Los servicios públicos en España", *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, ARISMENDI, A., CABALLERO ORTÍZ, J., (coords.), tomo II, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1845-1870, señala que durante el siglo XX el crecimiento del sector público traspasa "la barrera del interés general, para invadir el campo de la actividad fabril, propia de los particulares", para posteriormente, ya a finales del siglo, y entre otras razones por la crisis ideológica del estado de bienestar, iniciar el desmantelamiento del sector de los servicios públicos a través de la privatización, pág. 1846.

¹⁰⁰⁸ De acuerdo con el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 Protocolo sobre los servicios de interés general, en su artículo 1.

¹⁰⁰⁹ RENES, V., LORENZO, F., CHAHIN, A., *Poniendo en práctica la estrategia europea para la inclusión social*, cuaderno europeo 4, FRESNO, J. M., (coord.), Fundación Luis Vives, 2007, pág. 107.

¹⁰¹⁰ Recomendación CM/Rec(2011)12 *du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres)*.

intervenciones apropiadas y eficaces destinadas a preservar la unidad familiar, con especial intensidad a las familias con dificultades para ejercer sus responsabilidades parentales. No obstante, preservar la unidad familiar no puede constituir un fin en sí mismo, el fin de toda intervención es el interés del menor, por lo que puede ser que el reconocimiento de ese interés legitime la separación del menor de su familia, o en su caso, obligar al progenitor presunto autor de la explotación o de abusos sexuales sobre el hijo menor negligencia a abandonar el domicilio familiar.

Dado que pero todas ellas coinciden en establecer que los servicios de protección del menor están configurados como servicios públicos en el sentido anteriormente señalado o, de acuerdo con la denominación de las leyes de servicios sociales autonómicas, como servicios de responsabilidad pública.

Ahora bien, aunque la protección del menor y los servicios sociales son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, y son ellas las que en el ejercicio de esa competencia han determinado¹⁰¹¹ el nivel de protección, debe tenerse en cuenta que el objetivo es dar protección a través de los servicios sociales a unos menores y sus familias que tiene unas necesidades determinadas y, por lo tanto, deben ser servicios creados y organizados de acuerdo con las especificidad de los sujetos usuarios¹⁰¹²; en este sentido, los servicios sociales deben estar adaptados para proporcionar respuestas a las necesidades específicas de los menores acogidos y sus familias¹⁰¹³. Por ello, y aunque existan diecisiete sistemas de servicios sociales,

¹⁰¹¹ En relación a las producción normativa de la Comunidades Autónomas de carácter social, LÓPEZ MENUDO, F., señala que “algunas de ellas constituyen un verdadero mini ordenamiento de todo cuanto se relaciona con el objeto o sujeto protegido; es paradigmático el ejemplo de las leyes que regulan la protección del menor donde tiene cabida, desde el tratamiento de los derechos fundamentales, «perfilados» por razón de ser menores sus destinatarios, hasta las últimas prestaciones y atenciones imaginables que son susceptibles de agraciarse a un menor; en suma, un auténtico cosmos de todos los derechos que pueden ser referibles a un menor”, “La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pág. 31.

¹⁰¹² BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, “los servicios sociales especializados son aquellos que van dirigidos a un sector específico de la comunidad. Pueden ser prestaciones gestionadas por las Administraciones públicas con competencia en la materia y por entidades privadas. Los sectores específicos referidos son aquellos que encuentran limitaciones para lograr el acceso a los diferentes sistemas públicos de protección social por motivos de edad, sexo, disminución u otras circunstancias de carácter social, cultural o económico”, pág. 223

¹⁰¹³ CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres), “à leurs droits, intérêts et

es indudable que todos deberían responder, como mínimo, a las características relacionadas en la Recomendación CM/Rec(2011)12¹⁰¹⁴, puntos clave que, en general, ya estaban incorporados al régimen jurídico de los servicios sociales de nuestro país, aunque su sistematización presenta algunas dificultades doctrinales por su diversidad legislativa¹⁰¹⁵; en cualquier caso, podemos establecer algunos principios que son comunes a todos ellos, así responden a una responsabilidad pública¹⁰¹⁶, y al principio de universalidad¹⁰¹⁷ que, en este contexto, se entiende como el reconocimiento del derecho a la prestación del servicio de todos aquellos que reúnan los requisitos exigidos en las normas, en nuestro caso todos los menores

besoins spécifiques ainsi que pour l'identification de solutions pratiques aux insuffisances existantes dans la prestation des services sociaux”.

¹⁰¹⁴ CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres).

¹⁰¹⁵ Vid. UCEDA-MAZA, F. X., GARCÍA MUÑOZ, M., “Los Servicios Sociales en España: itinerarios comunes, escenarios divergentes. ¿Cuál debería ser el mínimo común de protección social?”, *Revista Servicios Sociales y Política Social*, nº 89, 2010, págs. 84-98: “Pese a la inexistencia de una ley marco de carácter estatal de SS.SS., éstos se han desarrollado de forma convergente hasta mediados de los años noventa; a partir de ese momento, se inician escenarios divergentes que a nuestro juicio, generan la aparición de múltiples sistemas de SS.SS. en función de las CC.AA. La conformación de los divergentes escenarios de SS.SS. en las CC.AA. conlleva, actualmente, a la ruptura del principio de universalidad e igualdad, configurando derechos diametralmente diferentes en función de la CC.AA de residencia. Entre otros ejes de divergencia, constituyen los principales: la ausencia de una ley marco de SS.SS., la disparidad actual entre las leyes autonómicas de SS.SS., el desarrollo de la ley de la promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia, y los modelos diferentes de rentas mínimas”, págs. 84-85.

¹⁰¹⁶ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León. Como principios rectores señala en el artículo 7c), “Responsabilidad pública”: los poderes públicos deben garantizar la disponibilidad de los servicios sociales y el derecho de las personas a acceder a los mismos mediante su regulación y ordenación, la provisión de los recursos humanos, técnicos y financieros, la determinación de las prioridades a atender y las actuaciones de planificación, programación, ejecución y control.

¹⁰¹⁷ Hay que tener en cuenta que al ser una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, los servicios sociales destinados a menores solo accederán a ellos los residentes en territorio de la Comunidad, en este sentido la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León Artículo 10, “Destinatarios del sistema”: Son personas destinatarias del sistema en lo referido a las prestaciones del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación básica estatal en esta materia:

- a) Los ciudadanos de Castilla y León.
- b) Los extranjeros con vecindad administrativa en la Comunidad de Castilla y León, en el marco de la Constitución y de la legislación estatal aplicable.
- c) Las personas transeúntes en una situación de urgencia personal e indigencia, familiar o social en la Comunidad de Castilla y León podrán acceder a las prestaciones del sistema que tengan por objeto la cobertura de las necesidades personales básicas, en los términos establecidos en la legislación aplicable.

de edad y su familia que se encuentren en una situación que son objeto de una intervención de la entidad pública a través del acogimiento familiar¹⁰¹⁸.

Otro elemento común, y vinculado al de universalidad es el principio básico de la accesibilidad a los servicios sociales directamente por parte del menor, como titular de la prestación, acceso al servicio que conlleva necesariamente el derecho del menor, y en su caso de la familia, a recibir información y consejo¹⁰¹⁹ desde el primer contacto con los técnicos del servicio social que corresponda, información que “de modo claro y comprensible”¹⁰²⁰ debe contener los derechos que le asisten en relación con el servicio concreto, la participación¹⁰²¹,¹⁰²² y posición que ocupa el menor como parte de proceso en sus distintas fases, las posibilidades de recurso en caso de incumplimiento por parte de la Administración, así como las diversas posibilidades de solución que, de acuerdo con los recursos existentes, pueden adoptarse, debiendo proporcionarse información sobre las personas que pueden

¹⁰¹⁸ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León. Como principios rectores señala en el artículo 7 a): Universalidad: los poderes públicos garantizarán a todas las personas el derecho a acceder a los servicios sociales en condiciones de igualdad, equidad y justicia distributiva, sin que ello excluya la posibilidad de condicionar dicho acceso al cumplimiento por las personas usuarias de determinados requisitos o de establecer la obligación de una contraprestación económica que asegure su corresponsabilidad

¹⁰¹⁹ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, Artículo 11.2i) “Derechos de las personas en relación con la prestación de los servicios sociales”: Los beneficiarios del sistema tendrán los siguientes derechos específicos, además de los reconocidos en la normativa estatal básica: A recibir información continuada y completa, facilitada en términos comprensibles, y accesible, durante todo el proceso de intervención social, ya sea a su demanda o en los casos previstos en las normas, así como a la obtención de informes escritos y al acceso a los datos obrantes en su historia social en las condiciones y con las limitaciones previstas por la legislación vigente.

La información será proporcionada en todo caso con carácter previo siempre que resulte exigida la prestación de su consentimiento o la manifestación de su opinión durante dicho proceso.

¹⁰²⁰ Artículo 172. 1 del Código civil.

¹⁰²¹ Recommandation CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres): “*La recommandation vise à veiller à ce que les services sociaux proposés tiennent compte des opinions de l'enfant compte tenu de l'âge de l'enfant, de son degré de maturité et de compréhension, de ses besoins ainsi que de sa situation individuelle*”.

¹⁰²² Recommandation CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres): “*Les services sociaux devraient s'assurer, dans leurs tâches, que les enfants sont écoutés et pris au sérieux. Les enfants devraient être considérés et traités en tant que détenteurs à part entière de leurs droits, comme des sujets actifs dans la planification, la prestation et l'évaluation des services sociaux. Les enfants devraient avoir les possibilités d'exercer leurs droits selon leurs capacités, en tenant compte de leur âge, de leur développement et de leur situation individuelle. Des mesures, protocoles ou procédures plus ou moins formalisés devraient être prévus dans ce but*”.

acompañar o asistir al menor en aquellas gestiones que debe realizar en relación a un servicio concreto.

Asimismo, debe ser común a todo el sistema la disponibilidad y asequibilidad de la prestación como condición ineludible para que el menor o su familia puedan ejercer los derechos, es necesario que la Administración pública oferte los servicios sociales establecidos en la norma como esenciales en función de las necesidades de estos usuarios. El cumplimiento de este principio, se materializa a través del principio de planificación que exige a los poderes públicos una labor de programación¹⁰²³ de los servicios basada en el estudio¹⁰²⁴ de las necesidades de los usuarios, así como la existencia de estructuras organizativas¹⁰²⁵ que permitan adaptar las prestaciones a la evolución de aquellas, teniendo en cuenta el futuro del menor y el respeto a otros derechos del menor como la educación, sanidad, cultura, ocio, etc.

Por otro lado, los servicios sociales destinados a los menores protegidos deben contemplar como uno de sus principios más básicos el respeto a su intimidad, alterada por la necesaria intervención pública en la vida del menor y de su familia, estando sujetos los profesionales a la confidencialidad¹⁰²⁶ de los datos que sobre ese ámbito privado conozcan por razón de su profesión, debiéndose regular la transferencia entre profesionales de datos del menor o de su familia sometidos a protección, cuando ambos profesionales estén obligados por el secreto profesional.

¹⁰²³ La Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, dedica el Título VI a regular la planificación de los servicios sociales, así el artículo 73 señala en su punto 1: “La planificación autonómica de los servicios sociales, de carácter integral, determinará, para un período de cuatro años, las líneas de acción estratégica del sistema y las directrices básicas de la política en esta materia, así como los objetivos, prioridades y actuaciones correspondientes a los distintos programas en que aquellos se organizan.

Y ello se materializará a través de la evaluación, análisis de las necesidades, valoración...”

¹⁰²⁴ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, en su artículo 71, “Actividades de investigación e innovación en servicios sociales.

¹⁰²⁵ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, artículo 15.1 “Organización de las prestaciones”: “La creación, establecimiento, ordenación y coordinación de las prestaciones del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública tendrán por objeto configurar un conjunto homogéneo y compensado para atender de manera adecuada las necesidades a que se refiere el artículo 5 de la presente ley”.

¹⁰²⁶ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, en su artículo 11.2 j) “Derechos de las personas en relación con la prestación de los servicios sociales”. Los beneficiarios del sistema tendrán los siguientes derechos específicos, además de los reconocidos en la normativa estatal básica: A la confidencialidad y reserva sobre los datos e informaciones que consten en su expediente de acuerdo con lo previsto en las leyes.

Sin que ello afecte a la coordinación administrativa y la colaboración interdisciplinar¹⁰²⁷ que se exige en el servicio público de acogimiento familiar dada las necesidades y situaciones complejas y múltiples a las cuales se debe responder¹⁰²⁸.

Todo ello supone, integrar como básico el principio de garantía presupuestaria¹⁰²⁹, es necesario contar con previsiones financieras suficientes para mantener los recursos materiales y personales necesarios para asegurar la consecución de los objetivos¹⁰³⁰. Cuestión distinta es que no tienen por qué estar financiados en su integridad por los poderes públicos, los servicios sociales de protección al menor pueden estar planteados como una corresponsabilidad de

¹⁰²⁷ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, en su artículo 9, Régimen de coordinación y colaboración: El sistema de servicios sociales de responsabilidad pública actuará en coordinación y colaboración con aquellos otros servicios y sistemas que también tienen por objeto la consecución de mayores cotas de bienestar social, y especialmente con los de educación, empleo y vivienda, y con el sistema sanitario, configurando con éste el ámbito de atención integrada de carácter social y sanitario, en los términos que se establecen en la presente ley.

¹⁰²⁸ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, en su artículo 40 “Equipos de coordinación interadministrativa o interdepartamental para la atención integrada”: Para facilitar la coordinación de las actuaciones en la atención de casos se facilitará la configuración funcional de equipos con profesionales de las diferentes estructuras territoriales u organizativas encomendadas de los distintos sistemas y servicios que en cada supuesto hayan de ser activados.

¹⁰²⁹ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León. Bajo el epígrafe “Garantía y principios de la financiación”, señala en el artículo 108:

1. Las administraciones públicas de Castilla y León competentes en materia de servicios sociales, en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la responsabilidad de garantizar la sostenibilidad del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública mediante la asignación de los recursos necesarios y la dispensación de las prestaciones que el mismo comprende.

2. El conjunto de las aportaciones de las personas usuarias serán complementarias de la financiación del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública.

Y en el artículo 109 “Consignación presupuestaria”: En los presupuestos generales de la Comunidad de Castilla y León, en los de los municipios y en los de las provincias, así como, en su caso, en los de las comarcas legalmente constituidas, se consignarán las partidas correspondientes para atender a los gastos de las prestaciones propias de su respectiva competencia, de acuerdo con la naturaleza de las mismas.

¹⁰³⁰ Es evidente que en la actual situación de cambio de paradigma económico los elementos economicistas tienen un peso específico en las políticas públicas de protección al menor frente a otras consideraciones, así el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013/2016, supedita al cumplimiento de los objetivos de déficit la implantación de sus medidas, señalando que “(L)a puesta en práctica de las medidas será llevada a cabo con cargo a los presupuestos de las distintas administraciones públicas responsables de su implantación, condicionado, en todo caso, al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, por lo que su desarrollo queda supeditado a las disponibilidades presupuestarias y al cumplimiento de dichos objetivos”, II Plan Estratégico Nacional de Infancia, pág. 68.

padres y poderes públicos, en la medida en que aquellos tengan la capacidad económica para hacer frente a los mismos¹⁰³¹.

Además, en la nueva orientación de los servicios públicos en general se va introduciendo la calidad del servicio como principio¹⁰³², que, en el caso de los servicios sociales que tiene como objeto la protección del menor, se constituye en un principio de primer orden. Es aún escasa la doctrina científica¹⁰³³ sobre la calidad de los servicios sociales y sobre qué supone esa calidad, sobre su definición, pero se puede constatar la unanimidad existente en señalar como parte de la misma la individualización de la respuesta que el sistema debe dar a un menor concreto¹⁰³⁴; la formación¹⁰³⁵ del personal¹⁰³⁶ que presta sus servicios en el ámbito de los servicios sociales de protección del menor, que deberían contar con una específica

¹⁰³¹ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, en su artículo 111.1 y bajo el epígrafe de “Aportación económica de la persona usuaria”, se señala que: La aportación económica de la persona usuaria para contribuir a la financiación y sostenimiento de una prestación del sistema de responsabilidad pública únicamente será exigible en los supuestos expresamente previstos, atendiendo a los principios de equidad, proporcionalidad y solidaridad.

¹⁰³² Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, como principios rectores señala en el artículo 7.n) Calidad: se garantizará la existencia de estándares mínimos de calidad de los servicios sociales y se dispondrán criterios para su evaluación, tomando como referencia el concepto de calidad de vida de las personas.

¹⁰³³ Vid., BRESSAND, M., CHRIQUI-REINECKE, M., SCHMITT, M., *Promouvoir la bientraitance dans les établissements de santé*, Rapport de la mission ministérielle remis à Monsieur Xavier Bertrand, Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, Janvier, 2011, págs. 8 y ss.

MANCIAUX, M., “La bientraitance: émergence du concept”, *Risques & Qualité*, v. IX, n°4, diciembre, 2012, señala que en lengua inglesa se utiliza una expresión más precisa: *child friendly*.

MOULIAS, R., MOULIAS, S., BUSBY, F., “Éthique et le concept de bientraitance”, *Revue de Gériatrie*, 2012, n° 10, págs. 829-835, los autores sostienen que el concepto de buen-trato reúne todas las acciones encaminadas al bienestar y respeto de la dignidad de toda aquella persona que depende de la ayuda de otros para su actividad diaria, pág. 830.

¹⁰³⁴ RESWEBER, J.-P., *Questions de soin*, L'Harmattan, Paris, 2012, sostiene que sí la modernidad fue la que concedió al menor su status de sujeto de derecho, en esta época de posmodernidad, la mejor manera de reforzar esa posición de sujeto es apelando a una noción que hoy está en auge, la singularidad: “*le sujet est un être, non pas particulier, sinon el serait la partie d'un tout, mais un être absolument original et singulier. L'enfant est singulier*”, pág. 52.

¹⁰³⁵ RESWEBER, J.-P., *Questions de soin*, L'Harmattan, Paris, 2012, en su pág. 55, advierte del peligro que supone situar la identidad profesional únicamente en la competencia, despojándole de toda autoridad, y aunque refiriéndose a los profesionales de la enseñanza puede aplicarse perfectamente a los profesionales de la acción social.

¹⁰³⁶ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, destina el Capítulo II del Título V a determinar los requisitos de los profesionales de los servicios sociales, y en concreto en su artículo 52 “Principios de actuación de los profesionales de los servicios sociales”:

1. Los profesionales de los servicios sociales son un elemento esencial del sistema de servicios sociales. Su actuación se ajustará a los principios y deberes de la ética y la deontología profesional, así como a los principios de calidad, eficiencia y eficacia.

2. La intervención de los profesionales en los servicios sociales, siempre que su naturaleza lo permita, tendrá un carácter interdisciplinar.

formación¹⁰³⁷,¹⁰³⁸. Forma parte de la calidad la labor de inspección, seguimiento y evaluación que deben realizar los responsables públicos sobre la eficacia y adecuación de la respuesta y de los servicios vinculados a la intervención, en el ejercicio de la potestad de control que le corresponde a la Administración pública; no puede olvidarse que forma parte también de la calidad el control que ejerce la entidad pública sobre los gestores externos de los servicios públicos¹⁰³⁹.

Es evidente que en la regulación del acogimiento familiar que realiza el Código civil no se pueda contemplar los servicios sociales necesarios para cada caso concreto de un menor acogido y que, por lo tanto, son las normativas sectoriales las que deben dotar de sustantividad a los mismos, en aras a poder adaptar su

¹⁰³⁷ TIRADO ESTRADA, J. J., “Especialización de la jurisdicción de familia: términos para el debate e implantación”, *La Jurisdicción de Familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, SARAVIA GONZALEZ, A. M., GARCÍA CRIADO, J. J., (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial*, 147-2007, Consejo General del Poder Judicial, págs. 315-367, son de aplicación a los servicios destinados a los menores y sus familiares que implementan el acogimiento familiar las palabras de este autor solo se refiere al ámbito judicial, “A nivel de operadores jurídicos y personal de trabajo en el entorno de familia, naturalmente la especialización de los Jueces- que podrá actualizarse conforme a los modelos ya establecidos a nivel orgánico propio- no es suficiente. Es absolutamente imprescindible que a la misma se sume la del Secretario Judicial y todo el personal al servicio del Juzgado, así como de los Fiscales y Abogados intervinientes ante los Juzgados de Familia”, pág. 365. Continuando el autor que “la especialización debe alcanzar a psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, terapeutas y a todos aquellos profesionales vinculados a la asistencia social y familiar o a entidades del Estado con responsabilidad en la materia, pues no puede olvidarse que una auténtica jurisdicción de familia depende, para la obtención de las mejores respuestas jurisdiccionales y alcanzar las máximas cotas de eficacia y acierto, estar dotada de recursos sociales y de apoyos suficientes tales como equipos psico-sociales, puntos de encuentro de familia y servicios de mediación familiar”, pág. 367.

¹⁰³⁸ Esta necesidad de formación y profesionalización es una constante en todos los tratados sobre aplicación de los derechos del niño, así en la Observación General Comité de los derechos del niño CRC/C/GC/12, nº12(2009) de 20 de julio sobre el derecho del menor a ser escuchado, III, 49: “Impartir capacitación sobre el artículo 12 y su aplicación en la práctica para todos los profesionales que trabajen con niños y para los niños, como abogados, jueces, policías, trabajadores sociales, trabajadores comunitarios, psicólogos, cuidadores, oficiales de internados y prisiones, profesores de todos los niveles del sistema educativo, médicos, enfermeros y otros profesionales de la salud, funcionarios y empleados públicos, funcionarios encargados de cuestiones de asilo y dirigentes tradicionales”.

¹⁰³⁹ En este sentido del necesario control de calidad de los servicios públicos de acogimiento de menores, *vid.* DEL VALLE, J. F., BRAVO ARTEAGA, A., MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, M., SANTOS GONZÁLEZ, I., *Estándares de calidad en acogimiento residencial EQUAR-E*, (Versión genérica), Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012.

En el caso del acogimiento y de los servicios sociales complementarios no puede admitirse lo preconizado por RUBIO AROSTEGUI, J. A., RIUS ULLDEMOLINS, J., “La modernización de la gestión pública de la cultura. Análisis comparado del caso de los equipamientos culturales de las comunidades autónomas de Cataluña y Madrid”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 8, julio-diciembre, 2012, págs. 11-34 “la modernización de la tutela pública en el sentido de pasar de un control *ex ante*, focalizando la fiscalización económica, a un control *ex post* basado en los resultados (*outputs*) y los impactos (*outcomes*)”, pág. 12.

intervención y actuación a las circunstancias cambiantes. Pero, por otro lado, ese estado de cosas no debe servir de excusa para que no se establezca unas prestaciones esenciales concretas y comunes para los menores sujetos a medidas de protección, señalando el contenido exacto de cada una de ellas y los niveles de calidad¹⁰⁴⁰, que deben acompañar a las mismas, creando una cartera de servicios destinados a los menores concebidos como auténticos derechos subjetivos¹⁰⁴¹, no condicionados por las políticas sociales o las disponibilidades financieras coyunturales¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ TORNOS MAS, J., señala que esa actividad “prestacional no sólo debe estar garantizada y ser asequible. Además, debe garantizarse que esta prestación se lleva a cabo en unas condiciones mínimas de calidad razonable”, en “Crisis del estado de bienestar. El papel del derecho administrativo”, *X Congreso italo-español de profesores de Derecho administrativo*, Madrid 18,19 y 20 de octubre de 2012, págs. 13 y ss.

¹⁰⁴¹ PEMÁN GAVÍN, J. M., en el Prólogo de la obra *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, contextualizando los servicios sociales en la situación económica actual señala con acierto que “la respuesta que se ha dado desde los Servicios Sociales públicos puede calificarse en términos generales como decepcionante, por su lentitud, pasividad y falta de capacidad de adaptación a las apremiantes situaciones de penuria que han surgido. Toda esa generosa prosa de las leyes de Servicios Sociales con su insistente retórica en torno a la «universalidad» de los Servicios Sociales y a la «responsabilidad pública» en la materia, con un planteamiento muy ambicioso de los objetivos de tales Servicios (llamados a potenciar al máximo el bienestar social de la población y a garantizar la cobertura de sus necesidades personales básicas) y con el reconocimiento explícito del acceso a los mismos como un «derecho subjetivo» de toda la ciudadanía, se ha revelado como escasamente útil para resolver la situación de emergencia social que se ha producido”, pág. 20.

¹⁰⁴² ALZOLA Y MINONDO, P. de, “La mendicidad y la vagancia”, Conferencias dadas en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Bilbao, *Revista bascongada*, 1903, pág. 43, ya se hacía eco de que el éxito de la legislación de beneficencia pública dependía de las consignaciones presupuestarias y señalaba que la misma “ha resultado ineficaz por la anemia de las Diputaciones provinciales, excepto en las Provincias Bascongadas y Navarra, en donde tienen atribuciones privativas. En el resto de España cuentan exclusivamente, salvo en Asturias, como único recurso, el contingente provincial que pagan los pueblos con grandísimo retraso, de modo que los organismos provinciales tienen desatendidas las atenciones más apremiantes. Tampoco sule en España la filantropía á la indotación de los servicios de beneficencia é instrucción pública. Los rasgos de espléndida generosidad para la fundación de Universidades, Institutos y Asilos son tan generales en los Estados Unidos que su importe ha ascendido á 90 millones de dollars durante el pasado año de 1901”.

CAPÍTULO TERCERO

I LOS LÍMITES IMPUESTOS POR EL CÓDIGO CIVIL A LA POTESTAD ORGANIZATIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA. SU REVISIÓN CRÍTICA

1. DETERMINACIÓN DEL SUJETO DESTINATARIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

1.1. INTRODUCCIÓN

La concepción del acogimiento familiar como servicio público obliga a plantearse el ámbito subjetivo sobre el que recae el objeto de dicho servicio porque, como ya se ha reflejado a lo largo de este trabajo, la Administración pública está investida de la potestad de determinar los requisitos que deben reunir los hipotéticos usuarios de los servicios públicos cuya responsabilidad le competan, sin embargo, el acogimiento familiar es un servicio público cuya creación y regulación básica está contenida en el Código civil, por lo tanto la discrecionalidad de la Administración pública se ve necesariamente constreñida por los límites establecidos en el Código civil .

En primer lugar, la determinación del destinatario de un servicio público, en general y por lo tanto también en el acogimiento familiar, conecta directamente con el principio de universalidad que se predica de todo servicio público¹⁰⁴³, principio que se sintetiza en que “cualquier ciudadano que se encuentre en una de las situaciones amparadas por la norma puede acceder a los servicios y prestaciones juridificados, que se configuran como derechos subjetivos de ciudadanía”¹⁰⁴⁴; por lo tanto, este principio es modulado por los requisitos exigidos en la normativa que regula ese servicio concreto.

¹⁰⁴³ TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, enero de 2007, pág. 15.

¹⁰⁴⁴ GARRIDO CUENCA, N. M., “Servicios sociales de extranjería: un recorrido inconcluso en el camino hacia la universalización de las prestaciones sociales”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pág. 195.

Cabría pensar que no es necesario plantearse quién es el usuario del servicio de acogimiento familiar, que la determinación del mismo podría soslayarse ya que siempre hemos utilizado el término menor para referirnos al usuario del mismo, en la creencia de que es un término que permanece invariable y que, por tanto, constituye una constante¹⁰⁴⁵ de nuestro ordenamiento jurídico, asimilándolo a la definición de todo persona con una edad inferior a los dieciocho años, pero esa afirmación, tan contundente a primera vista, solo es el punto de partida, ya que este término no garantiza un significado unívoco^{1046, 1047}, ni en este campo concreto ni en la obligación genérica de protección que le corresponde a los poderes públicos¹⁰⁴⁸.

Por lo tanto, la concreción del perfil exigido al usuario del acogimiento familiar no es una cuestión de mero ejercicio intelectual, de *nomen iuris* y, por otro lado, no es una cuestión cerrada ni para la doctrina ni para el legislador, su

¹⁰⁴⁵ BUZZELLI, S., "Il minori fonte di prova vulnerabile: Quadro giuridico e buone prassi europee", en *L'Indice penale*, año XI, nº I, enero-junio, 2008, págs. 397-411, señala que en el difícil, variable y delicado estudio de la protección del menor "*l'unico elemento che sembra rimanere invariato col prodigere dell'indagine è proprio la definizione di minorenne: è tale ogni persona di età inferiore ai diciotto anni*", pág. 397.

¹⁰⁴⁶ No es unívoco y ni siquiera coincide siempre con el límite de los 18 años, de hecho, este alargamiento de la protección de la persona más allá de su minoría de edad la encontramos en varios contextos, a nivel de ejemplo la Circular 3/2013, Fiscalía General del Estado, sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil, en su punto V.- *Posibilidad de cumplir el internamiento terapéutico en régimen cerrado en Centro Penitenciario*, señala no sería aplicable al internamiento terapéutico cerrado la posibilidad de cumplimiento en Centro Penitenciario una vez el ejecutoriado alcance los 18 o 21 años, procurándose, en la medida de lo posible que se mantenga en un centro de menores. La Fiscalía asume lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General nº 10 (2007), sobre Los derechos del niño en la Justicia de menores (CRC/C/GC/10 de 25 de abril de 2007), en su párrafo 85: "Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos. No se privará a un menor de libertad en una prisión u otro centro de adultos.... Y en su párrafo 86: "Esta norma no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años. Debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro".

¹⁰⁴⁷ En el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, en su artículo 46.1, relativo a la "Asistencia jurídica gratuita para las solicitudes de alimentos a favor de niños presentadas a través de las autoridades centrales", sin embargo señala que el "Estado miembro requerido proporcionará asistencia jurídica gratuita para todas las demandas relativas a obligaciones de alimentos a favor de una persona menor de 21 años que se deriven de una relación paterno-filial, que sean presentadas por un acreedor en virtud del artículo 56".

¹⁰⁴⁸ TOLIVAR ALAS, L., "Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores", *Revista de Administración Pública*, nº 124, enero-abril, 1991, págs. 35-63, "el concepto de menor de edad no ofrece ninguna uniformidad a la hora de su recepción por las diversas ramas del Ordenamiento Jurídico. (...) O, dicho de otro modo, no todos los menores tiene las mismas limitaciones ni idéntico nivel de tutela institucional", pág. 38.

determinación se convierte en un elemento básico de la necesaria seguridad jurídica de todo el entramado jurídico y político-social de la protección del menor acogido¹⁰⁴⁹.

La cuestión es establecer si la configuración del sujeto destinatario del acogimiento familiar contenida en el Código civil constituye un mandato estricto y cerrado para el legislador autonómico, o si los requisitos exigidos a ese destinatario por el artículo 172 y ss. del Código civil solo operan como límite mínimo infranqueable a partir del cual la Comunidad Autónoma va poder establecer sus propios requisitos.

Abordar esta cuestión requiere identificar algunas de las causas que han dado lugar a esta confusión; una de ellas podemos identificarla con la incorporación de esta figura regulada por Código a las leyes que las Comunidades Autónomas han dictado sobre protección del menor, que en la práctica, constituyen auténticos ordenamientos jurídicos de protección de la infancia y de la adolescencia, según rezan los títulos de las normas de protección.

Siguiendo el esquema planteado por la Ley Orgánica 1/1996 las leyes autonómicas de protección conciben la protección del menor como un todo, con una dimensión holística, por lo que se aborda en dos planos, es indudable que se resuelve en sede jurídica a través del establecimiento de normas de conflicto y de atribución de derechos subjetivos a menores concretos, pero a la vez, está conectada con otras dimensiones sociales inherentes al menor y, en este caso, el deber se concreta en procurar al menor, como colectivo¹⁰⁵⁰, y al menor en situación de riesgo, unas condiciones medioambientales que permita el libre desarrollo de su personalidad. Es indudable que las funciones tuitivas de los poderes públicos

¹⁰⁴⁹ La norma internacional clave en la nueva concepción de protección del menor, la Convención de Derechos del Niño de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989, (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), ya contiene esa imprecisión y de hecho en su artículo 1 tiene que aclarar a los “efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

¹⁰⁵⁰ Y en ese sentido, si nos referimos al menor como colectivo o grupo social, nos encontramos con los mismos problemas de indeterminación que en otros colectivos sociales, que no se pueden definir por datos objetivos, la inmigración, la vejez, etc., ya que, en realidad, no hay un único menor, bajo esta denominación existe una diversidad de estadios de madurez física e intelectual, debiéndose conjugar una serie de variables, que van a influir en ese desarrollo, familia, sistema educativo, sistema sanitario, capacidad económica.

contenidas en las normas autonómicas trascienden a la protección exigida a las entidades públicas en el marco del 172 y ss. del Código civil, y eso supone establecer una distinción entre los múltiples niveles de protección público, ámbito escolar/educativo, sanitario, ocio, consumo, publicidad, etc., cuyo desarrollo normativa está dirigidos a menores de distintos tramos de edad.

Siendo otra causa de la confusión el hecho de que el acogimiento familiar, regulado en su estructura básica por los artículos del 173 y ss. del Código civil, en relación con el 172.1 y el 172.3, ha quedado integrado en el sistema de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma, junto a otro tipo de servicios cuyo destinatario son los menores pero también otros colectivos; y por otra parte el acogimiento familiar requiere de la concurrencia de determinados servicios sociales, prestaciones, actividades, programas, proyectos y equipamientos destinados a la prevención, atención y protección¹⁰⁵¹ en los que el perfil del usuario no coincide con los límites cronológicos del menor de edad y en los cuales la Administración autonómica goza de plena capacidad de implantación así como plenas potestades reglamentarias para establecer los requisitos exigidos a los destinatarios de esas prestaciones, que pueden o no ser coincidentes con los exigidos en el Código para el menor acogido. De hecho, con la actual visión global de los sistemas de servicios sociales¹⁰⁵², las prestaciones ofertadas no se limitan al menor en riesgo o desamparo, sino que se extienden también a los menores como colectivo, e incluso comprenden la protección del entorno familiar del menor¹⁰⁵³ y al mayor de edad

¹⁰⁵¹ DE PALMA DEL TESO, A., "La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña", *Marco jurídico de los Servicios Sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pág. 243.

¹⁰⁵² LLORCA RODRÍGUEZ, B., "La atención administrativa a la infancia DGAIA (Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia), ICA (Instituto Catalán de la Adopción) EAIA (Equipos de Atención a la Infancia y la Adolescencia)", *Derecho de la Persona*, RAVETLLAT BALLESTÉ, I., (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pág. 299.

¹⁰⁵³ En nuestro trabajo es imprescindible defender la necesidad de un servicio concreto, aunque en general, en el campo de las prestaciones y servicios sociales, suscribo las palabras de FANTOVA AZCOAGA, F., "Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, cuando señala que "desde nuestro punto de vista, resulta cada vez más disfuncional y problemática la creación y mantenimiento de servicios específicos para colectivos poblacionales concebidos como compartimentos estancos a partir de los cuales la única operación posible parece ser, en muchos casos, la de volver a fragmentar el colectivo en compartimentos estancos de menor tamaño", pág. 62

joven¹⁰⁵⁴. Es más, hay técnicas de protección que se sitúan en el contexto de la mera asistencia social¹⁰⁵⁵, donde existe un amplísimo margen de discrecionalidad de los poderes públicos para arbitrar las medidas que estime oportunas para satisfacer de manera puntual determinada necesidad¹⁰⁵⁶.

En conclusión, dada la potestad autonómica para regular la protección del menor y la capacidad organizativa de sus servicios sociales constituye una tarea

¹⁰⁵⁴ Exposición de motivos de la Ley 14/2002, de 25 julio 2002. Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León: “la Ley extiende su ámbito de aplicación al sector poblacional de los menores, que es conceptuado tanto desde el criterio personal de la edad, como del territorial de residencia en la Comunidad Autónoma, previendo en ambos casos una estimación flexible que permite la aplicación de la misma más allá de la consecución de la mayoría de edad, y a casos de estancia temporal o eventual en Castilla y León”, y en su artículo 2. Ámbito de aplicación y destinatarios 1. Las medidas de atención y protección contempladas en la presente Ley, serán de aplicación a todos los menores de edad, cualquiera que fuera su nacionalidad, que tengan su domicilio o se encuentren eventualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. 2. La Ley podrá ser igualmente de aplicación a mayores de edad en los supuestos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico o, en relación con aspectos concretos, cuando aquéllos hayan sido objeto de alguna de las medidas administrativas o judiciales contempladas en la misma antes de alcanzar la condición referida. 3. Lo establecido en los dos números anteriores ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otra normativa que resulte aplicable por razón de origen o procedencia de los destinatarios y de las facultades que pudieran corresponder a la Administración competente de otro territorio. 4. A los efectos de esta Ley, se entenderá por infancia el período de la vida comprendido entre el nacimiento y la mayoría de edad fijada por Ley, y por menor a toda persona que no haya alcanzado dicha mayoría de edad. 5. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, cuando esta Ley se refiera genéricamente al menor o a los menores, se entenderán comprendidos en dichos términos, a los efectos y con el alcance previstos en cada caso, las personas mayores de dieciocho años a las que sean de aplicación las medidas o actuaciones en ella contempladas”.

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja Artículo 2 Sujetos: 1. “Son menores, a los efectos de esta Ley, quienes no hayan cumplido dieciocho años, salvo que su ley personal determine que hayan adquirido con anterioridad la mayoría de edad. Respetando los efectos que determina la legislación civil, la emancipación o la habilitación de edad no impedirán la aplicación por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja de las medidas de protección previstas en esta Ley, en los casos y términos que la misma establece”.

¹⁰⁵⁵ En algunos contextos de la asistencia social nos encontramos en el ámbito de los intereses legítimos e incluso en del mero interés a la actuación de la administración, y no en un campo de derechos subjetivos perfectos, VÁZQUEZ PEDROUZO, M. C., “Posición jurídica del particular frente a la administración”, *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 30, 2011, págs. 309-342, esta autora analizando el enfoque conceptual de los derechos subjetivos de Renato Alessi, señala que para este autor, “conforme a la doctrina dominante, el derecho subjetivo frente a la Administración supone “*un interés directo, individual y completamente protegido*”, en tanto que el interés legítimo refiere a un interés protegido “*de modo menos perfecto*” o “*de forma ocasional o refleja*”. El interés legítimo sería un “*quid*” intermedio entre el derecho subjetivo y el mero interés (no tutelado). Según dicha doctrina, ambas nociones son categorías de orden sustancial, distinguibles de las figuras procesales del interés a la acción judicial, y existiría entre ellas una diferencia exclusivamente en el grado de protección”, pág. 321.

¹⁰⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho administrativo*, t. II, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Civitas, Madrid, 1992, pág. 33, señalando los autores la discrecionalidad de la que goza la administración para establecer servicios y prestaciones, pág. 70.

difícil e inútil¹⁰⁵⁷ determinar de manera permanente y general sobre qué menores recae la intervención de la Administración pública, ya que puede adoptar en este campo medidas de protección muy variadas y dirigidas a cualquier tramo de edad dentro de la minoría¹⁰⁵⁸, e incluso, exceder esos límites, iniciándose la actividad pública de protección antes del nacimiento^{1059, 1060} y prolongarse más allá de los 18

¹⁰⁵⁷ Proyecto revisado de manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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, redactado por la Oficina Permanente (Documento Preliminar No 4 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños), en su punto 16: “Si la autoridad competente según el Convenio constata que, según la ley que, en virtud de su Derecho internacional privado, rige la capacidad, el niño es mayor o emancipado, apreciará si una medida de protección es sin embargo apropiada. He aquí una cuestión de Derecho material que no reemplaza directamente las disposiciones del Convenio. De igual modo, si la ley que rige la capacidad permite al niño realizar ciertos actos sin la intervención de su representante legal, como consultar un médico o comprar productos anticonceptivos, corresponderá a la autoridad requerida aplicar esta ley dentro de los límites del orden público. El Convenio no indica cuáles son las medidas a tomar en esas situaciones. Se limita a designar a la autoridad competente para tomarlas y a fijar las condiciones de reconocimiento y de ejecución de esas medidas por los otros Estados contratantes. Resulta en todo caso de estos ejemplos que el Convenio se aplicará con una cierta flexibilidad a los “niños grandes”, más aun cuando tienen el derecho a ser escuchados en todo proceso judicial o administrativo que les afecte (art. 12, párrafo 2, CDE y art.23, párrafo 2 *b*, del Convenio, v. *infra*)”.

¹⁰⁵⁸ A título de ejemplo, determinadas medidas de protección social de los menores contenida en el Decreto-ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía, sólo se aplicarán a los menores de 3 a 14 años, ya que en su artículo 48.1 cuando regula las acciones de refuerzo de la alimentación infantil en los centros docentes públicos de Andalucía establece: “con el objeto de atender las necesidades de alimentación básicas de las personas menores en Andalucía que se encuentren en una situación de exclusión social o en riesgo de padecerla, (...) se proporcionará refuerzo en la alimentación infantil en los colegios públicos de educación infantil y primaria que dispongan de servicio de comedor escolar. Dicho refuerzo consistirá en proporcionar además del almuerzo, el desayuno y la merienda, de tal forma que se garanticen tres comidas diarias”.

¹⁰⁵⁹ Las normas nacionales de protección administrativa de los menores no contempla la protección social de *nasciturus*, pero de *lege ferenda* si podría arbitrarse un sistema similar al que señala Décret nº 92/785 de 6 de agosto 1992, Code de la santé publique, en relación con lo establecido en el Code de action sociale et des familles (Ley nº 2005-102 de 11 de febrero de 2005), que regula la asistencia medico social de las mujeres embarazadas y protege al *nasciturus* en peligro a través del acompañamiento del embarazo en aquellas situaciones en las que se detecta, a través del informe psicosocial realizado sobre e cuarto mes de gestación, que pueden darse comportamientos negligentes de la madre en relación con el embarazo. Este sistema de protección se articula a través del denominado Service de Protection maternelle infantile, y con posterioridad hasta que el menor tenga 6 años. Dicho servicio depende orgánicamente del President du Conseil Général.

¹⁰⁶⁰ Código civil suizo, en su artículo 309:

1 *Dès qu'une femme enceinte non mariée en fait la demande à l'autorité de protection de l'enfant ou que celle-ci a été informée de l'accouchement, elle nomme un curateur chargé d'établir la filiation paternelle, de conseiller et d'assister la mère d'une façon appropriée.*

2 *Elle prend la même mesure lorsque la filiation a été écartée à la suite d'une contestation.*

años. De hecho, prácticamente todas las normativas autonómicas de protección al menor contienen recursos y prestaciones para el menor que, por determinadas situaciones socioeconómicas, al acceder a la mayoría de edad legal, no ha alcanzado su propio desarrollo como persona social y miembro activo de la sociedad¹⁰⁶¹.

A ello se une el hecho de que las Comunidades autónomas han regulado el acogimiento familiar como recurso social de protección de menores no contemplados por el artículo 172.1 y 172.2, como por ejemplo, el acogimiento familiar de menores de día, o por horas¹⁰⁶²,¹⁰⁶³; o el acogimientos familiares de menores infractores, cuando estén sometidos a una medida educativa de

3 Si la filiation est établie, ou si l'action en paternité n'a pas été intentée dans les deux ans qui suivent la naissance, l'autorité de protection de l'enfant décide, sur proposition du curateur, s'il y a lieu de lever la curatelle ou de prendre d'autres mesures pour protéger l'enfant.

¹⁰⁶¹ Prácticamente todas las normativas autonómicas de protección al menor contemplan la obligación de los poderes públicos de establecer medidas de acompañamiento a la edad adulta de aquellos menores con determinadas carencias sociales, medidas que no terminan con la llegada a la mayoría de edad.

¹⁰⁶² Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de Castilla y León, en su artículo 9.5, al regular los tipos de acogimiento familiar señala que, en razón de la continuidad o discontinuidad de la atención, podrán ser:

a) A tiempo completo, cuando el menor conviva de forma continua con sus acogedores.

b) A tiempo parcial, cuando la atención se dispense mediante una convivencia discontinua, ya sea algunas horas al día, algunos días a la semana o de forma intermitente durante otros períodos de tiempo.

De la variedad de recursos que tienen esta denominación común son significativos los distintos documentos elaborados por la Comunidades autónomas y dirigidos a los profesionales de los servicios sociales, por ejemplo *"Acollemento familiar de menores. Guía para profesionais dos servizos sociais"*, editada por la Consellería de Trabajo e Benestar de la Xunta de Galicia, 2012, que recoge el acogimiento familiar de menores cuya familia sea calificada como de riesgo, sin que ello suponga la salida del menor de su unidad familiar: *"Familias en situación de risco para as que o acollemento poida constituir una medida de apoio que permita a permanencia do menor no fogar"*, pág. 27.

http://benestar.xunta.es/export/sites/default/Benestar/Biblioteca/Documentos/Formacions/Guia_acollemento_familiar_v2012.pdf

¹⁰⁶³ El acogimiento diurno o a tiempo parcial es una técnica de protección que va ganando terreno, considerado como un acogimiento no residencial, cuya finalidad es prevenir el alejamiento del menor de su familia de origen a través de la intervención con el menor y los padres en el ámbito familiar. MILANI, P., ZANON, O., CARBONIN, C., SERBATI, S., IUS, M., DI MASI, D., ONIDA, T., COLAMARTINO, F., *Parole nuove pe l'Affidamento Familiare. Sussidiario per operatori e famiglie*, Le Penseur, Università degli Studi di Padova, Padua, marzo, 2014, *"L'affidamento familiare residenziale è la forma più diffusa di affidamento e si definisce tale quando il bambino dorme nella abitazione degli affidatari almeno cinque notti alla settimana, con esclusione dei periodi di interruzione previsti dal progetto.*

Per affidamento diurno si intende una situazione in cui il bambino o il ragazzo è affidato per parte della giornata ad un altro nucleo familiare mentre per affidamento a tempo parziale si intende che il bambino o ragazzo sia affidato per parte della settimana ad un altro nucleo familiare. In entrambi i casi ciò avviene in quanto, per diversi motivi, i genitori non possono assicurare presenza costante e impegno per garantire il mantenimento l'educazione e l'istruzione", pág. 36.

convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1 j)¹⁰⁶⁴ de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero¹⁰⁶⁵, dado que de acuerdo con el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, la organización del recurso para ejecutar este tipo de sanción es competencia de las Comunidades autónomas, en concreto de la entidad pública que tenga encomendada la protección de menores¹⁰⁶⁶, este tipo de sanción mantiene la estructura básica del acogimiento de familiar del Código

¹⁰⁶⁴ Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, artículo 7.1: “Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes: (...) j) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización”.

¹⁰⁶⁵ ARIAS GINER, C., PEÑALVER CERRAMALERA, M., “Intervención judicial y fiscal con menores infractores. Marco procesal”, dentro de las posibilidades de medidas impuesta al menor infractor “especial referencia hay que hacer a la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, al plantearse como una medida fundamentalmente protectora, siendo competencia de la entidad pública estudiar las causas sociales que la justifican, obedeciendo a una finalidad de custodia y aseguramiento de la persona del menor, exigiendo en su desarrollo, de ser factible, una intervención familiar que facilite la vuelta del menor a su entorno”, <http://www.dip-alicante.es/agis/documents/primero/penalsp.pdf>

¹⁰⁶⁶ Artículo 19 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en desarrollo del artículo 7 de la Ley orgánica señala que:

“1. Para la ejecución de la medida, la entidad pública seleccionará la persona, familia o grupo educativo que considere más idóneo, entre los que se hayan ofrecido y acepten voluntariamente la convivencia. En el proceso de selección se escuchará necesariamente al menor y, cuando sea el caso, a sus representantes legales.

2. La persona o personas que integren la familia o grupo educativo, que acepten convivir con el menor, deberán estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, no estar incurso en alguna de las causas de inhabilidad establecidas para los tutores en el Código Civil y tener unas condiciones personales, familiares y económicas adecuadas, a criterio de la entidad pública, para orientar al menor en su proceso de socialización.

3. Una vez hechas las entrevistas pertinentes el profesional designado elaborará el programa individualizado de ejecución de la medida en el que deberá constar la aceptación expresa de la convivencia por la persona, familia o grupo educativo seleccionado, la predisposición mostrada por el menor para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales.

4. La inexistencia de persona, familia o grupo educativo idóneo que acepte la convivencia se pondrá en conocimiento inmediato del juez de menores. Igualmente, se comunicará el desistimiento de la persona, familia o grupo educativo de la aceptación de la convivencia, una vez iniciada la ejecución de la medida.

5. La persona, familia o grupo educativo que asuma la convivencia adquirirá las obligaciones civiles propias de la guarda y deberá colaborar con el profesional designado en el seguimiento de la medida.

6. Durante la ejecución de la medida el menor conservará el derecho de relacionarse con su familia, salvo que haya una prohibición judicial expresa”.

civil pero es la normativa penal de menores la que regula su régimen jurídico¹⁰⁶⁷, estableciendo los requisitos de acceso, la obligatoriedad para el menor¹⁰⁶⁸, su duración¹⁰⁶⁹, etc.

Junto a estos recursos sociales de “estructuras de cuidado”, algunas Comunidades Autónomas han establecido el acogimiento familiar de “menores grandes” en situación de vulnerabilidad¹⁰⁷⁰, el acogimiento familiar de personas mayores¹⁰⁷¹, con los que comparte la misma finalidad y, básicamente, la misma

¹⁰⁶⁷ Vid. PERIAGO MORANT, J. J., “Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores”, *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores*, LEGAZ CERVANTES, F., (dir.. téc.), BUENO ARÚS, F., (coord.), Fundación Diagrama, Murcia, 2008, págs. 328-334.

¹⁰⁶⁸ PERIAGO MORANT, J. J., “Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores”, *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores*, LEGAZ CERVANTES, F., (dir.. téc.), BUENO ARÚS, F., (coord.), Fundación Diagrama, Murcia, 2008, “no se exige, (...) el consentimiento del menor, sino simplemente que sea oído, si bien el apartado 3 añade también lo que denomina la “predisposición mostrada por el menor para la convivencia”, que será recogida en el programa individualizado de ejecución”, pág. 331

¹⁰⁶⁹ Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, artículo 7.1, j): (...) “La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización”.

¹⁰⁷⁰ Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de Castilla y León Castilla y León en su artículo 74.1: “Una vez finalizadas las medidas de protección acordadas en casos de desamparo o de guarda voluntaria, si el menor precisara de apoyo, ayuda u orientación para abordar o completar el proceso de integración, podrá acordarse la prolongación de alguna de las acciones que integraban aquellas o el inicio de otras, con la duración máxima que para cada recurso establezca su normativa reguladora, precisándose la aceptación voluntaria o la petición expresa de éste cuando por edad proceda, así como el consentimiento de su representante legal cuando sea menor de edad, expresados ambos de forma fehaciente”. Y en su punto 3: “Las acciones contempladas en los dos apartados anteriores serán llevadas a cabo por la Entidad Pública de Protección de Castilla y León, directamente o mediante los servicios especiales que correspondan, respecto de los menores que hayan dejado de estar bajo la guarda de la administración por haberse cerrado su expediente de protección y tengan cumplidos los dieciséis años, cuando se entienda necesario facilitar su inserción social o laboral, o favorecer una transición normalizada hacia la vida adulta, y particularmente cuando la intervención de protección se hubiera desplegado con el objetivo de preparar al menor para la vida independiente y, una vez resuelta su emancipación o alcanzada la mayoría de edad, se estime que el apoyo reforzará el proceso de maduración o facilitará el ejercicio de la vida autónoma”

¹⁰⁷¹ En este sentido, y como recurso de los servicios sociales ha sido regulado por diversas Comunidades autónomas, careciéndose de una normativa similar a nivel estatal, así la Comunidad autónoma de Asturias reglamenta a través del Decreto 38/1999, de 8 de julio, por el que se regula el Programa de Acogimiento Familiar para Personas Mayores del Principado de Asturias.

Cataluña lo regula como servicio social en la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores, (anteriormente la Ley 22/2000, de 29 de Diciembre, de Acogida de Personas mayores, regulaba esta figura como contrato civil).

Galicia lo regula en el Decreto 318/2003, de 16 de julio, por el que se regula el programa de Acogimiento Familiar para Personas Mayores y Personas con Discapacidad.

estructura, proporcionar a la persona que se encuentre en una determinada situación de desprotección o vulnerabilidad un entorno familiar que favorezca su desarrollo y calidad de vida, pero está claro que no tiene el mismo destinatario.

Como colofón a la dificultad jurídica que entraña la determinación del menor que puede ser objeto de acogimiento se une la utilización por parte de los operadores jurídicos y sociales de un léxico poco preciso para referirse a la persona física destinataria de esa función protectora.

1.2. DEPURACIÓN LINGÜÍSTICA

Creo necesario, antes de continuar este punto, hacer un breve comentario sobre las distintas denominaciones que se emplean para hablar del sujeto sobre el cual recae la actividad protectora de la administración pública. En este sentido, y como es sabido, una de las primeras cuestiones que llaman la atención es la imprecisión terminológica que emplea tanto la legislación internacional¹⁰⁷² como la nacional, estatal o autonómica, imprecisión que ha sido recogida, diríamos que con

La Comunidad autónoma de Navarra regula el Acogimiento Familiar de mayores a través de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento Familiar de Personas Mayores.

Vid., TEJEDOR MUÑOZ, L., "Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho", *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ, C., (dir.), MORETÓN SANZ, M. F., LÓPEZ PELÁEZ, P., (coords.), Tecnos, Madrid, 2007, págs. 234-257.

MORENO FLÓREZ, R., M., "Acogimiento de personas mayores", *Instrumentos jurídicos para la protección sostenible de la dependencia*, MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J., (coord.), Dykinson, 2010, págs. 81-92, y en su obra *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, págs. 235-263.

¹⁰⁷² BAZÁN, J. L., "Bioderecho y menores en el Consejo de Europa", Conferencia inaugural de las Terceras Conferencias de Bioética y Derecho, "Los niños y los adolescentes en el ámbito de la Bioética", 29 de mayo de 2007, organizadas por la Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada (CEDAP-UC) en colaboración con el Centro de Bioética (Facultad de Medicina-UC), señala que no hay "un concepto común y único de "menor" en el ámbito del Consejo de Europa. Son varias las nociones que se manejan legalmente, dependiendo del campo de aplicación del tratado internacional correspondiente. Así, el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, de 25 de enero de 1996, considera en su artículo 1.1 como niño al menor de 18 años.

Por su parte, *niño* es, a efectos del Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de niños y sobre restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980, el menor de 16 años (artículo 1). Por su parte, el Código Europeo de Seguridad Social, de 16 de abril de 1964, entiende que *niño* es el que está en edad inferior a la de dejar la escuela o por debajo de los 15 años.

Es comprensible tal diversidad, por otro lado, presente en los propios ordenamientos internos, que habitualmente diferencian la edad mínima a efectos laborales, civiles, penales e incluso constitucionales (v. gr., respecto del ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo), no siendo necesariamente coincidentes todas ellas".
<http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/Bioderecho.htm>

entusiasmo, por la doctrina para referirse al ámbito subjetivo de la actividad pública protectora, al administrado sobre el cual recae el deber de asistencia: menor, niño, niña, adolescente, infancia, joven; a la vez, se intuye una distinta significación otorgada a esos términos en función del contexto en el que se recojan. Indudablemente todos ellos están referidos a personas que no alcanzan una edad que podríamos denominar madura, pero no todos ellos tienen en mismo significado jurídico o social, ni tampoco se le otorga los mismos recursos de protección.

De esta confusión terminológica da fe nuestra legislación, en concreto, la Constitución española en su artículo 39.4 utiliza el término niños, en el artículo 20.4, relativo a la libertad de expresión y sus límites, se refiere a la juventud y a la infancia, y en su artículo 48 habla de la juventud en relación al deber de los padres públicos de promover las condiciones de participación de los jóvenes en el desarrollo político, social, económico y cultural; en ningún punto de su articulado se recoge la palabra menor, aunque si se refiere a ese estado en el artículo 39.3 cuando establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden respecto a los hijos durante su minoría de edad¹⁰⁷³. Por otro lado, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor señalaba en su artículo 1 que el marco de protección establecido en la misma se aplicará a todos los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad¹⁰⁷⁴.

En las normativas autonómicas referidas a la protección del menor encontramos la misma ambigüedad, sirvan como ejemplo la denominación de sus

¹⁰⁷³ La Constitución en su artículo 12 señala que los españoles son mayores de edad a los 18 años. En el artículo 315 del Código civil se establece: “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”.

¹⁰⁷⁴ En este sentido, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Proyecto revisado de manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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, redactado por la Oficina Permanente (Documento Preliminar nº 4 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños), en su punto 16 “El Convenio deja de aplicarse cuando el niño alcance la edad de 18 años. Puede, por tanto ocurrir que necesite protección después de esa edad, sea porque no haya alcanzado la mayoría de edad según la ley reguladora de su capacidad, sea porque su estado de salud requiera una medida de protección. En ausencia de un Convenio sobre la protección de los adultos, corresponderá a cada Estado garantizar esta protección según su Derecho nacional”.

normativas sobre protección del menor: Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León; Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad autónoma de Cataluña; Decreto 152/2010, de 2 de julio, por el que se crea la Comisión Permanente para la Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia en Extremadura; la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia; Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, que en su artículo 2.f) señala como personas destinatarias de dicha ley a las “niñas, niños y adolescentes”; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra; la Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País vasco, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia; Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, entre otros.

En general, podemos deducir que los términos infancia, adolescencia y juventud¹⁰⁷⁵ se utilizan cuando la norma se refiere a políticas sociales y a las medidas de prevención y promoción enfocadas tanto a menores como a mayores de edad que aun estén cercanos a la minoría, dado que, en la actualidad, infancia¹⁰⁷⁶, juventud¹⁰⁷⁷, adolescencia¹⁰⁷⁸ carecen de significado jurídico en el marco de la legislación civil común, son términos acuñados en la psicología, pedagogía, sociología e incluso en la medicina, pero que carecen de una definición concreta. Y

¹⁰⁷⁵ En esta inflación de vocablos incluso se introduce el término “chica”, así el artículo 47 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia: 1. Las chicas tienen derecho a decidir sobre la maternidad en relación con su grado de madurez, de acuerdo con la legislación específica.

2. En los casos de chicas tuteladas por la Administración de la Generalidad, esta administración debe poner a disposición de la chica todo el apoyo psicosocial y material necesario para ayudarle a hacer frente a la nueva situación. Este apoyo debe ampliarse, si procede, para garantizar el bienestar del recién nacido.

¹⁰⁷⁶ Para el Diccionario de la Real Academia en su acepción primera supone el “(P)eríodo de la vida humana desde que se nace hasta la pubertad”, definiendo pubertad como “(P)rimera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta”.

¹⁰⁷⁷ El Diccionario de la Real Academia lo define en su acepción primera “(E)dad que se sitúa entre la infancia y la edad adulta”.

¹⁰⁷⁸ El Diccionario de la Real Academia lo define como “(E)dad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo”. La Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, en su artículo 1 establece que a “los efectos de la presente Ley tendrán la consideración de jóvenes de la Comunidad de Madrid todas las personas de edades comprendidas entre los catorce y los treinta años”.

eso supone que las normas autonómicas de protección, cuando exponen el ámbito subjetivo de las mismas se ven en la necesidad de establecer el valor cronológico que le dan a esas etapas vitales, no siendo coincidentes entre ellas¹⁰⁷⁹, así la normativa de Castilla y León entiende por infancia el periodo comprendido desde el nacimiento hasta los 18 años, sin embargo la normativa madrileña entiende por infancia a los menores desde su nacimiento hasta los 12 años, y la leyes catalanas denominan niños a los menores de 12 años¹⁰⁸⁰, sin que después a lo largo de su articulado ello suponga un distinto régimen jurídico.

Sirviéndose del término “menor” cuando en la norma se plasman auténticos derechos subjetivos cuyo titular será el menor, porque de esos vocablos el que tiene un significado técnico- jurídico más preciso es el sustantivo “menor”, significado que en sede civil califica uno de los estados civiles de las personas físicas, la minoría de edad.

Una de las posibles razones de esta confusión se debe a que en todo lo relativo al menor de edad no solo están implicadas las ciencias jurídicas y los operadores jurídicos, sino otros muchos otros campos del saber cómo medicina, psicología, pedagogía, la sociología¹⁰⁸¹, etc., a su vez, la materialización¹⁰⁸² de la

¹⁰⁷⁹ LINDE PANIAGUA, E., “Legislación audiovisual y protección de la infancia”, en VV.AA., *Televisión. Niños y Jóvenes*, RTVV, Valencia, 1994, pág. 149, establece con buen criterio: “Poco seguiría aportando a nuestras averiguaciones la reproducción exhaustiva de la legislación en lo relativo a la utilización de los conceptos de infancia, juventud y minoría de edad, pues no haría sino reiterar que de nuestras leyes se deducen conceptos de minoría de edad, infancia y de juventud, que no son coincidentes entre ellos ni homogéneos, y tratamientos jurídicos diferentes a efectos políticos, civiles, penales o laborales”.

¹⁰⁸⁰ A modo de ejemplo, y sin querer ser exhaustiva, Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña en su artículo 2. 2 señala que a “los efectos de la presente Ley y de las disposiciones que la desarrollan, se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la Ley”, y sin embargo no define infancia, término que si utiliza en el título de la Ley.

La Ley 14/2002, de 25 julio 2002 de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, en su artículo 2.4 establece a “los efectos de esta Ley, se entenderá por infancia el período de la vida comprendido entre el nacimiento y la mayoría de edad fijada por Ley, y por menor a toda persona que no haya alcanzado dicha mayoría de edad”.

Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, en su artículo 2 establece que a “los efectos de la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, se entiende por infancia, el período de la vida de las personas comprendido desde el nacimiento y la edad de doce años y por adolescencia, desde dicha edad hasta la mayoría establecida en el artículo 12 de la Constitución”.

¹⁰⁸¹ RODRÍGUEZ-PASCUAL, I., MORALES MARENTE, E., “¿Cuántas veces dejamos de ser niños? Un análisis de la representación social de la autonomía infantil [SPA]”, *Revista Española de*

protección pública del menor recae sobre profesionales, ajenos al mundo jurídico, como educadores sociales, trabajadores sociales, terapeutas, etc., que utilizan su propia nomenclatura, lo que ha influido y sigue influyendo en la redacción de las normas jurídicas relativas a la protección del menor, y paralelamente, se ha producido una dejación de los redactores de las normas jurídicas, no adecuando el lenguaje jurídico a las aportaciones que en materia de protección del menor han realizado esas ciencias.

Ello ha supuesto que de una manera errónea se haya ido abandonando el término “menor”, término que se ha ido cargando de negatividad; de hecho, para algunos sectores doctrinales tiene un marcado carácter peyorativo¹⁰⁸³, entendiéndose que estigmatiza¹⁰⁸⁴ a ese sector de la población que está en el arco cronológico de cero a dieciocho años. La oposición a la palabra menor tiene su origen, básicamente,

Investigaciones Sociológicas, número 143-2013, págs. 75-2013, ambos autores realizan un estudio sobre la percepción que los adultos tienen sobre la infancia y su autonomía y sostienen que la flexibilidad que cada sociedad tiene para señalar las fronteras temporales de la infancia es una de las pruebas de que ésta es una construcción social.

¹⁰⁸² Este enfoque de la protección del menor fuera de ámbito jurídico ya era patente en la redacción de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, en los debates parlamentarios ya se mantuvo la idea de que “la protección de menores tiene mucho más que ver, es mucho más competencia de los servicios sociales de la Administración, es decir, de aquellos servicios sociales que se inspiran en las ciencias sociales, como la psicología, la sociología y la pedagogía, etcétera, predominando esta consideración sobre otros criterios, también muy importantes, como los criterios técnicos-jurídicos”, intervención de LEDESMA BARTERT, F., *Diario de sesiones del Senado*, (Cortes Generales), III Legislatura, 1987, número 46, pág. 1.724.

¹⁰⁸³ MARRE D., SAN ROMÁN, B., “El «interés superior» de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”, *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona. ISSN: 1138-9788. Depósito Legal: B. 21.741-98 Vol. XVI, núm. 395 (9), 15 de marzo de 2012, sin embargo, considera inaceptable que transcurrido 20 años de dicha Declaración “en España los discursos sobre la adopción y la protección de la infancia aún sigan refiriéndose a los niños y niñas como «menores». Esta denominación –crecientemente cuestionada en otros ámbitos y que desapareció, por ejemplo, en la nueva legislación brasilera sobre la materia– no solo acentúa la distancia entre la edad adulta y la niñez, sino que, ..., su uso para referirse a los jóvenes delincuentes o los niños y niñas en situación de riesgo construye una categoría residual respecto del mundo de la infancia”.

¹⁰⁸⁴ SANCHEZ-VALVERDE VISUS, C., “El desamparo y el acogimiento de la infancia en situación de riesgo social. Los CRAE (Centros Residenciales de Acción Educativa)”, *Derecho de la persona*, RAVETLLAT BALLESTÉ, (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pág. 401, que expone “Utilizaremos indistintamente los términos niño, niña, adolescente, infancia, adolescencia, niños, adolescentes. Pero se evitará el uso del término-adjetivo «menor», como sinónimo de niño y en función de sustantivo, por su carácter etiquetador y estigmatizador. Así, ese término sólo se hará servir referido a la mayoría/minoría de edad a efectos de responsabilidad civil o penal”.

en la doctrina iberoamericana¹⁰⁸⁵, en concreto en el Instituto Interamericano de Niño, que desarrolló una importante literatura doctrinal cuestionando la regulación legal de las medidas de protección que sólo contemplaban la situación de los menores infractores o en situación irregular y esa identificación entre la palabra menor y normas poco garantes de los derechos de los menores en riesgo, se recibió en España a través de las investigaciones sobre menores de la pedagogía y la psicología¹⁰⁸⁶, y con una acogida nada desdeñable entre los operadores jurídicos¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁵ GARCÍA MÉNDEZ, E., "Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias", *Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Antología*, GONZÁLEZ OVIEDO M., VARGAS ULATE, E., (coords.), Conamaj, Escuela Judicial, Unicef, Costa Rica, 2001, en relación con Iberoamérica señala que "(A)ntes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina que aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de menores de nuestro continente", pág. 63, y especificando que "las diferencias que se establecen al interior del universo infancia, entre los sectores incluidos en la cobertura de las políticas sociales básicas (educación y salud) y los sectores excluidos es tan enorme, que un concepto único no podrá abarcarlos. Los incluidos, se transformaron en niños y adolescentes, los excluidos se transformaron en "menores", pág. 62, http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf

¹⁰⁸⁶ Reproduzco por su interés uno de los párrafos de la comparecencia del portavoz del Consejo General de Colegios de Educadores Sociales, DE LA ROSA CASADO ante la *Comisión especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, para informar sobre la situación de los centros tutelares de menores (713/000931)*, en sesión del Senado de 7 de marzo de 2011 (Diario de sesiones nº 484), que mantiene que la práctica "muy extendida socialmente la de utilizar como supuesto sinónimo de niño el adjetivo "menor". Esta práctica significa un proceso de división de las infancias que crea dos tipos: el niño y el menor, la infancia y los menores. El concepto "menor" es un adjetivo que alude a una caracterización llevada a cabo por lo que no se tiene o por lo que no se es, es decir, por carencia, por falta de algo, por ausencia de algo. En contraposición, infancia, sustantivo, alude a una mirada global con referencia a lo que se es y a lo que se puede ser, a un componente esencial, no a una situación, en que también se es ciudadano con pleno derecho. Probablemente, este proceso de categorización y estigmatización no se realiza intencionalmente, seguro que no es así. Deberíamos tratar de tomar conciencia de cómo las palabras que usamos configuran el mundo y la disposición que asignamos en él a las personas con las que actuamos, en este caso los niños, y de aprovechar oportunidades como ésta de generación de un nuevo referente, el legal y los programas, para poder cambiar la tendencia social clasificadora. En resumen, hay una infancia, que la Declaración define como la etapa de la vida que transcurre entre el nacimiento y los 18 años de edad, infancia que se ha dividido entre infancia, niño y menores, y todos son infancia: niños, adolescentes y jóvenes".

¹⁰⁸⁷ GARCÍA MÉNDEZ, E., "La Convención internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos", *Nuevo Derecho Penal*, nº 57, julio 1992, "la doctrina de la situación irregular resultó prácticamente hegemónica en América Latina, por lo menos hasta bien entrados los años 80, lo cual fomentó el mito de la excelencia de sus ideales (...) El desentenderse de las consecuencias reales de su aplicación (...); la miseria de los programas de resocialización, el tratamiento indiferenciado de menores supuestamente abandonados y supuestamente delincuentes, y los miles de jóvenes en instituciones penitenciarias para adultos, constituyen sólo la punta del iceberg de un inmenso proceso de mistificación (...); la indistinción entre menores abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico (...), esta sobrevivencia remite al carácter hegemónico de una cultura que no ha querido, no ha podido o no sabido pensar la protección de sus componentes más vulnerables fuera

Pero este enfoque de la palabra menor debe estar actualmente superado¹⁰⁸⁸, ya que desde la Convención de Derechos de Niño¹⁰⁸⁹ la protección que deben dispensar los poderes públicos es una protección integral en el sentido que antes apuntábamos, independizada de la situación irregular del menor, aunque estableciendo una protección cualificada para los menores en riesgo.

Quizás, también, influya el hecho de que siendo cierto que la minoría de edad como concepto jurídico abarca, salvo la excepción de la emancipación, los dieciocho primeros años de un individuo¹⁰⁹⁰, el desarrollo físico e intelectual del mismo no es la misma durante ese periodo, pasando de una dependencia absoluta en las primeras etapas vitales, a ir adquiriendo progresivamente una autonomía, que en la fase final puede afirmarse que es una autonomía física y de raciocinio igual a la de un mayor de edad¹⁰⁹¹, y en este sentido, como señala TAVOILLOT¹⁰⁹², es

de los marcos de declaración previa de algún tipo de institucionalización estigmatizante”, págs. 423 y 427.

¹⁰⁸⁸ Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos), la delegación de Costa Rica en la presentación de la consulta expresa esa concepción y su superación: “Con la Convención sobre los Derechos del Niño se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención “proteccionista” o represiva del Estado. Además, esa doctrina creaba una distinción entre “niños”, que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y “menores”, que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban por lo tanto, en una “situación irregular”. Para este segundo grupo, el sistema tendía a judicializar e institucionalizar cualquier problema vinculado con su condición de menores, y la figura del “juez tutelar” sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño”, pág. 15.

¹⁰⁸⁹ Aunque también es cierto que esta Declaración no contribuyó a aclarar los términos, creando una dificultad a los distintos ordenamientos jurídicos para recibir las disposiciones programáticas contenidas en la Declaración a la técnica jurídica de normas de conflicto establecidas en los Códigos.

¹⁰⁹⁰ Proyecto revisado de manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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, redactado por la Oficina Permanente (Documento Preliminar No 4 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños), en su punto 16 se señala que el Convenio se aplicará hasta que el niño haya alcanzado la edad de 18 años. Aunque ello no implica que el Convenio fije en 18 años la edad de la mayoría en todos los Estados contratantes mediante una regla material, pero sí supone que “las reglas convencionales de competencia, de conflicto de leyes, etc., se aplican a los niños hasta esa edad, aun en el caso en que, antes de esta edad, fuesen capaces según su ley personal, bien porque la edad de la mayoría sea fijada por esta ley, lo que parece muy excepcional 18, bien porque, con mayor verosimilitud, hayan sido objeto de una medida de emancipación, en particular, como consecuencia de su matrimonio”.

¹⁰⁹¹ Se pueden utilizar los mismos argumentos que se señalaron en el Real-Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad: “límite legalmente establecido para la mayoría de edad de los ciudadanos, como determinante del momento de la incorporación de éstos a la plenitud de la

incuestionable que la categoría jurídica de menor es demasiado amplia y parte de las dificultades en torno a su debate provienen de esa misma amplitud, que no hace sino favorecer la confusión.

Pero esas razones no deben llevar a abandonar el término “menor de edad” ya que en nuestro ordenamiento jurídico, la palabra menor tiene un significado muy concreto y consolidado, y que, como hemos dicho, supone uno de los estados civiles de la persona física, la minoría de edad, en contraposición con el estado civil de mayor de edad¹⁰⁹³, estado que conlleva unas consecuencias jurídicas básicas para el objeto de este trabajo, el menor de edad tiene limitada¹⁰⁹⁴ su capacidad de obrar y por lo tanto, y por definición, debe encontrarse bajo la protección de una institución, ya sea patria potestad, tutela ordinaria o tutela administrativa.

El término menor referido al estado civil de la minoridad permite un tratamiento jurídico unitario del menor, proporcionando algo tan necesario en este caso como es seguridad jurídica¹⁰⁹⁵, porque como sostiene LACRUZ BERDEJO¹⁰⁹⁶, el

vida jurídica alcanzando la plena capacidad de obrar en los campos civil, administrativo, político o de cualquier otra naturaleza, ha sufrido en nuestro ordenamiento, como en los restantes países de nuestra área cultural, una progresiva reducción fundada en que la instrucción recibida durante una escolarización más prolongada y la abundante información de que hoy día dispone la juventud ha hecho a ésta apta para hacer frente a las exigencias de la vida a una edad más temprana que en pasados tiempos y que la reducción de la edad de la mayoría tiende a favorecer el desarrollo del sentido de la responsabilidad de los jóvenes”, y consecuentemente se rebajaba la edad para la emancipación a los 16 años.

¹⁰⁹² TAVOILLOT, P.-H, “Juger et éduquer les mineurs délinquants, de Dominique Youf”, *Sociétés et jeunesses en difficulté*, 19 mars 2010, <http://sejed.revues.org/6626>, señala “il apparaît incontestable que la catégorie juridique de mineur est bien trop vaste, puisqu'elle couvre à la fois l'enfance et la jeunesse. Bon nombre de difficultés dans le débat proviennent de cette amplitude, propice aux amalgames”.

¹⁰⁹³ El artículo 322 del Código civil dice: “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil”, aunque es indudable que la mayoría de edad despliega su eficacia en todo el ámbito jurídico de la persona. Excepcionalmente, puede asimilarse la minoría de edad a la mayoría a través de la emancipación del menor, 314 y 316 a 324 del Código civil.

¹⁰⁹⁴ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, señala en su Exposición de Motivos como debe entenderse la limitación de la capacidad de obrar, señalando “la estructura del derecho a la protección a la infancia (...) consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de su capacidad progresiva para ejercerlos”. Por lo que la ley maneja la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos, señalando que las “limitaciones que pudieran derivarse de este hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva”, señalando en el artículo 2 como uno de los principios generales de esta Ley las “limitaciones de la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

¹⁰⁹⁵ AUGHUET, C., *Précis de droit de la famille*, LES MEMBRES DE L'UNITÉ DE DROIT FAMILIAL DU CENTRE DE DROIT PRIVÉ DE L'ULB, VAN GYSEL, A-C., (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009, “L'état des personnes est, par essence, d'ordre public: l'état juridique d'un individu par rapport aux grandes institutions civiles, (famille, société, capacité,...), de même que les conséquences qui en découlent,

interés práctico del concepto estado civil reside en la “posibilidad de aplicar un mismo régimen jurídico- por más que la ley nos lo proporcione sólo de forma fragmentaria y desordenada- a los diversos casos incluidos” en ese estado civil.

1.3. CONCRECIÓN DEL USUARIO DEL SERVICIO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR DEL CÓDIGO CIVIL

Pero como ya hemos visto, el acogimiento familiar de Código civil no es un servicio social autonómico ni su inclusión en las leyes autonómicas de protección de los menores lo convierten en una figura sobre la cual el legislador autonómico tenga competencia para modificar su estructura y requisitos básicos¹⁰⁹⁷, por lo tanto requiere necesariamente acotar, identificar el segmento de población destinatario del servicio, dado que es un servicio específico para materializar una situación concreta de un menor concreto sobre el que ha recaído una concreta medida de protección del 172.1 o 172.2 del Código civil, por lo que el principio de universalidad de este servicio público debe responder a los requisitos exigidos por la norma del Código civil, que es el que impone límites a la discrecionalidad de la entidad pública regulando y estableciendo los presupuestos básicos del usuario del servicio la edad y el espacio territorial.

La Ley 21/1987 al incorporar el servicio de acogimiento familiar al Código civil, rompió con la tradición normativa existente hasta en ese momento en sede administrativa, ya que estas reflejaban límites de edad que no coincidían con las distintas edades cronológicas señaladas para mayoría de edad legal por el

intéressent directement tant les personnes concernées que l'ensemble de la société, qui doit pouvoir s'y référer avec certitude”, pág. 100.

¹⁰⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNANDEZ, F. RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho civil*, 1 parte general, V. II, personas, (Revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.), Dykinson, Madrid, 2010, pág. 25, pero como también reconoce el autor no puede caerse en un peligroso “neocorporativismo”, que algunos pueden reivindicar basándose en que el Estado social utiliza la técnica de diferenciar a determinados grupos de ciudadanos, otorgándoles diferentes niveles de protección para, dentro de la formal igualdad ante la ley, hacer efectiva la igualdad real promulgada por el artículo 9.2 de la Constitución.

¹⁰⁹⁷ Con independencia de la determinación de las características exigidas por las legislaciones autonómicas que regulen otros modelos de acogimiento familiar desde su consideración como recurso de los servicios sociales.

ordenamiento jurídico en cada época¹⁰⁹⁸. En este sentido hay que recordar que la legislación de protección de menores, tanto de la del Texto refundido de la legislación sobre tribunales tutelares de menores¹⁰⁹⁹ y la Ley de Protección de Menores¹¹⁰⁰, la competencia subjetiva de los organismos públicos señalados en ambas normativas, comprendía a los menores de uno u otro sexo menores de dieciséis años, salvo las excepciones contempladas que podía ampliarse hasta los dieciocho o veintiún años¹¹⁰¹.

El legislador de 1987 se limitó a señalar determinadas medidas de protección destinadas a los menores sin mayor precisión, teniendo en cuenta que el menor de edad puede encontrarse en una situación jurídica de emancipación, así en su artículo 172.1 señaló la entidad responsable cuando se “constate que un menor se encuentra en situación de desamparo”, o en el artículo 172.2 “cuando los padres o tutores (...) no puedan cuidar al menor”, de ejercer la guarda a través del acogimiento, familiar o institucional. Posteriormente, la Ley orgánica 1/1996 señalaba que se entenderá por menor toda persona menor de 18 años¹¹⁰², a los

¹⁰⁹⁸ Cuestión distinta es que la Administración asuma la tutela ex lege de un menor de edad incapacitado legalmente y al llegar a la mayoría de edad la sentencia de incapacitación determine que sea la Administración pública la que se convierta en su tutor ordinario.

¹⁰⁹⁹ Aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores

¹¹⁰⁰ Decreto de 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, (B. O. E. nº 206, de 24 julio de 1948), en su artículo 2: “Quedan sujetos a la protección establecida por las disposiciones que se refunden en el presente Decreto los menores de ambos sexos hasta la edad de dieciséis años. Los mayores de esta edad, pero menores de veintiuno, que se hallaren bajo la acción tutelar permanente de los Tribunales Tutelares de Menores, podrán seguir siendo protegidos hasta el límite máximo de la mayor edad en los términos estrictamente establecidos por su legislación

En cuanto a los menores de edad que se hallen protegidos por las Juntas de Protección de Menores con anterioridad al cumplimiento de los dieciséis años, dichos Organismos podrán continuar la protección, su fuere necesaria, hasta cumplir la mayoría de edad.

En todo caso la protección podrá hacerse extensiva, por acuerdo del Gobierno, a los menores de edad, aunque mayores de dieciséis años en los caso de repatriación de menores del extranjero que carezcan de padres en España, y de aquellos otros casos que se establezca por disposición del Poder Público”.

¹¹⁰¹ Artículos 18 y 20 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores

¹¹⁰² Siguiendo lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989, (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), en su artículo 1 a los “efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

efectos de la protección dispensada por su articulado, cuestión que no aportó nada en realidad ya que coincidía con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁰³.

Por lo tanto, de la dicción literal del 172.1 y 172.2 se deduce que, en principio, se refiere a toda persona que incluida en el concepto legal de menor de edad, que en nuestro sistema jurídico señala, en general, la situación de una persona desde su nacimiento hasta los dieciocho años¹¹⁰⁴; no pudiendo hablarse, en sentido jurídico estricto y en este contexto, de acogimiento familiar de una persona que no esté comprendida en ese tramo, pero esta afirmación debe ser concretada.

En relación al límite mínimo, la redacción actual del artículo 30 del Código civil¹¹⁰⁵ señala que el nacimiento es el hecho determinante para el reconocimiento de la personalidad jurídica al sujeto y, por tanto, de la adquisición de la capacidad jurídica¹¹⁰⁶, siendo el nacido persona desde el momento mismo de su nacimiento se le reconoce como merecedor de la protección que, como sujeto de derecho, le atribuye el ordenamiento jurídico, por lo tanto, esta nueva regulación ha venido a resolver la situación planteado por la anterior redacción del artículo 30, que impedía a las entidades públicas responsables de la protección de los menores adoptar desde el mismo momento del nacimiento, medidas de protección jurídicas vinculadas con

¹¹⁰³ Hubiese sido clarificador que hubiese precisado como como en su caso ha hecho el legislador vasco Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 2, al señalar el ámbito personal: “A los efectos de la presente ley y de sus disposiciones de desarrollo: a) Se entiende que son personas menores de edad quienes tienen una edad inferior a la mayoría de edad establecida en el Código Civil, siempre que no hayan sido emancipadas o no hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de lo dispuesto en la ley que les sea aplicable. La minoría de edad se entenderá referida a la establecida en el Código Penal para las disposiciones relativas a personas infractoras menores de edad”.

¹¹⁰⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNANDEZ, F. RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho civil*, I parte general, V. II, personas, (Revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.), Dykinson, Madrid, 2010, como se señala en cualquier manual de Derecho civil la “edad de una persona es el tiempo que lleva viviendo desde su nacimiento hasta el momento en que se computa”, pág.116.

¹¹⁰⁵ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, en la Disposición final tercera. *Reforma del Código Civil*.

Se modifica el artículo 30 del Código Civil, que queda redactado en los siguientes términos: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”

¹¹⁰⁶ Con ello, se aclaran las distintas posturas doctrinales sobre la dualidad o no de los conceptos personalidad jurídica y capacidad jurídica, y el momento en el cual eran atribuidas al ser humano, *vid.* BUSTOS PUECHE, J. E., *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996; DE LAMA AYMÁ, A., *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006; ALBADALEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Bosh, Barcelona, 2002, págs. 205 y ss.

el ejercicio de la patria potestad, tutela *ex lege* o guarda voluntaria, dado que había que esperar las consabidas veinticuatro horas para que el ordenamiento jurídico le reconociese como persona¹¹⁰⁷.

Y en relación con el límite máximo de los dieciocho años, hay que precisar que el acogimiento familiar no es una figura de protección independiente sino conectada directamente con el fallo la patria potestad o la tutela, o más concretamente con los aspectos personales de ambas instituciones, por lo que exige la presencia previa de una de esas dos instituciones y que, por determinadas circunstancias, no puedan cumplir con las funciones legales de las que son titulares; y por tanto, la prestación de este servicio exige que la entidad pública haya asumido la responsabilidad sobre esa esfera personal a través de la guarda del menor, ya sea en virtud del 172.1, constituyéndose en tutor previa declaración de desamparo, teniendo como consecuencia la suspensión de la patria potestad o la tutela, o asumiéndola a través de la posibilidad contemplada en el artículo 172.2, a solicitud de los progenitores o tutores, coexistiendo en este caso con ambas instituciones.

Al constituirse la guarda como objeto del acogimiento familiar, solo cabe señalar que el menor destinatario de esta prestación específica es un menor de edad no emancipado¹¹⁰⁸, porque la emancipación¹¹⁰⁹ produce la extinción de la patria potestad o de la tutela y por lo tanto la obligación de guarda, dado que el artículo 323 del Código civil habilita al menor de edad emancipado a regir su persona y sus

¹¹⁰⁷ Aunque transcurrido este plazo, se retrotraían los efectos jurídicos de la concesión de la personalidad al momento del nacimiento, esa no tenía virtualidad en el caso de la protección dispensada por las Entidades públicas de acuerdo con el artículo 172 del Código civil. Cuestión distinta serán las prestaciones y servicios de carácter asistencial que podían prestarse a la familia desde el mismo momento del nacimiento e incluso con anterioridad al mismo.

¹¹⁰⁸ Hay autores, como DE PABLO CONTRERAS, "Comentario al art. 172", *Comentarios a las reformas del Código civil desde la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, pág. 55, o DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, págs. 213-214, que consideran que el menor emancipado puede ser considerado como desamparado y por lo tanto, puede ser beneficiario del servicio de acogimiento familiar, pero considero que esta postura se corresponde con la consideración que se hace del acogimiento como un recurso de los servicios sociales, y por otro lado un menor emancipado puede estar "desamparado", pero ese desamparo será social, económico, personal, etc., que debe ser paliado por la Administración pública con prestaciones propias de los servicios sociales o de la asistencia social; no puede ser considerado un desamparo coincidente con el supuesto de hecho del 172.1, porque este va unido a la obligaciones derivadas de la guarda como componente de la patria potestad o de la tutela.

¹¹⁰⁹ Artículos 314 a 324 del Código civil.

bienes como si fuera mayor¹¹¹⁰, argumento corroborado por el artículo 222.1 del Código civil que impide constituir tutela ordinaria sobre los menores emancipados, y 276.4 del mismo cuerpo legal que determina la emancipación como causa de extinción de la tutela.

De acuerdo con la regulación de la emancipación, la patria potestad se extingue incluso en la emancipación de hecho como consecuencia de la vida independiente del menor, mayor de dieciséis años, con consentimiento de los padres¹¹¹¹, pero en este contexto, esta situación de hecho plantea dudas, habida cuenta que en muchos casos los menores que están en unas circunstancias susceptibles de ser determinantes para la declaración de desamparo y la asunción de la tutela *ex lege* por la entidad pública, viven de manera independiente con el beneplácito de sus progenitores¹¹¹², quizás no puede darse una respuesta global debiendo estudiarse las circunstancias en las que se ha desarrollado esa emancipación de hecho, y si la misma implica una clara negligencia de los progenitores.

Por otro lado, el acogimiento del artículo 172 no puede ser una figura destinada a los mayores de edad incapacitados, con independencia que las Comunidades autónomas establezcan un recurso similar para las personas mayores de edad incapacitadas que por su situación social la Administración pública, ya en este caso no podemos hablar estrictamente de entidad pública, tenga la responsabilidad de arbitrar una medida similar para su protección.

Establecido los requisitos comunes a todos los menores para ser beneficiario del servicio de acogimiento, habrá que añadir el requisito exigido en el artículo

¹¹¹⁰ En ese mismo sentido, la Ley 14/2002, de 25 julio 2002 de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León en su artículo 72.d) establece que la actuación protectora de asunción de la guarda por la entidad pública finalizará por la mayoría de edad o emancipación del menor protegido.

¹¹¹¹ Posibilidad contemplada en el artículo 360 del Código civil: “Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independiente mente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento”.

¹¹¹² DÁVILA GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor”, *Estudios de Derecho de las obligaciones/ Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO, E., (coord.), La Ley- Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2006, incluso se plantea si no sería conveniente que se limitase la concesión de la emancipación por los padres, habida cuenta que puede ser una figura utilizada para burlar la posibilidad de que la Administración declare en desamparo al menor, p. 32, pág. 396.

173.2, el consentimiento del menor mayor de doce años, consentimiento básico sin el cual el acogimiento familiar no puede constituirse, requisito este que no es sino el reconocimiento de la capacidad natural del menor de edad y el derecho de este a participar en la determinación y concreción de su interés. El Código civil no resuelve la cuestión cuando el menor de edad está incapacitado, por lo tanto, deberá aplicarse la teoría de la representación, figura que no presenta problemas de encaje cuando el menor susceptible de ser acogido familiarmente continua bajo la patria potestad o la tutela ordinaria, de acuerdo con el artículo 172.2, pues la representación legal le corresponde a los padres o tutores, pero si puede presentar una disfunción clara cuando el menor está bajo la tutela *ex lege* del 172.1, ya que su representante legal es la entidad pública y puede, en este caso, existir conflicto de intereses, que considero que debe ser resuelta a través del nombramiento de un defensor judicial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 299 del Código civil, defensor que podrá ser solicitado por las personas referidas en el artículo 300 del Código civil, o en su caso, la representación la asumirá provisionalmente el Ministerio fiscal, a tenor de lo establecido en el artículo 299 bis.

1.4. EL NASCITURUS Y LA REGULACIÓN DE LA GUARDA DEL ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO CIVIL

Establecido que el ejercicio de la obligación de la entidad pública¹¹¹³ respecto del menor, en relación con el artículo 172 del Código civil, tiene como límites temporales esos dos hechos, nacimiento/mayoría de edad/emancipación, lo que cabe cuestionarse es si el *nasciturus* goza del estatus jurídico de menor establecido en las normas de protección¹¹¹⁴ y por lo tanto le son aplicables las medidas en ellas

¹¹¹³ No obstante como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la muerte supone la extinción de los derechos de la personalidad pero la memoria del fallecido constituye una prolongación de dicha personalidad que merece protección jurídica.

¹¹¹⁴ CERF-HOLLENDER, A., "L'absence de protection pénale de l'enfant à naître", *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (Direc.), L.G.D.J., París, 2012, dice que hablar de un ausencia de protección penal del *nasciturus* es sin duda excesivo, sobre lo que sí existe consenso, es que los ataques involuntarios al *nasciturus* o a los embriones quedan fuera del ámbito del Derecho penal francés postura está mantenida por la Cour de Cassation y el Tribunal Europeo de

contempladas¹¹¹⁵,¹¹¹⁶. Planteamiento este que conecta con lo dispuesto por Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, que en su artículo 105.2. c señala como situación de desamparo “Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal”, y el legislador catalán entiende como “maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación”¹¹¹⁷,¹¹¹⁸, o en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de

Derechos Humanos, y en cuanto a los ataques voluntarios son contemplados teniendo en cuenta la regulación legal de la interrupción voluntaria de embarazo, págs. 108 y 116.

¹¹¹⁵ AUGHUET, C., “*L’extension de la personnalité a l’enfant cocu sous conditions de naissance ultérieure vivant e viable est une règle destinée à ne pas porter préjudice à l’enfant en le privant de droits qui supposent l’existence préalable du bénéficiaire. Elle n’implique pas la reconnaissance anticipée d’un statut, d’une personnalité juridique autonome de l’embryon dès sa conception*”, LES MEMBRES DE L’UNITE DE DROIT FAMILIAL DU CENTRE DE DROIT PRIVE DE L’ULB, VAN GYSEL, d’A.-C., (dir.), *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruselas, 2009, pág. 48.

¹¹¹⁶ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, en su artículo 105.2 c) considera situación de desamparo: “Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. A tales efectos, se entiende por maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación”. Y en su artículo 110. 4: “La declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento es procedente cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido. En el supuesto de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido”.

¹¹¹⁷ Considero que es totalmente inapropiado la introducción de que el daño producido al feto como consecuencia del maltrato que un tercero haya sometido a la gestante, pueda ser considerada como causa para la declaración de desamparo del menor. Cuestión distinta, será la posible responsabilidad civil derivada del daño producido al menor durante su gestación como consecuencia de los malos tratos de un tercero a la madre, *vid.* ATIENZA NAVARRO, M. L., “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2006.

¹¹¹⁸ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), Sentencia nº 16 de 31 de marzo de 2011 (Recurso de casación e infracción procesal núm. 164/2009), Fundamento de Derecho cuarto. 3: “Desde el punto de vista de la normativa internacional, tampoco podría considerarse un supuesto arbitrario y, mucho menos, contrario a los tratados internacionales —el Preámbulo de la CNUDN tiene presente que “como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de, madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”— la declaración de desamparo de un nasciturus, admitida expresamente por nuestra legislación a título preventivo (art. 2.1 Llei 37/1991), que, por lo demás, ha tenido cierto reflejo en la jurisprudencia de nuestras Audiencias provinciales. Así, la Sentencia de la Audiencia provincial de Girona de 8 de septiembre de 2005 (ROJ SAP GI 1113/2005) acuerda el desamparo del nasciturus hijo de madre toxicómana a la que le habían sido retirados otros cuatro hijos anteriores. La Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 3 de junio de 2004 (JUR 2004, 209029) que reconoce el desamparo de un nasciturus por tener sus padres las

Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, del País vasco que en su artículo 52 cuando establece las actuaciones en situación de riesgo, en su punto 2 señala que “Cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligrará el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo”. En el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹¹¹⁹, en la redacción dada al artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, referido a las situaciones de riesgo regula la protección del no nacido, en concreto, en su punto 9 establece que “La administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá

facultades mentales limitadas y haber fracasado el intento de que cumplieran un plan de mejora. La Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 15 de diciembre de 2005 (RPJ AAP B 6356/2005) se refiere a un *nasciturus* hijo de una madre incapacitada y sometida a tutela y de un padre enfermo mental (esquizofrenia paranoide). Finalmente, la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 11 de octubre de 2006 (ROJ SAP B 10301/2006) que valora especialmente una falta de atención higiénica y médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar el desamparo. Desde el punto de vista de la normativa internacional, tampoco podría considerarse un supuesto arbitrario y, mucho menos, contrario a los tratados internacionales —el Preámbulo de la CNUDN tiene presente que “como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de, madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”— la declaración de desamparo de un *nasciturus*, admitida expresamente por nuestra legislación a título preventivo (art. 2.1 Llei 37/1991), que, por lo demás, ha tenido cierto reflejo en la jurisprudencia de nuestras Audiencias provinciales. Así, la Sentencia de la Audiencia provincial de Girona de 8 de septiembre de 2005 (ROJ SAP GI 1113/2005) acuerda el desamparo del *nasciturus* hijo de madre toxicómana a la que le habían sido retirados otros cuatro hijos anteriores. La Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 3 de junio de 2004 (JUR 2004, 209029) que reconoce el desamparo de un *nasciturus* por tener sus padres las facultades mentales limitadas y haber fracasado el intento de que cumplieran un plan de mejora. La Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 15 de diciembre de 2005 (RPJ AAP B 6356/2005) se refiere a un *nasciturus* hijo de una madre incapacitada y sometida a tutela y de un padre enfermo mental (esquizofrenia paranoide). Finalmente, la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 11 de octubre de 2006 (ROJ SAP B 10301/2006) que valora especialmente una falta de atención higiénica y médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar el desamparo”.

¹¹¹⁹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección”.

Si se considera que se es persona desde el mismo momento del nacimiento¹¹²⁰,¹¹²¹ y, por lo tanto, dotada de personalidad jurídica¹¹²² y capacidad jurídica¹¹²³, el concebido no tendría personalidad jurídica ni capacidad jurídica¹¹²⁴,

¹¹²⁰ De acuerdo con la disposición final 3ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el artículo 30 del Código civil queda redactado de la siguiente manera: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. La redacción actual de ese artículo señala que el nacimiento es el hecho determinante para el reconocimiento de la personalidad jurídica al sujeto y, por tanto, de la adquisición de la capacidad jurídica, condicionando ese reconocimiento, al cumplimiento de dos circunstancias que se haya “producido el entero desprendimiento del seno materno” y que haya vida tras ello. Así mismo, en la actual redacción se ha eliminado la especificación de que los requisitos exigidos eran para el reconocimiento del nacimiento “a efectos civiles”, por lo que se considera persona al nacido a todos los efectos, sean éstos civiles o no, tengan o no contenido patrimonial.

¹¹²¹ Al modificarse las exigencias necesarias para reconocer personalidad de un ser humano, se aclaran las distintas posturas doctrinales sobre la dualidad o no de los conceptos personalidad jurídica y capacidad jurídica, y el momento en el cual eran atribuidas al ser humano, *vid.* BUSTOS PUECHE, J. E., *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996; DE LAMA AYMÁ, A., *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006; ALBADALEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Bosh, Barcelona, 2002, págs. 205 y ss.

¹¹²² La personalidad jurídica es un concepto jurídico que podemos considerar actualmente como universal, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, (ratificación publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 103 de 30 de abril de 1977), establece: “Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

¹¹²³ Obviamente con la capacidad de obrar limitada en virtud de su falta de capacidad natural, pero la limitación de obrar no afecta a su consideración de persona, ya que la capacidad jurídica, como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, en definitiva sujeto de derecho, no puede ser objeto de limitación, el Código civil la otorga al ser humano en el momento de nacer, y permanece inmutable y constante hasta su muerte, cuestión esta importante ya que desactiva en parte la pretensión doctrinal de que ha sido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y la Convención de Derechos del Niño las que han convertido al menor de edad en un sujeto de derecho.

¹¹²⁴ La atribución de la personalidad jurídica al *nasciturus*, no es una cuestión pacífica entre la doctrina, a favor de su reconocimiento SEVILLA BUJALDE, J. L., *El menor abandonado y su protección jurídica*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002, pág. 45 y ss., “la personalidad jurídica comienza con

ahora bien, si el concepto de personalidad no se restringe al significado de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones¹¹²⁵ y se identifica con el concepto de dignidad¹¹²⁶ señalado en el artículo 10.1 de la Constitución debería defenderse la idea de que el *nasciturus* es titular de un interés jurídico ligado al ámbito de la personalidad, tales como el derecho a la imagen¹¹²⁷ o al honor, por lo que su protección no sería desde los parámetros de la protección de un derecho subjetivo¹¹²⁸, del que no es titular, sino desde el interés público, como bien jurídico¹¹²⁹.

la concepción del ser humano". Sin embargo, CORPART, I., "Le foetus mort, enfant de personne", *De code en Code. Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, París, 2009, sostiene que el feto es un ser humano desprovisto de existencia jurídica, " la vie existe avant la naissance, mais seule la naissance d'un enfant vivant et viable opère un transfert de la personnalité juridique", pág. 136.

¹¹²⁵ MÍGUEZ NUÑEZ, R., "Daño prenatal y el derecho a nacer sano (corte suprema de casación italiana 11 de mayo de 2009 nº 10741" en "Jurisprudencia extranjera comentada responsabilidad civil médica", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 17, 2011, págs. 227-238, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722011000200007>, señala que la Corte de Casación italiana en dicha sentencia, establece que "sobre la base de una interpretación apoyada sobre la pluralidad de fuentes en el ordenamiento civilístico y sobre la cláusula general de la centralidad de la persona, considera al concebido como sujeto jurídico titular del "derecho a nacer sano", precisando que dicha subjetividad comprende una noción más amplia que la de "capacidad" y de "personalidad jurídica", adquiriéndose el derecho a accionar con el evento del nacimiento. La Corte ha sentenciado que los daños del tratamiento sanitario pueden derivar al concebido sea por vía del principio de la violación del consentimiento informado, que por la prescripción de fármacos dañinos y ello porque la relación contractual de la madre gestante con la estructura sanitaria, o con el médico, produce, además de efectos entre las partes, efectos protectivos en relación con el nasciturus y al otro padre como terceros. La Casación ha, además, reafirmado que no son configurables en el ordenamiento jurídico italiano el aborto eugenésico y el derecho "a no nacer sino sano".

¹¹²⁶ BERTRAND-MIRKOVIC, A., *La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en Provence, 2003, considera que la dignidad de la persona humana preexiste, el derecho la constata, la proclama y la protege, pero no la atribuye, por ello, según la autora, es un atentado a la dignidad del hombre negar el título de persona bajo el pretexto de que se carece de personalidad jurídica, pág. 434

¹¹²⁷ Piénsese en la posibilidad de comercialización de las imágenes de un feto obtenidas a través de una ecografía, o la publicación en los medios de comunicación de las dudas sobre su futura filiación o de datos de las posibles deficiencias que tendrá en caso de nacer o en la realización en un plató televisivo de las pruebas de paternidad.

¹¹²⁸ Vid. ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el Proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011, señala que el artículo 6.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, abre la posibilidad de la tutela jurídica al concebido tanto en sede procesal como sustantiva al otorgarle capacidad procesal, interesante es el capítulo de la tutela jurisdiccional cautelar en beneficio del concebido, con especial consideración a la orden judicial de abstenerse de llevar a cabo una determinada conducta, págs. 196 a 200, señalando que "no hay exageración alguna al afirmar que el *nasciturus* es el paradigma de justiciable en requerimiento de tutela cautelar".

¹¹²⁹ MEDINA, G., FAMÁ, M. V., REVSIN, M., "Tutela jurídica de la persona por nacer frente al derecho de daños. Jurisprudencia francesa y norteamericana", *Revista de Derecho de Daños*, vol. 2002-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, los autores hacen un estudio jurisprudencial de las Cortes norteamericanas, y la mayor o menor adhesión a teoría de la inmunidad parental establecida

Por otro lado, nuestro Derecho reconoce en el artículo 29 del Código civil que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, a condición de que se produzca su nacimiento con vida, y ello puede sustentar la idea de que al *nasciturus* se le concede una personalidad jurídica provisional, hasta el momento de su nacimiento, creándose una ficción jurídica que, en este sentido, se anticipa a la realidad, ficción condicionada por el hecho futuro de su nacimiento con vida¹¹³⁰,¹¹³¹.

En el ámbito del deber de protección de la Administración pública y si nos atenemos a la Ley orgánica 1/1996, 15 de enero, de protección jurídica del menor, su dicción literal señala que lo dispuesto en ella se aplicara a los menores de 18 años, y en el ámbito de la Convención de Derechos de Niño, se establece en su artículo 2 que “el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”, por lo cual el Convenio considera que su punto de partida es el nacimiento del niño y no su concepción, dado que en la Comisión especial creada para su redacción, no prosperaron las consideraciones de algunas delegaciones de que se aplicase también al niño concebido, al menos en aspectos

en los sistemas de la Common Law, en relación a las reclamaciones de los hijos por daños prenatales provocados por los progenitores la jurisprudencia se halla dividida, por ejemplo el fallo de la Suprema Corte de Illinois en “Stallman vs. Youngquist”, en el que se denegó al feto nacido con vida el derecho de accionar contra su madre por los daños prenatales provocados como consecuencia de la actuación negligente de ésta. Manteniendo un criterio contrario en el caso “Bonte vs. Bonte”, en el que la Suprema Corte de New Hampshire, en 1992, admitió la legitimidad del menor para presentar la acción de daños contra su madre por los daños prenatales provocados a raíz de un accidente sufrido por la mujer al cruzar negligentemente la calle estando embarazada. En este caso, el tribunal mantuvo que el niño nacido con vida estaba legitimado para actuar por los daños ocasionados por la conducta negligente de la madre durante su embarazo. Así como la evolución de la jurisprudencia francesa tomando como punto de inflexión la situación anterior al fallo “Perruche”, (el Pleno de la Asamblea de la Cour de Cassation de 17 de noviembre de 2000, señaló que la persona nacida con graves malformaciones como consecuencia de errores de diagnóstico del médico que hayan impedido a la madre ejercitar su derecho a la elección de interrumpir el embarazo, tiene derecho al resarcimiento del daño resultante por el hecho de tener que soportar una vida discapacitada; la polémica suscitada por este fallo dio lugar a la Ley n° 303 de 4 marzo de 2002, *Loi relative aux droit de malades et à la qualité du système de santé*, en la que se determinó que: “*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*”).

¹¹³⁰ En este mismo sentido, DOUVILLE, T., “L’statut de l’embryon et du foetus”, *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (Direc.), L.G.D.J., París, 2012, pág. 100, (78).

¹¹³¹ DOUVILLE utiliza la expresión “non-sujet de droit”, DOUVILLE, T., “L’statut de l’embryon et du foetus”, *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (Direc.), L.G.D.J., París, 2012, pág. 99, (74).

patrimoniales¹¹³², no cabe sino señalar que el *nasciturus* no es sujeto de la protección administrativa que sobre los menores señala el artículo 172 y ss. del Código civil^{1133, 1134}.

1.5. LA UNIVERSALIDAD Y LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Un tercer requisito para establecer el perfil del usuario del servicio público del acogimiento es la ubicación física del menor, de acuerdo con el tenor literal del 172.1 del Código civil “la entidad pública a la que, en su respectivo territorio esté encomendada la protección de menores”, y lo dispuesto en la disposición final vigésima segunda de la Ley orgánica 1/1996, “Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización”, el legislador optó por la eficacia territorial de la normas de protección del 172.1, 172.2

¹¹³² LAGARDE, P., *Informe explicativo de del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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*, Documento preliminar nº 7 de marzo de 1996, XVIII Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: “El debate volvió a surgir durante la Sesión diplomática con la proposición de una delegación de suprimir la parte de la frase “a partir de su nacimiento”, para permitir a los Estados que lo hubiesen deseado aplicar el Convenio a niños simplemente concebidos. Esta proposición fue rechazada por una gran mayoría (21 contra 5 y una abstención). Declarándose así aplicable a los niños a partir de su nacimiento, el Convenio ha querido evitar sobre todo tomar posición sobre el problema ético subyacente de la legitimidad de la interrupción voluntaria del embarazo y sobre el estatuto legal internacional del embrión. Cada Estado es libre de tomar, según su derecho común, medidas de protección del niño concebido y los demás Estados son libres de reconocer tales medidas. El Convenio ha adoptado pues sobre esta cuestión sensible una posición modesta, dejando a los Estados contratantes libres de aplicar sus propias concepciones, pero rechazando imponerles la obligación de reconocer las concepciones de los otros”, págs. 14-15.

¹¹³³ En contra, MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 139, *de lege ferenda*, SEVILLA BUJALDE, J. L., *El menor abandonado y su protección jurídica*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002, pág. 47.

¹¹³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 26 de abril de 2006, no se considera delito contra los deberes familiares del 226 del Código penal, y por lo tanto no se condena a una madre, que durante el embarazo siguió realizando prácticas de alto riesgo en relación a su adicción a distintas drogas, sin llevar un control médico del embarazo, lo que trajo como consecuencia que el hijo naciese con síndrome de abstinencia, y diversos problemas de salud asociados al mismo. La respuesta de la entidad de protección del menor la declaró en desamparo y consecuente acogimiento.

y el servicio de acogimiento del 172.3, y no por la eficacia personal de la protección del menor contenida en dichos preceptos¹¹³⁵.

En este sentido, llama la atención que el legislador estatal por un lado pretendiese con la incorporación al Código civil del acogimiento familiar la unificación de las prácticas divergentes que se habían producido con los decretos de transferencia a las Comunidades autónomas de las competencias estatales en materia de protección de menores, y a continuación, ya de una manera clara y sin los problemas de indefinición de la Ley 21/1987¹¹³⁶, la Ley orgánica 1/1996 encomendara la protección de los menores en una situación del 172.1 o del 172.2 de manera exclusiva a las Comunidades autónomas¹¹³⁷.

En este sentido, todas las normas autonómicas de protección del menor señalan su competencia exclusiva sobre los menores que se encuentren en su territorio, por lo que las resoluciones que adopten sobre ellos en aras a su

¹¹³⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. V. "Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor", *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor: I Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi*, PÉREZ ALVAREZ, M. Á., (coord.), nº 46, Universidad de La Coruña, La Coruña, 1999, págs. 49-62, "Por lo demás, la naturaleza pública de la tutela que establece el artículo 172.1, se pone de manifiesto también, en la perspectiva del Derecho internacional privado e interregional, en la norma de conflicto aplicable. Del propio artículo citado se infiere la competencia de la entidad pública por razón del territorio y, lógicamente, la eficacia territorial de las normas que rigen la actuación de dicha entidad pública en relación con el menor. Desde la perspectiva del artículo 9.6 del Código civil, en su relación con el 16.1 del mismo cuerpo legal, el supuesto no encaja en los dos primeros párrafos de aquél, referibles a la tutela y demás instituciones civiles de protección, sino en el tercero, que se mueve en el campo del Derecho público al disponer que «será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español». Y, desde la perspectiva del Derecho autonómico, también han afirmado la eficacia territorial de sus normas las Comunidades Autónomas que han desarrollado las prescripciones de las Leyes 21/1987 y 1/1996 o regulado la materia de que éstas se ocupan, encajando el supuesto en el correspondiente precepto estatutario que afirma tal eficacia territorial de sus normas de Derecho público frente a la posible eficacia personal de sus normas de Derecho privado", pág. 60.

¹¹³⁶ La disposición adicional 1ª de la Ley 21/1987: Las entidades públicas mencionada en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo la protección de menores".

¹¹³⁷ La disposición final 22ª de la Ley orgánica 1/1996: "Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las comunidades autónomas, y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización", desapareciendo los organismos del Estado, dado que se había cerrado ya el traspaso competencial sobreprotección de menores.

protección, solo producen eficacia jurídica en el territorio de la Comunidad autónoma correspondiente¹¹³⁸.

En este sentido, a pesar de que todas las normativas autonómicas en esta materia apelan a la coordinación intradministrativa y con otras Comunidades autónomas, bien es cierto que, en este segundo caso, son declaraciones programáticas, sin ninguna posibilidad de imposición a las otras Comunidades, por lo que en realidad están basadas en la buena voluntad de las partes.

¹¹³⁸ A título de ejemplo, la Ley 14/2002, de 25 julio 2002. Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León: en su artículo 2. Ámbito de aplicación y destinatarios 1. Las medidas de atención y protección contempladas en la presente Ley, serán de aplicación a todos los menores de edad, cualquiera que fuera su nacionalidad, que tengan su domicilio o se encuentren eventualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja en su artículo 1.1 Objeto: “La presente Ley tiene por objeto la regulación de las competencias y potestades de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de las Entidades Locales de su ámbito territorial en materia de protección de menores”. Y en su artículo 2. 2. Las disposiciones de esta Ley son aplicables a los menores que residan o se encuentren en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sea cual sea su nacionalidad o vecindad civil. 3. No obstante lo dispuesto en el número anterior, la aplicación de esta Ley se entiende sin perjuicio de las medidas adoptadas o que pueda adoptar la Entidad pública a la que compete la protección de menores en el territorio de otra Comunidad Autónoma, si se tratare de menores con residencia habitual en ella. En este caso, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja llevará a cabo las actuaciones precisas para que la Entidad pública competente se haga cargo del menor, asegurándose siempre de que éste reciba efectiva protección.

Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, en su artículo 23. Desamparo y tutela. 1. “Corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente, asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de las competencias que sobre estos últimos pudiesen tener otras Administraciones públicas”.

Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, **Artículo 2.-** Ámbito personal: “A los efectos de la presente ley y de sus disposiciones de desarrollo:

a) Se entiende que son personas menores de edad quienes tienen una edad inferior a la mayoría de edad establecida en el Código Civil, siempre que no hayan sido emancipadas o no hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de lo dispuesto en la ley que les sea aplicable. La minoría de edad se entenderá referida a la establecida en el Código Penal para las disposiciones relativas a personas infractoras menores de edad”

Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, artículo 1. Ámbito de aplicación y objeto: “La presente ley tiene por objeto la atención y protección a la infancia y la adolescencia en garantía del ejercicio de sus derechos y de sus responsabilidades. En particular, tiene por objeto: a) Garantizar a los niños, niñas y adolescentes que residan o se encuentren en territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco el ejercicio de los derechos que les reconocen la Constitución, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, en su artículo 2. 1. Ámbito de aplicación: “Este decreto será de aplicación a los procedimientos de acogimiento de menores que se encuentren bajo la tutela o guarda de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura o residan en esta Comunidad Autónoma. También a aquellos en los que sea competencia de esta Comunidad emitir la propuesta correspondiente”.

Esta necesidad de colaboración, coordinación y cooperación intracomunidades entre las distintas entidades públicas de protección el algo sobre lo que el proyecto pretende profundizar, pero más bien se refiere a cuestiones que podríamos llamar de política social, así en su propuesta sobre la reforma del artículo 11 de la actual Ley Orgánica 1/1996 en su punto 3: “Los poderes públicos desarrollarán actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral”.

Sería necesario el establecimiento de un protocolo de reconocimiento de las resoluciones de las entidades públicas en materia de declaración de desamparo, cesión voluntaria de la guarda y en sus figuras de acogimiento, familiar e institucional, con un contenido y estructura similar al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores.

1.6. SITUACIÓN ESPECIAL DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

La Ley orgánica 1/1996 también tenía la pretensión de constituirse como estatuto de los menores extranjeros que se encuentren en territorio nacional¹¹³⁹ en relación con la protección específica de todo menor que se encuentre en territorio español, y en coherencia con la configuración jurídica del Estado social y democrático, que consagra “un tratamiento de protección a la infancia que

¹¹³⁹ Vid. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, (modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), artículo 35, bajo el epígrafe “Menores no acompañados”.

desplaza, en el ámbito de la extranjería, cualquier tratamiento normativo inspirado de forma exclusiva en el control de los flujos migratorios”¹¹⁴⁰, ¹¹⁴¹.

Respecto al menor extranjero¹¹⁴² se pueden plantear situaciones que requieren respuestas jurídicas y de protección social diferentes, en función de si el menor extranjero está en España de manera legal, acompañado de la figura de protección que legalmente proceda según la legislación personal, o solo pero con sujeción a los requisitos y dentro de los términos establecidos en la legislación española¹¹⁴³, o si su entrada fue legal pero perdió la nacionalidad de origen; la tercera situación en la que se puede encontrar un menor extranjero es cuando su entrada en España es irregular o/y sin documentación identificativa o con documentación dudosa.

La situación que puede presentar contornos menos definidos¹¹⁴⁴, en relación a su protección¹¹⁴⁵, es la del menor extranjero no acompañado¹¹⁴⁶ cuya situación no

¹¹⁴⁰ DURÁN RUIZ, F. J., “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* www.refdugr.com Fecha de publicación: 1 de junio de 2007, pág. 9

¹¹⁴¹ En este sentido, de la preeminencia de la política de control de fronteras en contra del derecho del menor extranjero en situación irregular a ser protegido por el Estado es interesante el artículo de MIAZZI, L., “Una sentenza sui minori stranieri che ignora i minori (e anche la Costituzione)”, en *Questione giustizia*, nº 2, 2010, págs. 133-151, en relación con algunas sentencias, entre ellas la sentencia 22216/2006 y la 5857/2010 de la Corte de cassazione, haciendo hincapié en la utilización política de las resoluciones judiciales, más centradas en el “*più generale interesse della tutela delle frontiere*” que en el interés superior del menor extranjero.

¹¹⁴² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, de derechos y libertades de los extranjeros establece en su artículo 1 que se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española, matizando que lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

¹¹⁴³ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en concreto los artículos 187 y 188 sobre el desplazamiento temporal de menores extranjeros y el desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines de escolarización, respectivamente.

¹¹⁴⁴ ARMENTEROS LEÓN, M., “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”, *Diario La Ley*, nº 7679, Sección Doctrina, 22 julio 2011, Año XXXII, La Ley 13146/2011 señala que algunos autores distinguen “el concepto de menores no acompañados del de los que están abandonados (no sometidos a patria potestad ni tutela) y del de los menores separados o acompañados de un simple guardador de hecho, así como del de menores en desamparo, que comprende el abandono y el no acompañamiento como categorías de desamparo. Asimismo, también se ha destacado que existen nuevas categorías difusas de menores no acompañados, en el caso de aquellos que llegan a España y aquí están acogidos por un familiar más o menos cercano (hermano mayor, tío, primo...), pero el cual no se encuentra en condiciones de

pueda subsumirse en lo establecido en los artículos 187 y 188 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹¹⁴⁷.

Nos referimos, en concreto, a la persona que la norma define como “el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”¹¹⁴⁸.

prestarle una adecuada atención. Se señala que en estos casos, la frontera entre menores no acompañados y los que si lo están, es difusa y puede conducir a interpretaciones erróneas”.

¹¹⁴⁵ Vid., artículo 10 del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, donde se refuerzan las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores y se establece un marco regulador adecuado de los relativos a los menores extranjeros, reconociendo, respecto de los que se encuentren en España y con independencia de su situación administrativa, sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, tal y como se recogen en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Asimismo, se reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

¹¹⁴⁶ Vid., FÁBREGA RUIZ, C. F., “Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho”, *Diario La Ley*, año XXV, nº 5940, lunes, 26 de enero de 2004, aprovechando su oposición a la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, realiza un interesante estudio sobre estos menores considerándolos *ope legis* desamparados, no siendo necesario la declaración previa de la Entidad pública autonómica competente en esta materia y, por lo tanto, beneficiarios de lo dispuesto en el artículo 172 del Código civil

¹¹⁴⁷ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en su artículo 187: “Desplazamiento temporal de menores extranjeros”; y en su artículo 188: “Desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines de escolarización”.

¹¹⁴⁸ Definición dada por el artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

VV.AA. ACNUR y Save the Children, *Programa de menores no acompañados en Europa. Declaración de Buenas Prácticas*, Save the Children 3ª ed., 2004, pág. 2, define a los menores inmigrantes no acompañados como «niños, menores de 18 años, que se encuentran fuera de su país de origen, separados de su padre y de su madre o de su anterior principal tutor legal/habitual”.

El Consejo de la Unión Europea, en el artículo 1 de la Resolución de 26 de julio de 1997, define a los Menores extranjeros no acompañados como “todos los nacionales de países terceros menores de 18 años que entran en el territorio de los Estados miembros sin estar acompañados de un adulto que sea responsable de ellos por la ley o el hábito, y mientras no estén efectivamente bajo cargo de tal persona (...) así como menores nacionales de países terceros que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro.”

QUIROGA, ALONSO y ARMENGOL en el Proyecto europeo CON RED a partir de la definición aportada por ACNUR y Save The Children, proponen el concepto de Menor Migrante No Acompañado (MMNA), redefiniendo el ya existente estableciendo que son “los niños y adolescentes menores de 18 años que emigran fuera del país de origen solos y/o separados, de ambos padres o tutor legal o persona que por ley o costumbre les tuviera a su cargo; o acompañados de alguna persona de la familia extensa o persona al cual el tutor legal ha encargado por ley o costumbre del país, y que por alguna circunstancia acaban solos o no son atendidos adecuadamente, o que surge alguna duda sobre la relación entre el menor y el adulto. Todos, como niños, son niños separados y con derecho a recibir protección internacional bajo una amplia gama de instrumentos internacionales y regionales. Los menores acceden al territorio europeo solicitando asilo o de forma irregular. Los solicitantes de asilo lo hacen por miedo a la persecución, a la falta de protección ante violaciones de derechos humanos, conflictos armados y/o graves disturbios en su país de origen. Los que acceden de forma irregular, por su parte, pueden haber sido víctimas de tráfico u otro tipo de explotación, o han viajado a Europa huyendo de situaciones de pobreza severa o de serias privaciones o de expectativas de promoción social. Muchos de estos menores han vivido experiencias terribles y han sobrevivido a circunstancias de extrema dureza”¹¹⁴⁹.

Las medidas de protección contempladas en la legislación nacional para estos menores extranjeros no acompañados deben ser activadas desde el mismo momento en que se tiene constancia de su presencia, ya sea en el territorio nacional, al que han accedido de forma irregular, como en la frontera, porque estas medidas están concebidas en función de su minoría de edad y no del lugar de su localización¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁹ QUIROGA, V.; ALONSO, A.; ARMENGOL, C. (CONRED), *Rutas de pequeños sueños. Menores Migrantes No Acompañados en Europa*, Fundación Pere Tarrés, Barcelona, 2005, pág. 33.

¹¹⁵⁰ En este sentido, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. Á., “Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, ISSN 0213-4799, nº. 44, 2010, págs. 119-143, que cita la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 10 de Madrid, de 8 septiembre 2008, que resolvía el recurso presentado por la denegación de entrada y consecuente retorno de un menor en el Aeropuerto de Barajas y la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc.1.ª), de 16 abril 2007, (JUR/2007/367675), en este caso, el Tribunal declaró la

Con independencia de la asistencia inmediata que pudiese necesitar en el momento de su localización, una de las primeras cuestiones planteadas respecto a este extranjero no acompañado se refiere a la incertidumbre sobre su condición jurídica de menor, es decir, la indeterminación de su edad cronológica cuando no esté acreditada, bien por carecer de documentación o bien porque la aportada por el extranjero es, cuanto menos, de dudosa legalidad¹¹⁵¹, y el desarrollo físico de la persona ofrece dudas sobre su minoridad. Este dato cronológico tiene una importancia trascendental, ya que de él se va a derivar unos efectos jurídicos enmarcados en la obligación de protección de los poderes públicos respecto a todos los menores, y sirve también, como criterio en el reparto competencial sobre extranjeros entre distintos niveles territoriales del Estado, ya que la responsabilidad sobre los extranjeros indocumentado corresponde a la Administración del Estado, y sólo cuando se determine su minoría de edad será competencia de las entidades de protección de la Comunidad Autónoma donde se encuentre el menor extranjero¹¹⁵².

No obstante, durante este periodo de indeterminación sobre si es mayor o menor de edad¹¹⁵³, y en virtud del principio básico del interés del menor, la obligación de los poderes públicos respecto al extranjero irregular será la que le correspondería como menor y, en este sentido, las leyes autonómicas recogen lo

improcedencia de la medida de la devolución del menor que había sido interceptado en una patera encontrada en alta mar, pág. 121.

¹¹⁵¹ Es responsabilidad de los organismos competentes comprobar la veracidad o falsedad de los documentos de los menores extranjeros no acompañados.

¹¹⁵² DURÁN RUIZ, F. J., "Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* www.refdugr.com Fecha de publicación: 1 de junio de 2007, señala que "(E)l artículo 35 de la LOEXIS se refiere a las situaciones en las que la minoría de edad del extranjero «no pueda ser establecida con seguridad». La redacción del apartado 1 del art. 35, al incluir la frase «se le dará por los servicios competentes de protección de menores la atención inmediata que precise», induce a confusión sobre quién es la Administración responsable del extranjero indocumentado hasta tanto se determina su mayoría o minoría de edad. No obstante, a nuestro entender, el resto del precepto es claro y del mismo cabe deducir que la responsabilidad sobre el extranjero indocumentado recae exclusivamente sobre la Administración del Estado hasta el momento en que se verifique con certeza que el mismo es menor de edad, momento en el cual pasará a depender de la Administración autonómica competente en materia de menores", pág. 13.

¹¹⁵³ DURÁN RUIZ, F. J., "Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* www.refdugr.com, (fecha de publicación: 1 de junio de 2007), ante esa indeterminación y "(P)or razones de protección del interés superior del presunto menor, (*extranjero no acompañado*), suele establecerse ante la duda una presunción de minoridad, y se fija la edad del menor por parte de la Fiscalía en la menor de las edades determinadas como posibles", págs. 23-24.

dispuesto en el artículo 35 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero¹¹⁵⁴, procurando al extranjero la protección necesaria a través de los recursos sociales de atención inmediata¹¹⁵⁵.

Por lo tanto, la determinación de la edad es una cuestión crucial que debe realizarse de acuerdo con un procedimiento blindado por las garantías procesales y jurídicas¹¹⁵⁶ acordes con el respeto a los derechos fundamentales de la persona¹¹⁵⁷ y, aunque, los métodos actuales de determinación de la edad son susceptibles de errores¹¹⁵⁸, en ausencia de otros elementos probatorios documentales¹¹⁵⁹ y utilizada

¹¹⁵⁴ Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (reformada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre)

¹¹⁵⁵ La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña establece en su artículo 110 que “cuando los niños y los adolescentes inmigrados no acompañados no puedan acreditar documentalmente la minoría de edad o se tenga dudas sobre la veracidad de la documentación aportada, el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes les tiene que ofrecer la atención inmediata que necesiten mientras se hacen las gestiones y los trámites establecidos por la legislación sobre extranjería para determinar su edad”

¹¹⁵⁶ En el artículo 2.e) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, se señala que "(E)n el orden contencioso- administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo".

¹¹⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, SEC(2010)534, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), 6 mayo 2010, Bruselas, COM(2010)213 final, “La evaluación de la edad es una cuestión crucial que desencadena una serie de garantías procesales y jurídicas de la legislación pertinente de la UE, así como la obligación de respetar los requisitos de protección de datos al registrar la información sobre menores no acompañados en bases de datos (...). Los procedimientos y las técnicas de evaluación de la edad difieren, y su fiabilidad y proporcionalidad suelen ser motivo de preocupación. La posibilidad de recurrir no está siempre garantizada. Como han subrayado los expertos, el tutor debería estar presente en todas las etapas del procedimiento y los menores deberían ser tratados como tales hasta que se pruebe que no lo son”, pág. 11.

¹¹⁵⁸ Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados, “Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”, *Revista Española de Medicina Legal*, 2011, volumen 37(número 1), págs. 5-6.

¹¹⁵⁹ Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona nº 532/2013 de 25 de julio de 2013, sección decimoctava, (oposición medidas en protección de menores (art.780 nº 362/2011), en relación con la presentación de documentación acreditativos de la edad, establece que: “La emisión del certificado de nacimiento en Ghana carece de las garantías que se exigen en nuestra LRC -art. 1, 41 y siguientes- para que pueda otorgarse al documento emitido la misma eficacia que a un certificado de nacimiento emitido por un registro civil español y ello se hace extensivo al pasaporte librado con base a dicho certificado. Como ya hemos señalado en anteriores resoluciones procede examinar cual es la eficacia de los documentos extranjeros aportados para hacer prueba de los hechos que documentan. No se trata en este procedimiento de pronunciarnos sobre la validez, nulidad, o falsedad del documento aportado sino de valorar la eficacia probatoria de los mismos para

adecuadamente es la metodología más fiable de que se dispone¹¹⁶⁰, teniendo en cuenta que en la determinación de la edad debe aplicarse el principio de “*in dubio pro menor*”, tal y como establece, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013¹¹⁶¹.

En este sentido hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo La Sala Civil del Tribunal Supremo 453/2014¹¹⁶² que ha unificado la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería, solventando las discrepancias de interpretación de las audiencias provinciales, determinando que la persona inmigrante cuya minoría de edad pueda ser deducida de su pasaporte o documento de identidad equivalente, no tiene la consideración de persona extranjera indocumentada, y por lo tanto no puede ser sometida a pruebas complementarias de determinación de edad, que solo tendrán una justificación razonable cuando existan dudas razonables que motiven la realización de dichas pruebas. Siendo necesario hacer “un juicio de proporcionalidad” y ponderar “adecuadamente” las razones que ponen en duda la veracidad y fiabilidad de los documentos y que, en su caso, sustentarían el sometimiento de los inmigrantes

determinar la edad del menor, de cuya circunstancia, se derivan importantes consecuencias jurídicas contempladas en la Ley de Extranjería”.

¹¹⁶⁰ La determinación de la edad se fundamenta básicamente en las pruebas siguientes: Radiografía de muñeca (método de Greulich y Pyle Atlas 1930) (Atlas Thiemann-Nitz 1977). Ortopantomografía dental para determinar la maduración de los terceros molares (método Dermijian). Tomografía computerizada (TC) del extremo medial de la epífisis clavicular (estadios de Schmeling), con la utilización de cortes axiales hasta de alta resolución.

¹¹⁶¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo) de 17 de junio de 2013, (Roj: STS 3186/2013) (concesión de asilo a súbdito camerunés menor de edad, basada en fundamentos de orientación sexual), en su Fundamento de Derecho quinto. "La imprecisión de la prueba no es extraña si tenemos en cuenta que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (la llevada a cabo al solicitante) no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones. Ha de señalarse y así ha sido puesto de manifiesto por diversas organizaciones no gubernamentales y por resoluciones judiciales (téngase en cuenta a estos efectos las fundadas consideraciones contenidas en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de enero de 2012 -recurso contencioso-administrativo número 125/2009-) que el método consiste en comparar los resultados con los estándares (en 10 imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características éticas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses".

¹¹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo 453/2014, de 23 de septiembre 2014.

sobre cuya minoría de edad existan dudas a pruebas complementarias, teniendo en cuenta que las técnicas médicas de determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no pueden aplicarse indiscriminadamente¹¹⁶³.

La responsabilidad sobre la determinación de la minoría o mayoría de edad del extranjero le corresponde al Ministerio Fiscal, según lo dispuesto en el artículo 35.3 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en el artículo 190.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000¹¹⁶⁴, ya que disponen que en el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pondrán el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal “que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias”¹¹⁶⁵.

Una vez establecida su minoría de edad, le corresponde al Ministerio Fiscal ponerlo a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma donde se encuentre el menor, ya que la competencia en relación con la protección señalada por su situación de desamparo la asumen de manera exclusiva

¹¹⁶³ *Vid.*, Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para la aprobación del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, suscrito en Madrid. por las partes el 22 de julio de 2014.

¹¹⁶⁴ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Por su parte la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre) establece en el artículo 35.3 que “(E)n los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

¹¹⁶⁵ Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en extranjería celebradas en Baiona, los días 4 y 5 de octubre de 2010, en la mesa redonda nº 3 sobre menores extranjeros no acompañados, se acordó, como conclusión 7ª que “no debe de establecerse plazo para dictar el decreto de determinación de la edad, si bien se dictará con la máxima celeridad. Mientras tanto el interesado será tenido por menor y se le prestará atención inmediata”; y como conclusión nº 8, que “no se dictará decreto de determinación de la edad del Fiscal sin que conste acreditada la previa consulta al Registro de Menas”, <http://www.fiscal.es/cs/>

las Comunidades Autónomas¹¹⁶⁶ en el marco del artículo 172 del Código civil, ello sin perjuicio de las competencias exclusivas que por su condición de extranjero sigue manteniendo el Estado central. Por lo tanto, el nivel de protección social que se le dispensa deberá ser similar a la del menor español en relación a su acceso a la protección jurídica, a los recursos y prestaciones establecidas por la Comunidad Autónoma en este ámbito, teniendo en cuenta que su situación jurídica es, por definición, la de estar bajo la tutela de la Entidad pública de protección.

No obstante, y siendo ésta, a nuestro juicio, la única posibilidad legal, a saber, declaración inmediata de desamparo y asunción de la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública autonómica de protección de menores¹¹⁶⁷, la respuesta de las Comunidades Autónomas, una vez que el menor extranjero pasa a su jurisdicción, no siempre se ajusta a ese mandato, manteniendo al menor en situación de guarda de hecho de la propia entidad o tutelándolos sin proveerles de la documentación necesaria¹¹⁶⁸, y ello supone una clara desigualdad en la situación jurídica de estos

¹¹⁶⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, (modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), en su artículo 35. 2, bajo el epígrafe “Menores no acompañados”, establece que las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos.

¹¹⁶⁷ El Defensor del Pueblo, en su *Recomendación 14/2008, de 15 de febrero de 15 de febrero, para que se declare el desamparo de los menores extranjeros no acompañados, por la entidad de protección de menores de la comunidad andaluza, en tanto se encuentren bajo su responsabilidad*, (Boletín Oficial de las Cortes Generales, IX Legislatura, serie A, nº 146, pág. 455), pone en evidencia la necesidad de la declaración de desamparo de los menores extranjeros no acompañados: “Conjugando la dicción literal del artículo 172 del Código Civil con la interpretación jurisprudencial del precepto, no se puede discutir, a juicio de esta Institución, que el menor extranjero que se encuentra en territorio español sin compañía de un adulto que ejerza de manera efectiva las funciones de guarda, está en situación de desamparo. Y lo está, por concurrir en su situación los dos presupuestos: el subjetivo, esto es, las personas que deberían cuidar del menor no lo están haciendo, (...). (Y) en segundo lugar que los menores se encuentran carentes de asistencia moral o material, que no se encuentran correctamente atendidos por quienes debieran hacerlo en primer lugar: sus padres o sus guardadores legales; ese abandono o esa necesidad de asistencia moral o material se produce, con independencia de que el menor manifieste querer o no querer ser atendido o que abandone una o varias veces el centro de protección en el que haya podido ser ingresado”.

¹¹⁶⁸ La regulación legal a nivel nacional es muy poco precisa, el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, (modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), se limita a señalar su “puesta a disposición” de los servicios competentes de protección de menores de las Comunidades Autónomas, una vez comprobada su minoridad.

menores¹¹⁶⁹, desigualdad que, por otro lado, como luego trataremos, es predicable de cualquier menor extranjero o no.

También es cierto, que la concesión del estatuto de protección jurídica que supone la asunción de su tutela por parte de la Administración pública no agota las soluciones, debiendo adoptarse, con posterioridad, aquella que garantice en mayor medida el concreto interés de cada uno de estos menores, así en el "Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)"¹¹⁷⁰ presentado por la Comisión Europea, se establece¹¹⁷¹ que caben otras como el retorno y reintegración en el país de origen, o el reasentamiento en un tercer país, teniendo en cuenta que, en principio, ese interés supone el retorno del menor a su país para reunirse con su familia y crecer en su propio entorno social y cultural¹¹⁷²; ahora bien, esta última posibilidad, aun siendo prioritaria, no depende unilateralmente de la voluntad de nuestra Administración, ya que exige la implicación de los países de origen en la

¹¹⁶⁹ Por su interés se reproducen tres observaciones contenidas en Informe conjunto de UNICEF y el Consejo General de la Abogacía Española *Ni legales ni invisibles. Realidad Jurídica y social de los menores extranjeros en España*, (2009), que se hacen eco de esta situación contraria a los derechos de estos menores: "El Estado ha delegado de forma significativa sus competencias en materia de protección de menores en las comunidades autónomas. Como consecuencia cada comunidad autónoma ha legislado independientemente. Si bien en ocasiones reproduce la propia legislación estatal, en otras excede su propio ámbito, produciéndose muchas veces confusión o contradicción entre la normativa autonómica y la legislación estatal en la misma materia. Ello influye directamente en la propia aplicación de la norma. No existe, por tanto, un órgano central homogeneizador, que marque unas directrices comunes de obligado cumplimiento. (...) Cada comunidad autónoma aborda la acogida y protección de los menores extranjeros no acompañados sin la coordinación necesaria con el resto de comunidades autónomas y la Administración Central (ésta tampoco se coordina con las comunidades autónomas), lo que va en detrimento de la efectiva protección del menor. (...) cada comunidad autónoma tiene diferentes prácticas administrativas, muchas veces contradictorias (derivadas de sus diferentes legislaciones, así, por ejemplo hay tantos procedimientos en materia de desamparo como comunidades autónomas): algunas protegen provisionalmente a los menores, pero no les declaran en desamparo, otras les tutelan pero no les documentan, suelen intentar su repatriación sin seguir garantía alguna en el procedimiento, con unos objetivos más de control de flujos migratorios que de protección de los intereses del menor".

¹¹⁷⁰ Comisión Europea, COM(2010)213 final, Bruselas, 6 mayo 2010, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014).

¹¹⁷¹ En su quinto epígrafe, aunque hay que recordar el carácter programático y por tanto no vinculantes de este Plan.

¹¹⁷² SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., "El plan de acción (2010-2014) de la Comisión Europea ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados?", *Revista Mugak*, nº 56, 2011, señala que, al darse preferencia al retorno voluntario, implícitamente se está autorizando el retorno coactivo del menor.

búsqueda de las familias o de los tutores legales o la protección a través de sus propios organismos de atención a la infancia¹¹⁷³.

Cuestión distinta será la aplicación de las reglas de conflicto en el caso de los menores extranjeros, en este sentido, hay que tener en cuenta que con la entrada en vigor en España en el 2011 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996¹¹⁷⁴ y dado su carácter de norma universal queda afectado al artículo 9.4 y 9.6 del Código civil, por lo que las reglas convencionales sobre competencia, conflicto de leyes, etc., son de aplicación en nuestro país a menores de 18 años, aunque según su ley personal fuesen considerados mayores de edad o plenamente capaces antes de esa edad, y de igual manera dejará de ser aplicable a los mayores de 18 años, aunque según su ley nacional sigan siendo menores¹¹⁷⁵.

En otro orden de cosas, estos menores suelen ser objeto de la trata de seres humanos, y en ese sentido y de acuerdo con la Decisión marco del Consejo de Europa COM (2009) 136¹¹⁷⁶, los menores extranjeros que sean víctimas de uno de los delitos de trata de seres humanos, contemplados en los artículos 1 y 2 de dicha Decisión, estarán sometidos a su propio régimen jurídico de protección y de

¹¹⁷³ Comisión Europea COM(2012) 554 final, Bruselas, 28 septiembre 2012, Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados, señala que el “grupo de expertos sobre menores no acompañados examinó detenidamente la búsqueda de las familias y llegó a la conclusión de que, sin la implicación de los países de origen, no se puede encontrar a las familias, los tutores legales o los organismos adecuados de atención a la infancia, no es posible restaurar los vínculos familiares y los menores no pueden retornar a un entorno seguro”, pág. 9.

¹¹⁷⁴ Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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 (vigente en España desde el 1 de enero de 2011).

¹¹⁷⁵ LAGARDE, P., *Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 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*, Texto adoptado por la Decimoctava sesión de 4 de mayo de 2011 señala en el punto 16 que “(E)l Convenio se aplica hasta que el niño haya alcanzado la edad de 18 años. Esto no quiere decir que el Convenio fije en 18 años la edad de la mayoría en todos los Estados contratantes mediante una regla material. El texto significa simplemente que las reglas convencionales de competencia, de conflicto de leyes, etc., se aplican a los niños hasta esa edad, aun en el caso en que, antes de esta edad, fuesen capaces según su ley personal, bien porque la edad de la mayoría sea fijada por esta ley, lo que parece muy excepcional 18, bien porque, con mayor verosimilitud, hayan sido objeto de una medida de emancipación, en particular, como consecuencia de su matrimonio”, Oficina Permanente de la Conferencia, La Haya, consultado en www.hcch.net/

¹¹⁷⁶ Decisión marco del Consejo de Europa relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos, y a la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI, COM(2009) 136 final.

residencia y, de acuerdo con el artículo 9. 1 de la misma, tendrán la consideración de víctimas especialmente vulnerables.

2. ACCESO AL SERVICIO PÚBLICO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

2.1. EL CONCEPTO DE RIESGO COMO REQUISITO PREVIO AL STATUS DE MENOR ACOGIDO

Como ya hemos mantenido el acogimiento familiar regulado en el Código civil no es un recurso de protección de menores independiente, está indisolublemente asociado a unas determinadas situaciones jurídicas en las que puede encontrarse el menor, que responden a los supuestos contemplados en los artículos 172.1 y 172.2 del Código civil¹¹⁷⁷, ¹¹⁷⁸, es decir, cuando la titularidad de la guarda del menor corresponde a la entidad pública autonómica competente en materia de protección de menor¹¹⁷⁹, por considerar que el menor está en las

¹¹⁷⁷ Hay que recordar que el acogimiento familiar está también contemplado en algunas Comunidades autónomas como un recurso social cuya finalidad no está vinculada a la guarda de los menores, por ejemplo, Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana, en su artículo 51.1 Supuestos especiales: “Conforme a lo dispuesto en el artículo 173.2) del Código Civil, aunque la Generalitat no tenga la tutela o la guarda del menor, las Direcciones Territoriales competentes en materia de protección de menores podrán formalizar un acogimiento familiar de un menor, prestando su consentimiento como entidad pública, conforme a los requisitos y condiciones establecidos en los artículos anteriores. En este caso deberá acreditarse en el expediente administrativo la no necesidad de declarar el desamparo y asumir la tutela o guarda del menor”.

Por otra parte, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo 7. 1, j) relativo a la definición de las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores a los menores infractores, establece como una posible medida: “Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización”.

¹¹⁷⁸ El contenido del artículo 172 de Código civil se desdobra en el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, estableciéndose la situación de desamparo en el artículo 172, y la guarda a solicitud de los progenitores o tutores en un nuevo artículo, el 172 bis.

¹¹⁷⁹ Vid. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del Vasco País (Sala de lo Social), sentencia nº 731/2014 de 15 de abril de 2014, Fundamento de Derecho cuarto, c): “El menor

circunstancias de desprotección descritas en esos artículos, a saber 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”¹¹⁸⁰, o la situación de

acogido a que se refiere el art. 215.2 LGSS no necesariamente ha de estimarse reducido al caso del que lo ha sido conforme al art. 172 CC, dado que pueden concurrir razones de extranjería que determinen la existencia de una situación análoga, no constituida conforme a nuestro derecho interno, como sucederá cuando el menor sea extranjero y la situación de acogimiento no se haya realizado por las autoridades de nuestro país, tal y como resulta de lo dispuesto en el art. 9.6 CC en sus dos primeros párrafos. Limitar la noción de menor acogido contemplada en el art. 215.2 LGSS a la situación de acogimiento familiar constituida al amparo del art. 172 CC no nos parece una comprensión adecuada del precepto, toda vez que: 1) no se atiene a su literalidad, que en ningún momento remite a ese precepto ni a una expresión indicativa de que se refiere al acogimiento de menor constituido por las autoridades españolas; 2) se opone a la finalidad de la norma, que es la de incluir al menor en régimen de acogimiento como miembro de la unidad familiar a fin de valorar si el solicitante tiene o no las responsabilidades familiares que se configuran como causa de acceso al subsidio, existiendo identidad de razón para los casos en que el acogimiento se establece por las autoridades españolas o por las de otro país”.

¹¹⁸⁰ El Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en la redacción que da al artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, establece en su punto 2: “Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con 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:

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

b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.

c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.

d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato emocional continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de

imposibilidad de padres o tutores de no poder cuidar del menor por circunstancias graves¹¹⁸¹.

En indudable que la regulación que el Código civil hace de esas situaciones jurídicas del menor como condición previa para establecer el acceso al acogimiento familiar supone una limitación a la libertad de la Administración pública de establecer los requisitos exigidos a los ciudadanos para poder ser admitidos en el goce de un servicio público concreto; la entidad pública se debe a las situaciones planteadas en el Código civil, sin que pueda desconocer ni modificar estas.

Ahora bien, el hecho de que un menor esté en las circunstancias de desprotección señaladas en el Código no supone *per se* una modificación de su situación jurídica, no le otorga automáticamente el *status* de menor acogido. La determinación de esa condición legal exige una declaración expresa, una resolución de la Administración pública competente, en concreto, de la entidad pública autonómica que tenga atribuida esta competencia específica en materia de protección de menores, dado que las causas que desembocan en un situación de riesgo, desprotección o desamparo no son sino “son presupuestos fácticos que, concurriendo y quedando constatados respecto a un menor en relación a su entorno familiar, pueden desembocar”¹¹⁸² en una medida de protección concreta.

sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

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

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

g) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.”

¹¹⁸¹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, añade en el nuevo artículo 172 bis, la condición de que esas circunstancias graves sean transitorias y debidamente acreditadas.

¹¹⁸² MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, la autora solo se refiere a las situaciones de desamparo pero pueden aplicarse a otras situaciones: “Leyes autonómicas (...) utilizan la expresión “se consideran situaciones de desamparo” o “son situaciones de desamparo, o “se considera que el menor está desamparado en las siguientes situaciones”. En relación con estas expresiones, entiendo que las situaciones que se enuncian en dicha normativa no constituyen directamente desamparo; son presupuestos fácticos que, concurriendo y quedando constatados respecto a un menor en relación a su entorno familiar, pueden desembocar en una declaración de

La detección por la entidad pública, bien de oficio o a través de la petición de los progenitores o tutores, de esos presupuestos fácticos que comportan un riesgo de desprotección para el menor supone la declaración de aquella de incorporar al menor al sistema autonómico específico de protección de menores para proceder a su evaluación y, en su caso, determinación de la situación jurídica concreta que le corresponde como consecuencia de las circunstancias negativas para su desarrollo.

El riesgo en el que se encuentra el menor es el que activa la necesaria intervención protectora de las Administraciones públicas con el fin de prevenir, detectar y reparar las circunstancias que originan una posible desprotección y evitar, en la medida de lo posible, que el menor no se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar y social, arbitrándose los servicios necesarios para proteger al menor ante esta situación. Es el riesgo, y su constatación, el pórtico de entrada del menor al sistema de protección, cuestión distinta es la medida de protección que se arbitre en función de la graduación del mismo y, sobre todo, del impacto de esas circunstancias en el derecho del menor a su indemnidad.

Por lo tanto, el riesgo se comporta como una noción previa y preexistente a las intervenciones públicas de protección, a la vez que legitima la intervención de la entidad pública; razón por la cual los requisitos exigidos en el artículo 172.1 y 2 del Código civil para el acceso del menor al servicio de acogimiento familiar pueden ser analizados bajo el concepto de menor en riesgo de desprotección¹¹⁸³. Ahora bien, este concepto es complejo¹¹⁸⁴, es otro de esos términos jurídicos sobre los que se

desamparo; de no ser así, dado el supuesto de hecho, el desamparo sería automático y no requeriría declaración de desamparo”, págs. 31-32.

¹¹⁸³ Como elementos diferenciados, *vid.* BENAVENTE MOREDA P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego”, *AFDUAM*, nº 15, 2011, págs. 15-62, ESCRIBANO TORTAJADA, P., «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», *Actualidad Civil*, nº 12, Quincena del 16 al 30 de junio de 2009, págs. 1357, t. I, La Ley.

Sin embargo, BARBER CÁRCAMO, R., PASCUAL MEDRANO, A., “La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor”, bajo el epígrafe de “Situaciones de desprotección social del menor: riesgo y desamparo”, las autoras afirman que “podría decirse que el riesgo comporta una situación de desamparo o inadaptación futuro o temido”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 12, 2007, págs. 39-66, pág. 55.

En ese mismo sentido, VV.AA., *Instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo en los servicios sociales municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma Vasca*, BERCIANO, M. J., (coord.), Gobierno Vasco, Departamento de Empleo y Asuntos Sociales, 16-Marzo -2009.

¹¹⁸⁴

asienta la protección del menor que ni el legislador, la jurisprudencia o la doctrina han sabido definir, por lo que su contenido adolece de una imprecisión notable¹¹⁸⁵. La expresión legal de menor en riesgo no es unívoca, de la propia Ley Orgánica 1/1996, de las normativas autonómicas sectoriales y de su tratamiento doctrinal se deduce que existen dos vertientes de la misma que exigen respuestas diferenciadas, pero ambas se corresponden con la técnica legislativa de los conceptos jurídicos indeterminados, como así lo establece el Preámbulo del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹¹⁸⁶.

En primer lugar, un concepto amplio, que podríamos englobar con la expresión de riesgo social de la infancia¹¹⁸⁷,¹¹⁸⁸, enmarcada en el carácter de social

¹¹⁸⁵ Vid. DELAPORTE-CARRÉ, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008, págs. 21 y ss., (epígrafes 17 y ss.)

¹¹⁸⁶ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en su Exposición de motivos: "Se opera la reforma de las instituciones de protección a la infancia, y se establece una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y desamparo, conceptos jurídicos indeterminados que, por vez primera, se definen en una normativa de rango estatal que básicamente incorpora, como contenido sustantivo de las mismas, lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en estos años".

¹¹⁸⁷ En la confusión de ambas dimensiones del riesgo de los menores, la situación intrafamiliar y la esofamiliar, es donde se forjó, en parte, la teoría del menor en situación irregular en la doctrina iberoamericana, CAVALIERI, A., *O Direito do Menor*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1976, "La situación irregular es el estado de patología jurídico-social abordado por las normas jurídicas a través del diagnóstico (o definición), la terapia (o tratamiento) y la profilaxis (o prevención). El marco distintivo de la intervención o de la aplicación del derecho es la situación irregular (...) el menor en situación irregular es aquél que: a) está privado de condiciones esenciales, aun eventualmente, en cuanto a su subsistencia, salud, instrucción obligatoria, por falta, acción, omisión o imposibilidad manifiesta del país o del responsable; b) es víctima de malos tratos o castigos inmoderados, impuestos por el país o el responsable; c) en peligro moral, por encontrarse habitualmente en un ambiente contrario a las buenas costumbres; d) privado de representación o asistencia legal, por la falta eventual de sus padres o del responsable; con desvío de conducta en virtud de una grave inadaptación familiar o comunitaria; d) es autor de una infracción penal", pág. 78.

¹¹⁸⁸ GONZÁLEZ MENÉNDEZ, A., FERNÁNDEZ HERMIDA, J. R., SECADES VILLA R., "Definición y concepto de menor en riesgo", *Guía para la detección e intervención temprana con menores en riesgo*, GONZÁLEZ MENÉNDEZ, A., FERNÁNDEZ HERMIDA, J. R., SECADES VILLA R. (coords.), Colegio oficial de psicólogos, Gijón, 2004, págs. 16-55.

BASSELS, M. A., "La infancia en riesgo social desde la sociedad del bienestar", *Teoría de la Educación: Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, nº 4, 2003

SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, *Informe sobre los derechos de la infancia en riesgo en Barcelona y propuestas para garantizarlos*, noviembre de 2006, http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/risc_es.pdf

GONZÁLEZ-BUENO G., BELLO, A., *La infancia en España 2014. El valor social de los niños: hacia un Pacto de Estado por la Infancia*, UNICEF-Comité Español, Madrid, 2014.

SAVE THE CHILDREN, (informe coordinado por SMOLINSKI, M., análisis de datos por MORABITO, C.), *Pobreza infantil y exclusión social en Europa Una cuestión de derechos*, Save the Children, Bruselas, 2014.

del Estado que se autoimpone la consecución del bienestar social, a través de su labor de corrector de las disfunciones sociales, por lo que le corresponde detectar primero, identificar y prevenir después esas situaciones de riesgo que hacen referencia a una serie de circunstancias sociales, económicas, psicológicas, educativas, etc., que tienen una influencia en el desarrollo del menor pero que están vinculadas a un contexto ajeno al de la familia¹¹⁸⁹, pudiendo exigir la actuación de la Administración pública, pero a través de otras técnicas de intervención, ya sean como orientadoras de una determinada política social¹¹⁹⁰, la actividad de prevención

¹¹⁸⁹ BALSELL BAILÓN, M^a A., “La infancia en riesgo social desde la sociedad del bienestar”, *Teoría de la Educación: Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, nº 4, 2003, este autor constata que “las sociedades avanzadas han generado nuevos escenarios y nuevas problemáticas en la socialización de la infancia, provocando una multiplicidad de factores que pueden hacer aparecer de grupos de riesgo hasta ahora inexistentes. La reconceptualización del concepto, por lo tanto, debe pasar por la amplitud de mira hacia esas nuevas problemáticas sociales que provocan que niños y niñas que crecen en entornos familiares normalizados puedan verse inmersos en procesos de desadaptación o exclusión social por otras causas”, por lo que se pregunta “¿solo la familia puede reunir indicadores que explican las situaciones de riesgo?, ¿existen otras situaciones, fuera de la familia, que provocan la aparición de poblaciones infantiles en situación de riesgo social? ¿se puede hablar de infancia en situación de riesgo social cuando no existen maltratos o negligencia en la familia? En definitiva, ¿las sociedades desarrolladas y avanzadas son el escenario de nuevos grupos de riesgo social?”.

¹¹⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Proyecto Europa 2030: Retos y oportunidades*. Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030, Bruselas, Mayo 2010, el Consejo de la Unión Europea define la exclusión social como un proceso por el que determinadas personas se ven expulsadas a la periferia de la sociedad, lo que les impide participar plenamente en la vida social debido a su pobreza, a su carencia de capacidades básicas y de oportunidades de aprendizaje a lo largo de la vida, o como resultado de una discriminación. Eso supone excluirlos de las posibilidades de contratación, de ingresos y de educación, así como de las actividades y de las redes sociales y comunitarias.

Vid, ABELA, A., BERLIOZ, G., “Apoyo a la parentalidad de los niños en riesgo de exclusión”, *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, DALY, M. (ed.), Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012.

Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Exposición de motivos: “La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos. De un lado, los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro discapacitado o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género”.

Decreto-ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía. Exposición de motivos: “La crisis está afectando a personas que con anterioridad nunca habían precisado recurrir a los sistemas de protección social. Especial impacto está teniendo sobre las familias con menores a su cargo, de forma que se ha observado un crecimiento notable de niños que viven en hogares con ingresos por debajo del umbral de la pobreza al igual que del número de niños que viven en hogares con privación material severa. (...) Ante la cronificación de estas situaciones, existen numerosas familias con menores que no sólo están en riesgo de pobreza y exclusión sino que ven amenazada una garantía básica como es la alimentación.

o, respecto a un menor determinado, a través de medidas concretas integradas normalmente, pero no necesariamente, en el sistema de servicios sociales autonómicos^{1191, 1192}.

Este riesgo social es distinto del que nos interesa en este trabajo, que se centra en el riesgo como elemento configurador de respuestas legales concretas de protección del menor cuando la causa del riesgo es el inexistente, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que le corresponde a los progenitores o tutores¹¹⁹³, cuando el peligro¹¹⁹⁴ que esa situación provoca en un menor concreto proviene del comportamiento parental y de su contexto familiar¹¹⁹⁵, que se identifica con aquellas circunstancias fácticas que prueban una actitud

(...). En este contexto, medidas ya establecidas como la bonificación de comedores escolares contribuyen a garantizar una alimentación adecuada, pero cuando las condiciones de privación se acentúan, no permiten dar una cobertura suficiente en el período no comprendido en el calendario escolar”.

¹¹⁹¹ HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., “El riesgo social de la infancia”, *Los derechos de los niños: responsabilidad de todos*, VICENTE GIMÉNEZ, T., HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., (coords), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2007, “Aunque uno de los campos que más han atraído la atención de los científicos sociales respecto a la infancia ha sido el de la marginación y el comportamiento desviado, el concepto de situación de riesgo social es mucho más amplio y multidimensional, como la infancia misma”, pág. 18.

¹¹⁹² BALSELL BAILÓN, M^a A., “La infancia en riesgo social desde la sociedad del bienestar”, *Teoría de la Educación: Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, nº 4, 2003: “De tal manera que cuando nos referimos a infancia en situación de riesgo social no solamente nos referimos al maltrato dentro de la familia, sino a una situación mucho más amplia, que reúne todas aquellas circunstancias sociales carenciales para el correcto desarrollo de la infancia. (...). ¿Y cuáles son esas situaciones carenciales, alejadas de las causas familiares? Todas aquellas que se generan en los diferentes agentes de socialización de la infancia como por ejemplo el maltrato entre iguales, el bulling, el maltrato en el deporte, a través del consumo, del urbanismo y diseño de las ciudades... situaciones generadas en el seno de las sociedades del bienestar y que han sido "bautizadas" como las nuevas formas de maltrato infantil”.

¹¹⁹³ MURILLO JASO, L., *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, considera que el riesgo de desamparo es el “riesgo de que el menor quede privado de hecho de la necesaria asistencia moral o material por incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda por quien tenga tal obligación de guarda”, pág. 52.

¹¹⁹⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, en su artículo 19 señala la obligación de los Estados Partes de “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de violencia, prejuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación mientras que el niño se encuentra bajo custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que la tenga a su cargo”.

¹¹⁹⁵ Ya sea por un exceso de celo, Auto de la Audiencia Provincial de Lleida nº 38/2009, de 3 de marzo, Fundamento de Derecho 1º: resolución de desamparo preventivo, con señalamiento de visitas sujetas a supervisión, por ejercicio inadecuado de la responsabilidad parental de una madre que por una alteración psíquica sometía al menor a controles médicos continuos, sin que existiera motivo físico para ello. Por ausencia de límites, o por cualquier otra circunstancia que implique abandono, PICORNELL LUCAS, A., *La infancia en desamparo*, Naus Llibres, Valencia, 2012, entiende por maltrato el maltrato físico, el abandono físico, maltrato y abandono emocional y abuso sexual, pág. 57.

impropia de los progenitores hacia su hijos menores “en forma de: maltrato psicológico constante; desatención de sus necesidades materiales en el hogar al carecer de espacio para dormir, jugar o estudiar por la colocación de objetos en el mismo; ambiente violento y agresivo; trastorno mental del padre; sumisión al padre y desprotección de los menores por parte de la madre; aislamiento social y familiar, etc. (...)”¹¹⁹⁶, y que dicha situación fáctica obligue a la entidad pública a adoptar medidas que exijan un alejamiento del menor de su familia, con el fin de “evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad”¹¹⁹⁷.

En otro orden de cosas, nos referimos al riesgo y no específicamente el daño que pueda provocar esa situación, por ser un concepto más amplio y, además, por entender que cualquier escenario de riesgo en la que se encuentra un menor concreto afecta a su interés superior, exigiendo¹¹⁹⁸ y legitimando una actuación previa de la entidad pública para evaluar ese riesgo y adoptar las medidas que estime oportunas para evitar el daño. El hecho de que el menor este en un contexto de riesgo refleja una potencialidad anterior a haberse producido el daño¹¹⁹⁹, incorporándose a la expresión la obligación de prevención de dicho daño que le corresponde a la Administración pública, tal y como refleja la jurisprudencia “cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de “un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse» (...). Es decir, un riesgo consistente en la alteración efectiva de la

¹¹⁹⁶ Auto núm. 34/2013 Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sección 1), de 28 de febrero 2013, Recurso de Casación núm. 34/2013.

¹¹⁹⁷ Auto núm. 34/2013 Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sección 1), de 28 de febrero 2013, Recurso de Casación núm. 34/2013.

¹¹⁹⁸ MURILLO JASO, L., *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, “la acción administrativa de protección de menores se activa en el momento en que el núcleo familiar no puede dar respuesta a las necesidades más elementales del menor poniendo, por tanto, en riesgo su propia existencia o su desarrollo e integración en la Sociedad”, pág. 37.

¹¹⁹⁹ HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., “El riesgo social de la infancia”, *Los derechos de los niños: responsabilidad de todos*, VICENTE GIMÉNEZ, T., HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., (coords), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2007, “riesgo indica una relación con un resultado no deseado, es decir por la presencia de un factor o factores que aumentan la probabilidad de que aparezca una determinada situación o conducta. Además, no se debe olvidar que el riesgo no es individual, del niño en cuestión, puesto que surge en una comunidad humana, siendo preciso contextualizar dicha comunidad en sentido amplio y sus conexiones con otros contextos superiores o inferiores”, pág. 19.

personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole), resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos.”¹²⁰⁰, ¹²⁰¹.

Frente a la situación de riesgo de un menor derivada de la acción, omisión o imposibilidad de su entorno familiar de proporcionarle la protección exigida a los progenitores o tutor por las disposiciones del Código civil, los sistemas de protección de menores autonómicos contemplan un variado abanico de servicios que responden al principio de subsidiariedad¹²⁰² y proporcionalidad, en función de la evaluación del impacto negativo que aquellas tengan sobre el interés superior del menor, bien estableciendo las medidas de apoyo necesarias al menor y a sus progenitores o tutores dentro de la unidad familiar, sin que se vea afectada la patria potestad o la tutela, pero sí sometidas a controles por parte de los servicios de protección; o cuando ello no fuera posible, adoptando medidas que determinen la separación del menor de sus progenitores o tutor, en aplicación de la protección

¹²⁰⁰ Sentencia Tribunal Supremo 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Fundamento jurídico 6; continua la sentencia en su Fundamento jurídico 7: “Ahora bien, es claro que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE”.

¹²⁰¹ La jurisprudencia francesa entiende que el sólo riesgo de poner en peligro no es suficiente para justificar una limitación de la autoridad parental (Cour de Cassation 1^o civ., 16 abril 2008, nº 06-21405)

¹²⁰² Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, (aprobado por Consejo de ministros 28 de abril de 2014), en la modificación del artículo 12 de la Ley orgánica dispone que “en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, las consensuadas frente a las impuestas y las nacionales frente a las internacionales”.

específica contemplada los artículos 172.1 y 172.2 del Código civil, la asunción de la tutela *ex lege*, previa declaración de desamparo¹²⁰³, o bien, asumiendo la guarda a petición de los progenitores.

Por otro lado, la consideración legal del riesgo como concepto jurídico indeterminado permite la individualización de la respuesta de protección, facultando a la entidad pública a valorar la situación concreta de un menor ya que, como vimos al analizar el interés superior del menor, los conceptos jurídicos indeterminados obligan a los poderes públicos a una labor interpretativa¹²⁰⁴ adaptando la situación concreta en la que se encuentra el menor al contenido exacto que corresponde a este concepto jurídico indeterminado.

Es obvio, que cuanto más compleja es la realidad del menor y de su entorno familiar mucho más difícil es reconducir todas las posibles variables a unas normas, predeterminando exactamente el supuesto de hecho para aplicar su consecuencia jurídica, en este ámbito la Entidad pública, a pesar de la labor de investigación y valoración pertinente, actúa con una “información imperfecta, (...) carece, de antemano, de la totalidad de la información relevante para el caso”¹²⁰⁵; y más cuando al describir a un menor en riesgo, en términos generales, no se hace referencia a una situación puntual en el que se encuentra el menor, su posición de riesgo responde casi siempre a un proceso¹²⁰⁶ en el que están implicados múltiples causas¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo 84/2011 de 21 de febrero de 2011, Fundamento de Derecho cuarto, mantiene que se puede “afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. (...), y c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés”.

¹²⁰⁴ En ese sentido, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, Bosch, Barcelona, 2013, dice en relación con el desamparo que “es una cuestión jurídica, que ha de ser objeto de interpretación legal”, pág. 474.

¹²⁰⁵ AGUILAR VALDEZ, O., “Técnicas del control judicial de las decisiones de la Administración Económica”, *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, DE LA CUÉTARA, J. M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., VILLAR ROJAS, F. J., (coords.) La Ley, Madrid, 2011, pág. 586.

¹²⁰⁶ BALSELL BAILÓN, M^a A., “La infancia en riesgo social desde la sociedad del bienestar”, *Teoría de la Educación: Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, nº 4, 2003: “Así, podemos considerar que la infancia en situación de riesgo social es aquella que establece, de forma procesal y dinámica, una interacción ideográfica e inadecuada con sus entornos, los cuales no cubren sus derechos inalienables, poniendo en peligro su correcto desarrollo y dando lugar a un posible inicio del

2.1.1. Distinción entre declaración de situación de riesgo y las situaciones establecidas en el artículo 172.1 y 172.2 del Código civil

Dentro del concepto genérico de menor en riesgo cuando este proviene del comportamiento lesivo de sus progenitores o tutores, las normas distinguen dos situaciones jurídicas distintas, menor en situación de riesgo o la de menor en una de las situaciones descritas en el artículo 172 del Código civil, que suponen respuestas disímiles de protección.

Respecto a la situación de riesgo, el artículo 12 de la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero, introdujo esa expresión como situación independiente, conceptuando las situaciones de riesgo como “aquellas que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”¹²⁰⁸, concepto que ha sido redefinido por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,¹²⁰⁹ en concreto en la nueva redacción del artículo 17. 1 de la Ley Orgánica 1/1996, que considera “situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares o sociales, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar y social, 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

procesos de inadaptación social; y sus entornos ecológicos son la familia, la escuela, el barrio, el vecindario, las instituciones,...

¹²⁰⁷ MUÑOZ, M., PANADEROS, S., *Psicología y derechos humanos*, DE LA CORTE IBAÑEZ, L.; BLANCO, A., SABUCEDO, J. M., (eds.), Icaria, Barcelona, 2004, tal y como esos autores predicán de la exclusión social, pág. 248

¹²⁰⁸ Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero, artículo 17 “Actuaciones en situaciones de riesgo: En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia”.

¹²⁰⁹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

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 lo tanto, en principio, las consecuencias de la declaración de situación de riesgo supone la obligación de la entidad pública de intervenir a través de determinados servicios sociales adaptados a las necesidades de esos menores, sin especificar cuáles deben dado la competencia de cada Comunidad Autónoma en el establecimiento de aquellas medidas o recursos que considere conveniente para la protección de los menores en situación de riesgo, medidas que se van a individualizar a través de un proyecto de intervención socio-familiar que defina los recursos que deben ser aplicados para intentar corregir esa situación concreta¹²¹⁰, proyecto que deberá ser asumido por los progenitores, exigiéndoles colaboración¹²¹¹.

Sin embargo, en los supuestos de hecho establecidos en el Código civil la consecuencia inmediata es la separación del menor de la familia de origen, y la fragmentación de la patria potestad o de la tutela ordinaria, con la consiguiente asunción de la guarda por la entidad pública. Pero es preciso recordar que los artículos 12 y 17 de la Ley Orgánica tienen la consideración de Ley ordinaria y supletoria de la de las Comunidades autónomas, por lo que cada Comunidad ha regulado como ha considerado conveniente las medidas que la entidad pública debe arbitrar para la protección de los menores como consecuencia de su declaración de menor en riesgo.

¹²¹⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, artículo 17. 4: “La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención socio-familiar que deberá recoger las actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a este en su entorno familiar. Se comunicará, de manera comprensible y en formato accesible, a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores la valoración de la situación de riesgo y el proyecto de intervención y serán oídos y tenida en cuenta su opinión, así como la del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años, para que, si es posible, pueda consensuarse dicho proyecto, recogiéndose en un convenio suscrito entre la administración pública competente y los progenitores, tutores, guardadores o acogedores”

¹²¹¹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, artículo 17. 5: “Los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido convenio y en el proyecto. La negativa a la suscripción del convenio, así como la omisión de la colaboración prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor”.

En este sentido, consideramos que la situación de desamparo descrita en el artículo 172.1 del Código civil supone una situación de riesgo grave para la integridad física o psíquica del menor¹²¹², y la situación planteada en el 172.2 supone unas circunstancias de *facto* similares a las de desamparo pero en las cuales los padres o tutores cumplen con su obligación de velar por el menor, solicitando a la entidad pública que asuma la guarda¹²¹³, solución esta compatible con lo dispuesto en el artículo 17 Ley Orgánica 1/1996, porque ambas tienen en común¹²¹⁴ que derivan de una acción u omisión de padres o tutores que está perjudicando el desarrollo personal del menor y que dicha situación puede ser lo suficientemente grave para legitimar la separación del menor de sus progenitores o tutor^{1215, 1216}.

¹²¹² El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su sentencia nº 1772/2001 de 4 octubre, el Fundamento de Derecho 2º señala que “tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogida en el Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor. La conducta atípica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refiere tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código Civil, en su art. 172, refiere la situación de desamparo a 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. Esta situación de desamparo ya supone un riesgo para el menor por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que la leyes protectoras regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar. El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230, tipicidad compatible con las del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código Penal interviene para reprochar conducta provocadora de la situación de desamparo”; doctrina recogida en sentencias posteriores, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo 559/2009 de 27 mayo, en su Fundamento de Derecho 3º.

¹²¹³ RUIZ DE VELASCO MARTINEZ DE ERCILLA, V., *Código civil comentado y con jurisprudencia*, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., La Ley, Madrid, 2001, en ese sentido, considera que la guarda legal del 172.2 se produce a causa de un “semi-desamparo”, derivado de un incumplimiento o de un imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad”, pág. 250, en contra BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.

¹²¹⁴ Coincido con MORENO en su apreciación de que el concepto de riesgo difiere del de desamparo por su eficacia, la situación de riesgo no presenta dimensión suficiente “para que la entidad pública asuma su tutela”, pero no comparto su tesis de que la situación de riesgo no exige en ningún caso la separación del menor del núcleo familiar, y ya que considero que la situación planteada en el artículo 172.2 no describe sino una situación de riesgo que exige la separación de dicho núcleo, MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 57.

¹²¹⁵ VV.AA., BERCIANO, M. J., (coord. general), *Instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo en los servicios sociales municipales y territoriales de atención y*

En realidad, el análisis de las diferencias entre las causas de declaración de desamparo y la de declaración de riesgo reflejada en las distintas legislaciones¹²¹⁷

protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma Vasca, Gobierno Vasco, Departamento de Empleo y Asuntos Sociales, 16-Marzo-2009, pág. 21.

¹²¹⁶ Artículo 47 de la Ley 14/2002, de 15 de julio 2002, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León: “Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia de su entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, sea precisa la intervención de las Administraciones competentes para, a través de los distintos servicios especializados de apoyo a la familia, y en su caso mediante la asunción de la guarda de aquél a petición de sus padres o tutores, eliminar, reducir o compensar las dificultades y evitar el desamparo”

¹²¹⁷ Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su competencia exclusiva en protección de menores, han regulado la declaración de riesgo y de desamparo teniendo en cuenta la Ley Orgánica 1/1996 y, aquellas sometidas a Derecho civil común, el Código civil:

Andalucía: Ley 1/1998, de 20 abril, de los Derechos y la Atención al menor; situación de riesgo: artículos 35-36; situación de desamparo: artículos 37-38-39.

Aragón: Ley 12/2001, de 2 de julio de Infancia y Adolescencia de Aragón, de 7 de octubre, situación de riesgo: artículos 56 a 58; situación de desamparo: artículos 59 y 60; desarrollada por el Decreto 190/2008, Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo; Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona de Aragón y el Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo cuyo capítulo VIII (arts. 160 a 169) están dedicados a la guarda administrativa y al acogimiento.

Baleares: Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de atención a los derechos de la Infancia y la Adolescencia; situación de riesgo: artículos 60-61-62; situación de desamparo: artículos 63 a 75.

Canarias: Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores; situación de riesgo: artículos 41-45; situación de desamparo: artículos 46 a 51.

Cantabria: Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores y a la Adopción, y se regula el Reglamento de protección de la Infancia y la Adolescencia; situación de riesgo: artículos 35-36; situación de desamparo: artículos 37-38-39.

Cataluña: Ley 14/2010, de 27 de mayo, de Cataluña, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia; situación de riesgo: artículos 102-103-104; situación de desamparo: artículos 105 a 117. Ley 25/2010, de 29 de julio, (Libro II. Derecho de Familia y Sucesiones de Cataluña, arts. 228-1 a 228-9)

Castilla y León: Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia; situación de riesgo: artículos 47 a 54; situación de desamparo: artículos 55 a 56; desarrollada por 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.

Castilla-La Mancha: Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha; situación de riesgo: artículos 35-36; situación de desamparo: artículos 37-38-39.

Galicia: Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia; situación de riesgo: artículos 49-50-51; situación de desamparo: artículos 52-53-54.; Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, Título I De la protección de menores, artículos 5 a 29.

La Rioja: Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores; situación de riesgo: artículos 40 a 48; situación de desamparo: artículos 49-56.

Navarra: Ley F oral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, y Reglamento de desarrollo; Ley modificada parcialmente por la Ley Foral Navarra

nos conduce a una tautología, la cuestión pues radica en el grado de abandono y el impacto que tengan esas causas en el interés del menor, porque “por encima de listas de ejemplo, que pueden llegar a servir no obstante, el concepto de desamparo plantea numerosos problemas de apreciación y numerosas implicaciones posteriores. Por otra parte la realidad supera a cualquier ficción que nos podamos plantear pues existen situaciones graves realmente transitorias y situaciones aparentemente no tan graves que se van paulatinamente agravando”¹²¹⁸.

2.2. REQUISITOS DE ACCESO AL ACOGIMIENTO FAMILIAR DEL CÓDIGO CIVIL. PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE MENOR ACOGIDO

En relación al acceso al acogimiento familiar regulado por el Código civil es condición previa que el menor haya sido incorporado al sistema de protección autonómico a través de una de las dos situaciones descritas por el Código civil, la tutela *ex lege* del artículo 172.1 del Código civil y la denominada guarda

de Infancia y Adolescencia 18/2010, de 8 de noviembre; situación de riesgo: artículos 45 a 48; situación de desamparo: artículos 49-53.

País Vasco: Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, (modificada parcialmente por la Ley 3/2009, de 23 de diciembre; situación de riesgo: artículos 51 a 55; situación de desamparo: artículos 56 a 63.

Valencia: Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la Infancia y la Adolescencia; situación de riesgo: artículos 93 a 98; situación de desamparo: artículos 99 a 102.

Las restantes Comunidades Autónomas poseen una legislación anterior a la Ley Orgánica 1/1996, por lo que sólo describen la situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción:

Extremadura: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores; situación de desamparo, artículos 5-9.

Principado de Asturias: Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor; situación de desamparo, artículos 31-38.

Región de Murcia: Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia; situación de desamparo: artículos 22-25.

Y por último, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla están sujetas al articulado ordinario de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

No obstante y para una relación completa de la legislación autonómica con incidencia en protección de menores desde distintos sectores, *vid.* TEJEDOR MUÑOZ, L., POUS DE LA FLOR, (coords.), *Legislación estatal y autonómica sobre la protección jurídica del menor*, I, II, y III, UNED, Madrid, 2014.

¹²¹⁸ MURILLO JASO, L., *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pág. 46.

voluntaria¹²¹⁹ del artículo 172.2, que constituyen el presupuesto necesario para otorgar la condición de usuario del servicio público de acogimiento residencial o familiar establecidos en el artículo 172.3¹²²⁰. Es indudable que el 172 contempla dos supuestos de hecho diferenciados vinculados a consecuencias jurídicas distintas respecto a la patria potestad o tutela y al título jurídico que otorgan a la entidad pública, tal y como ya ha sido convenientemente estudiado por la doctrina civilista¹²²¹.

Pero a los efectos de analizar el acogimiento familiar en su configuración como servicio público nos interesa un efecto común, la guarda del menor cuya titularidad corresponde a la entidad pública, con la consiguiente separación del menor de su familia y su ubicación en otro entorno¹²²², siendo indiferente a los efectos de analizar los requisitos de acceso al servicio las consecuencias jurídicas que ambas situaciones tiene sobre la titularidad de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Pero, además de las consideraciones anteriores, el análisis unitario se fundamenta porque los supuestos de hecho del 172.1 y 172.2, como hemos tratado, pueden ser subsumidos en el concepto de “menor en riesgo”; es el conocimiento por parte de la entidad pública de un menor en una hipotética situación de riesgo lo que activa la obligación tuitiva de la misma, es el requisito que condiciona la

¹²¹⁹ Esta denominación dada por la doctrina civilista mayoritaria, responde a su esencia si se enfoca en relación con los progenitores o tutores, pero no es voluntaria para la entidad pública.

¹²²⁰ De prosperar el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, el artículo 172.2 pasará a tener el ordinal 172bis y el desarrollo del contenido del 172.3 se contempla en un nuevo artículo el 172ter.

¹²²¹ Vid. MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012.

HERNÁNDEZ, M. del M., “La tutela legal del artículo 239 del Código civil. El concepto de desamparo”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.

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

LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Bosch, Barcelona, 1990.

¹²²² Hay que tener en cuenta que en el ámbito del Derecho civil común esta atribución de la guarda a la entidad pública supone inexorablemente la separación del menor de la familia y su acogimiento familiar o institucional.

incorporación del menor al sistema de protección específico de cada Comunidad Autónoma a los efectos de iniciar la correspondiente investigación y calificación de la situación jurídica que pudiesen corresponder a ese menor concreto en función de la existencia real del riesgo, de su mayor o menor intensidad y del origen de dicha situación, es más, el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹²²³, en la modificaciones que introduce al artículo 172.4 señala la posibilidad que tiene la Entidad Pública de asumir la guarda provisional procediendo simultáneamente a iniciar las diligencias necesarias para determinar su nivel de riesgo, y actuar en consecuencia, viniendo a cubrir una laguna legal sobre esas situaciones.

La detección por la entidad pública de un menor en riesgo obliga a ésta al despliegue de un determinado comportamiento que dependerá de lo establecido por el sistema de protección de menores de cada Comunidad Autónoma, pero que en cualquier caso exige la actividad necesaria para su evaluación y, en consecuencia, la determinación de la situación jurídica concreta que le corresponde como consecuencia de las circunstancias familiares negativas para su desarrollo.

Es indudable que la inclusión de un menor al sistema de protección no conlleva necesariamente arbitrar un acogimiento familiar. El acogimiento familiar regulado en el Código civil, a diferencia de otros recursos sociales que con la misma denominación contemplan las normas autonómicas, es la consecuencia inmediata al hecho legal de que la titularidad de la guarda corresponda a la entidad pública, pero la asunción pública de la guarda no supone el acceso automático del menor al servicio público de acogimiento familiar.

La determinación de la situación legal de usuario del acogimiento familiar requiere un *iter* que se sustancia en realidad en dos procesos diferentes, el proceso de determinación de su situación legal de desamparo o de asunción de la guarda a petición de los progenitores o tutor y, en virtud de la misma, el proceso de

¹²²³ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, artículo 172.4: “En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”.

determinación de la medida concreta de acogimiento familiar, cuestión distinta es que procedimentalmente puedan coincidir ambas.

En primer lugar, los dos procedimientos exigen una resolución que integre la voluntad de la entidad pública en el marco de lo dispuesto en los artículos 172.1 y 172.2, en relación al 173.3 del Código civil, esta resolución administrativa opera como condición ineludible de la determinación de un determinado *status* del menor, dotando al menor concreto de una situación jurídica singularizada y compleja, la de menor protegido por el sistema de protección de menores y sometido a una determinada técnica de protección.

Por lo que debe diferenciarse el acto administrativo unilateral¹²²⁴ de la entidad pública determinando asunción de la guarda que supone, en principio¹²²⁵, una decisión ejecutoria que modifica el conjunto de derechos y obligaciones para las partes afectadas, el menor, su familia y la entidad pública, de la resolución estableciendo el servicio concreto de acogimiento familiar que no tiene ese valor ejecutorio, en tanto va a requerir de la confluencia de voluntades distintas de la de la entidad pública.

En el procedimiento de calificación jurídica del menor, previo al acceso al servicio, la potestad de la entidad pública está constreñida por lo dispuesto en el Código civil, por lo que su resolución solo puede estar basada en la asunción de la tutela *ex lege*, previa calificación jurídica de un menor como desamparado, de acuerdo con el artículo 172.1 del Código civil, que “considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”; o bien, en la constatación de que las circunstancias graves alegadas por los padres o tutor imposibilitan realmente a cuidar al menor,

¹²²⁴ Debemos tener en cuenta que la administración también dicta actos administrativos unilaterales cuando dicta reglamentos, pero en el contexto de este trabajo nos referimos a la decisión ejecutoria individual.

¹²²⁵ Hay que tener en cuenta la posibilidad de oposición judicial a las resoluciones administrativas de protección de los menores.

legitimando la aceptación de la cesión de la guarda a petición de los padres o tutores, según dispone el artículo 172.2 del Código civil¹²²⁶.

Estos presupuestos legales, como normas de Derecho civil común que son, obligan a todas aquellas Comunidades autónomas que carecen de competencia sobre esta materia, pero partiendo de esta obviedad, es cierto que las leyes autonómicas de protección del menor han ido perfilando y concretando las circunstancias que pueden desembocar en la declaración de desamparo¹²²⁷ y, por otra parte, han incorporado y desarrollado las causas que desembocan en una declaración de situación de riesgo de acuerdo con lo señalado en la Ley orgánica 1/1996, estableciendo el recurso del acogimiento familiar también para estos supuestos.

Una vez determinada la situación jurídica del menor y asumida la guarda, existe una segunda fase, en cual la entidad pública determina el recurso concreto que mejor responde al interés del menor¹²²⁸, que se circunscribirá al acogimiento residencial o familiar¹²²⁹, por ser estas las dos opciones que el Código civil da a la entidad pública.

¹²²⁶ Ley 14/2002, de 25 julio 2002. Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 87. 1. De la guarda voluntaria: “Ante la presentación de solicitud formal por las personas que ejerzan la responsabilidad parental para que la Entidad Pública asuma la guarda del menor y de acuerdo con lo previsto en el artículo 63, se ordenará por ésta la comprobación y evaluación de las causas alegadas, que habrán de ser graves, impeditivas del cuidado del menor, de imposible atención por otros medios y transitorias, deviniendo la situación en desamparo si se constata su persistencia o permanencia”.

¹²²⁷ MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, las “Leyes autonómicas (...) utilizan la expresión “se consideran situaciones de desamparo” o “son situaciones de desamparo, o “se considera que el menor está desamparado en las siguientes situaciones”. En relación con estas expresiones, entiendo que las situaciones que se enuncian en dicha normativa no constituyen directamente desamparo; son presupuestos fácticos que, concurriendo y quedando constatados respecto a un menor en relación a su entorno familiar, pueden desembocar en una declaración de desamparo; de no ser así, dado el supuesto de hecho, el desamparo sería automático y no requeriría declaración de desamparo”, págs. 31-32.

¹²²⁸ SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe sobre el seguimiento de los niños acogidos en familia*, Diciembre de 2013: “Una vez asumida la tutela de un niño por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (DGAIA), ésta debe facilitar al niño un recurso alternativo a la familia, una vez estudiada su situación personal y familiar y valoradas sus necesidades, y teniendo en cuenta lo que se ha señalado, este recurso debe ser, de manera preferente, el acogimiento familiar”, pág. 11.

¹²²⁹ RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012, “esta heterogeneidad encierra la gran riqueza de adaptarse a las diferentes realidades de cada lugar y por lo tanto, no abogamos por una homogeneización de procedimientos, que consume gran cantidad de esfuerzos y probablemente sea insostenible en la práctica, pero sí, por un uso común de criterios

La integración de la voluntad de la entidad pública declarando, en su caso, la nueva situación jurídica se materializa a través de una resolución que es necesariamente precedida de un procedimiento administrativo¹²³⁰, que comprende unas fases determinadas, la detección de la situación, su investigación y evaluación diagnóstica y la toma de la decisión concreta dentro de los postulados normativos, así como la elección de la intervención necesaria.

La obligación de la entidad pública de elaborar y manifestar su voluntad a través de un procedimiento preestablecido obedece a los dos pilares del Derecho Administrativo, la garantía de los administrados¹²³¹ y la eficacia administrativa. Por lo tanto, el procedimiento administrativo se concibe como la garantía^{1232 1233},

técnicos que garantice un enfoque teórico-metodológico consensuado, así como niveles de exigencia técnica compartidos”, pág. 11.

¹²³⁰ La Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, denomina a ese proceso “procedimiento”, conceptuándolo como el “cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la formalización de un fin”, y el Anteproyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, en su Exposición de Motivos II, define el “procedimiento administrativo, entendido como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración”, aprobado por el Consejo de Ministros 9 enero 1015, texto sometido a información pública: 16 de enero de 2015.

¹²³¹ Anteproyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, en su Exposición de Motivos, I: “La esfera jurídica de derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Públicas se encuentra protegida a través de una serie de instrumentos tanto de carácter reactivo, entre los que destaca el sistema de recursos administrativos o el control realizado por jueces y tribunales, como preventivo, a través del procedimiento administrativo que es la expresión clara de que la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como reza el artículo 103 de la Constitución”, aprobado por el Consejo de Ministros 9 enero 1015.

En su Exposición de Motivos II, define el “procedimiento administrativo, entendido como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración”, con esta nueva regulación no se agotan las competencias estatales y autonómicas para establecer especialidades dentro del procedimiento administrativo común «ratione materiae» o la concreción de ciertos extremos como la determinación del órgano competente para resolver o llevar a cabo otros trámites, sino que su carácter de común resulta de su aplicación a todas las Administraciones Públicas y respecto a todas sus actuaciones”.

¹²³² WALINE, J., *Droit administratif*, Dalloz, París, 2012, en ese mismo sentido lo define como “l’ensemble des règles de forme et de procédure relatives à l’élaboration de la décision exécutoires et donc le respect conditionne la validé de l’acte”, pág. 423 (paragraphe 405).

¹²³³ No hay que olvidar que el menor en su relación con los servicios públicos de protección es un administrado, LADO CASTRO-RIAL, C., “Los derechos de los ciudadanos en relación con la actuación de las Administraciones públicas”, *Derecho Social y Administración Pública, Libro homenaje a Manuel Peláez Nieto*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2013, aclara que es necesario “deslindar el concepto de ciudadano respecto del concepto de administrado, recogido en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y en normas preconstitucionales, que presupone una posición de subordinación respecto a la Administración. En todo caso, cabe resaltar que no parece que resulte vacío de contenido en la actualidad, por cuanto es

prioritaria del menor y de su familia ante las prerrogativas de actuación de la entidad pública¹²³⁴, ya que para que la actividad de ésta pueda ser calificada como legítima debe, como mínimo, ajustarse a unos cauces legalmente predeterminados, a la vez que el procedimiento asegura la satisfacción del interés del menor mediante la toma de decisiones por la entidad pública en el marco señalado por el Código civil. Esta doble finalidad del procedimiento administrativo¹²³⁵ y su relación con el superior interés del menor ha sido puesta de relieve por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tal y como se desprende de los artículos que regulan la situación de riesgo y la declaración de desamparo o asunción de la guarda¹²³⁶. Así mismo, las normativas autonómicas de protección de menores de algunas Comunidades Autónomas reflejan, con mayor o menor claridad¹²³⁷, el sometimiento de la actuación administrativa al principio de

la misma Constitución la que lo emplea, si bien en un sentido distinto, pues ya no se vincula a constituir un mero objeto de la actuación de las Administraciones Públicas. Tal concepto sólo puede aparecer referido a personas físicas, a diferencia de lo ya visto respecto al concepto de ciudadano”, pág. 230.

¹²³⁴ DE PALMA DEL TESO, Á., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *AFDUAM*, nº 15, 2011, págs. 185-215, págs. 202 a 212.

¹²³⁵ Anteproyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, en su Exposición de Motivos II: “el artículo 103, que establece como uno de los principios que debe regir la actuación de las Administraciones Públicas el de eficacia, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Este principio, que tiene un reflejo necesario en la existencia de una serie de cauces formales que garanticen el adecuado equilibrio entre la eficacia de esa actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y las empresas, que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad en cualquier parte del territorio, con independencia de la Administración con la que se relacionen”, aprobado por el Consejo de Ministros 9 enero 2015, texto sometido a información pública: 16 de enero de 2015, texto sometido a información pública el 16 de enero de 2015.

¹²³⁶ Entre otros, en la nueva redacción de los artículos 17, 18, o en el novedoso 19bis de la Ley Orgánica 1/1996, de acuerdo con el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹²³⁷ Llama poderosamente la atención disposiciones legales como lo dispuesto en la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, en su artículo 34, en relación a la atención inmediata que deben prestar Servicios Sociales que dependan de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja o de las Entidades Locales de su ámbito territorial, dice literalmente: “La atención inmediata a que se refiere este artículo no está sujeta a requisitos procedimentales ni de forma, comprende la adopción de cualquier medida que resulte necesaria para preservar la vida, la integridad física o moral o la salud del menor y se entiende en todo caso sin perjuicio del deber de prestar a los menores el auxilio inmediato que precisen que, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, incumbe a cualquier persona”.

La entidad pública y su personal no puede actuar por la vía de hecho, en ese sentido, sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 22 de septiembre de 2003, recurso de casación núm.

legalidad que supone un procedimiento reglado^{1238, 1239}. En tanto es un procedimiento administrativo especial, las Comunidades Autónomas han regulado el procedimiento de protección respetando, como no podría ser de otra manera, el *iter* del procedimiento administrativo común, pero incorporando las especificaciones que requieren este tipo de procesos¹²⁴⁰.

8039/99, en relación con las vías de hecho, determina que cabe aplicar ese concepto “tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se produzcan sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo”.

Sentencia de 3 de septiembre de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que especificó que “este Alto Tribunal, incluso, bajo la normativa anterior ha admitido la posibilidad de combatir directamente ante esta Jurisdicción las vías de hecho (...). Y es que la fuerza expansiva del principio de tutela judicial efectiva impide que la ausencia de acto previo, cuando se trata de una vía de hecho, sea un obstáculo para formular la correspondiente pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues este cauce jurisdiccional, al menos desde la Constitución, ha dejado de ser concebido como mecanismo de protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como proceso al acto, para convertirse en verdadero instrumento para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos”.

CANDELA TALAVERO, J. E., “La fiscalización a la administración ante las vías de hecho”, *Auditoría Pública*, nº 52, 2010, págs. 95–103.

¹²³⁸ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León artículo 44 Criterios de actuación: “h) El sometimiento de la actuación administrativa a procedimientos reglados que garanticen la seguridad jurídica”; y en su artículo 57 Necesidad del procedimiento “Tanto la declaración de la situación de desamparo como la adopción de cualquier medida de protección deberán ser acordadas mediante resolución motivada que revestirá forma escrita, previa propuesta o informe de la Comisión de Valoración y, salvo lo previsto en el artículo 62 para los supuestos de urgencia, con observancia del procedimiento regulado en los artículos siguientes”.

¹²³⁹ A título de ejemplo, Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura.

Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, artículos 100 y 101, junto al Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, modificado por el Decreto 28/2009, de 20 de febrero, del Consell, por el que se modifica el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, aprobado por el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Consell.

Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, en su Capítulo IV, Del procedimiento para la declaración de las situaciones de desamparo por la Comunidad Autónoma y para la adopción y ejecución de las medidas en situaciones de desprotección, artículos 57 a 74 y su desarrollo a través del 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, de la Junta de Castilla y León.

¹²⁴⁰ Así establecido, antes de la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre.

A este respecto, aún siendo competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas la protección de los menores que se encuentren en su territorio, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico y Procedimiento Administrativo Común opera en la Administración autonómica como norma de directa aplicación en aquello que sea procedimiento común, y como supletoria en aquellos casos que administración autonómica correspondiente no haya dictado normas que regulen las especialidades que puedan derivarse de su propia organización¹²⁴¹, hay que tener en cuenta que el artículo 149-1-18ª de la Constitución establece como materia reservada en exclusiva al Estado la regulación del procedimiento administrativo, aunque matizado con “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”¹²⁴², pero además como señala la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992¹²⁴³, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹²⁴⁴, “no se puede dissociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también es posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su

¹²⁴¹ Así lo dispone la disposición adicional primera de la Ley 3/2001, de 3 de julio, Normas reguladoras del Gobierno y Administración de la Comunidad de Castilla y León, establece que en “todo lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo establecido en la legislación del Estado con carácter supletorio”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148.3 de la Constitución.

¹²⁴² En ese sentido, Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, dispone en su texto introductorio que “La Ley Orgánica 1/2011 de 28 de enero de reforma del mismo, (en referencia a su Estatuto de Autonomía) atribuye a nuestra Comunidad, en su artículo 9.1.26, la competencia exclusiva en materia de infancia y juventud, protección y tutela de menores, competencia que ya fue ejercida a través de la Ley 4/1994, de protección y atención a menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Dicho título competencial es completado con lo previsto en el apartado 5 del referido artículo 9.1, relativo a las especialidades del procedimiento administrativo y de forma tangencial con los contenidos en los números 28 y 30 referentes a políticas de integración y participación social, cultural, económica y laboral de los inmigrantes, en colaboración con el Estado, y participación en las políticas de inmigración estatales, así como los referentes a la familia e instrumentos de mediación familiar

¹²⁴³ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹²⁴⁴ Así establecido, antes de la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre

derecho sustantivo”, respetando como no podía ser de otro modo las reglas de procedimiento que integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común¹²⁴⁵.

Como administrados que son, el menor, sus progenitores o tutores tienen ante un procedimiento administrativo sustanciado por la entidad pública por circunstancias de riesgo o desamparo, una posición jurídica que les hace tributarios de unos derechos subjetivos perfectos¹²⁴⁶, que configuran su estatuto singular y definido ante la entidad pública, derecho a instar el inicio del procedimiento, derecho a participar activamente en su tramitación, derecho a la impulsión de oficio por la entidad pública hasta su terminación, derecho a una resolución expresa y derecho a la ejecución de lo resuelto¹²⁴⁷. Por otro lado, esta exigencia básica en un Estado de Derecho de imponer a la Entidad pública un procedimiento, no contradice el principio de antiformalismo que se traduce, en cuanto a los interesados, en la imposición de unos requisitos mínimos para las actuaciones de los interesados, y la admisión generalizada de la subsanación de los defectos o errores cometidos^{1248 1249}.

¹²⁴⁵ En este sentido, el artículo 33 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, Normas reguladoras del Gobierno y Administración de la Comunidad de Castilla y León, establece que la “Administración General de la Comunidad adecuará su organización, funcionamiento y relaciones a los principios generales y normas básicas del régimen jurídico de las Administraciones públicas”.

¹²⁴⁶ Hay que tener en cuenta que de acuerdo con la evolución del Derecho administrativo la situación de desequilibrio jurídico entre la Administración pública y los administrados ha venido siendo corregida por el fortalecimiento de la posición de este frente al Estado, y el progresivo respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la administración, introduciéndose las garantías necesarias en los procedimientos y reforzando los derechos subjetivos públicos de los administrados.

¹²⁴⁷ DA SILVA OCHOA, J. C., Derechos de los ciudadanos con especial referencia a lenguas y acceso a registros (artículos 35 a 40), *Administraciones públicas y ciudadanos (estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, PENDÁS GARCÍA, B., (coord.), Ciss Praxis, Barcelona, 1993, págs. 297-352, págs. 302 y ss.

¹²⁴⁸ Artículos 70 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, teniendo en cuenta así mismo que en relación a las comunicaciones entre órganos, esta misma Ley establece en el artículo 19.1 que “la comunicación entre los órganos administrativos pertenecientes a una misma Administración Pública se efectuará siempre directamente, sin traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios”, y en el artículo 19.2 que “las comunicaciones entre los órganos administrativos podrán efectuarse por cualquier medio que asegure la constancia de su recepción”.

¹²⁴⁹ Esa falta de formalidad no puede implicar menoscabo de las garantías del procedimiento, “*Les tribunaux (...) doivent cependant motiver leur décision de façon circonstanciée pour faire ressortir le danger couru: la simple considération d'une meilleure éducative possible ne suffit pas*”, BÉNABENT, A., *Droit de Famille*, 2^a ed., Montchrestien, París, 2012, pág. 479.

2.3. FASES COMUNES AL ARTÍCULO 172.1 Y2: DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN, EVALUACIÓN DIAGNÓSTICA Y RESOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR

Como hemos expuesto, la asunción de la guarda por la entidad pública requiere la declaración formal de la nueva situación jurídica del menor, que se sustancia en el procedimiento administrativo específico pero que, en cualquier caso, responde a las fases del mismo establecidas en la Ley 30/1992, aunque las normativas autonómicas y el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹²⁵⁰, mimetizado con las legislaciones sectoriales y con la doctrina, utilicen otra nomenclatura, que no hace sino añadir confusión a la ya de por sí confusa tramitación de las declaraciones de situaciones de desprotección y que no aporta seguridad jurídica alguna.

Dichas fases serán la detección, la valoración diagnóstica y toma de decisión¹²⁵¹ sobre la situación concreta del menor, y sobre la medida de protección que mejor se adapte al interés superior del menor, en el marco, en nuestro caso, de lo dispuesto por el Código civil; estas fases se corresponden, como no podía ser de otro modo, con las de inicio, instrucción y terminación establecidas en la Ley

¹²⁵⁰ Vid. entre otros los artículos 11, 12, 17 y 20 de la Ley Orgánica 1/1996 de acuerdo con el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹²⁵¹ ARRUABARRENA MADARIAGA, M. I., SÁNCHEZ REDONDO, J. M., (coords.), *Investigación y evaluación ante situaciones de desprotección en la infancia*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2010, pág. 11: “El proceso que habitualmente se sigue con este tipo de casos consta de las siguientes fases:

1. Detección y Notificación.
2. Investigación.
3. Evaluación diagnóstica.
4. Toma de decisión y planificación de la intervención.
5. Intervención.
6. Seguimiento.
7. Cierre del caso”.

GARRIDO FERNÁNDEZ, M., GRIMALDI PUYANA, V. M., *Evaluación de Riesgo Psicosocial en Familias con Menores*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009: “La concepción del riesgo está íntimamente vinculada a los elementos o herramientas que permiten detectarlo, ya que el riesgo no siempre es directamente aprehensible, ello lleva a la toma en consideración de los factores e indicadores de riesgo social. Casas (1994), define los factores de riesgo como “determinadas condiciones biológicas, psicológicas o sociales, medidas mediante variables directas o indicadores (sociales o psicosociales) que, acorde con conocimientos científicos, se ha demostrado que participan probabilísticamente en los antecedentes o en las situaciones asociadas o implicadas con la emergencia de diferentes enfermedades, problemáticas o necesidades sociales”, pág. 26.

30/1992, siendo todas ellas esenciales en la garantía de los derechos del menor y su familiar porque, como ya expuso en su día GARCÍA DE ENTERRÍA, el procedimiento administrativo no se agota en el acto complejo que consiste la resolución en la que se diluirían sin identidad propia los actos que han sustentado dicha resolución, es más, los actos dictados en las distintas fases del mismo mantienen su propia individualidad que, a pesar de su distinta procedencia y contenido, responden a una coherencia interna, son eslabones vinculados por un fin preciso, en nuestro caso la necesaria determinación de cuál es la situación jurídica de un menor concreto en relación a su superior interés, porque el procedimiento administrativo¹²⁵².

2.3.1. Detección y recepción del caso

En general, la detección¹²⁵³ supone el reconocimiento o identificación de una situación no patente o acreditada. En este sentido, y en el contexto de protección de menores, la detección supone el primer escalón para identificar aquella situación en la exista sospecha de que un menor está en riesgo o desprotección. En lo que a nosotros interesa, la detección supone el momento en el cual la entidad pública competente tiene conocimiento de la existencia de un menor cuyas circunstancias puedan ser calificadas como riesgo, desprotección o desamparo, cuando estas, hipotéticamente, deriven de las relaciones paterno-filiales de carácter personal¹²⁵⁴.

¹²⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1982, el procedimiento administrativo “no se resume en un acto de naturaleza compleja -la resolución-, en el que vendrían a fundirse, perdiendo su propia identidad, todos los anteriores a él, ni tampoco consiste en un mero agregado de actos heterogéneos por su origen y contenido, carentes de toda regulación estructural entre sí. Se trata más bien, de una cadena, cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común, sin merma de su individualidad propia, en orden a un fin único a cuya consecución coadyuvan”, pág. 387, concepción esta que ya venía recogida en la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, conceptuándolo como el “cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la formalización de un fin”.

¹²⁵³ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua detectar, en su primera acepción es “Descubrir la existencia de algo que no era patente”.

¹²⁵⁴ GONZÁLEZ MENÉNDEZ, A., FERNÁNDEZ HERMIDA, J. R., SECADES VILLA R., (coords.), *Guía para la detección e intervención temprana con menores en riesgo*, Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias, Gijón, 2004.

CARITAS DIOCESANA DE ZARAGOZA, Gobierno de Aragón “Procedimiento para valorar las situaciones de riesgo de los menores”, Zaragoza, febrero de 2012, <http://www.caritas-zaragoza.org/>

Es este conocimiento el que activa la obligación de actuar de la Administración tal y como recogía la Ley orgánica 1/1996, que señala de manera inequívoca la responsabilidad de la administración cara a verificar la situación conocida y a adoptar las medidas necesarias para proteger al menor en función del resultado de dicha investigación¹²⁵⁵.

La detección de un menor en riesgo o desamparo implica a toda la sociedad, en tanto que existe la obligación genérica de todos los ciudadanos de comunicar a las autoridades competentes aquellas situaciones de las que tuviese conocimiento y que presentase indicios de riesgo para un menor, tal y como señalaba el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996¹²⁵⁶, pero existe una obligación cualificada de comunicación a aquellos que por su condición de autoridad o por su profesión relacionada con los ámbitos de los menores tuviese conocimiento de esa posible situación; disposición que fue transcrita, con un contenido similar por las legislaciones sectoriales de las Comunidades autónomas¹²⁵⁷ que, así mismo,

¹²⁵⁵ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículo 16.

¹²⁵⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, artículo 13, "Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva:

1. Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.

3. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor".

A dicho artículo el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, le añade los apartados 4 y 5:

"4. Toda persona que tuviera noticia, a través de cualquier fuente de información, de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores, tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal penal".

¹²⁵⁷ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 46 Deber de comunicación y denuncia:

1.- Cualquier persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, y en especial quienes conozcan de ella por su profesión, función o responsabilidad, sin perjuicio de prestarle de inmediato el auxilio que precise y del deber de denunciar formalmente los hechos que puedan ser constitutivos de delito, lo comunicará a la mayor brevedad a las autoridades competentes o a sus agentes más próximos, a fin de que se proceda a la adopción de las medidas y actuaciones adecuadas conforme a lo establecido en la presente Ley.

contemplan la posibilidad de que sea el menor el que exponga su situación directamente en conocimiento de la Entidad pública o a través del Ministerio Fiscal¹²⁵⁸, y regulan con mayor o menor precisión el contenido de la comunicación o denuncia¹²⁵⁹, ¹²⁶⁰.

2.- Esta obligación de comunicación y el deber de denuncia competen particularmente a los centros y servicios sociales, sanitarios y educativos, y se extiende a todas las instituciones y entidades, tanto públicas como privadas, que tuvieran conocimiento de alguna de las situaciones señaladas por su relación con el menor, debiendo en tales casos realizarse la notificación de los hechos con carácter de urgencia.

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, artículo 33. "Obligaciones de los ciudadanos y autoridades:

1. Toda persona o autoridad que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise, tiene el deber de comunicarlo a la Consejería competente en materia de Servicios Sociales.

2. Sin perjuicio de su comunicación, cuando sea procedente, a la Autoridad judicial y al Ministerio Fiscal, los responsables y el personal de los centros o servicios educativos sociales y sanitarios, públicos o privados, y en general de cuantas entidades o instituciones tienen relación con menores, están obligados a poner en conocimiento de la Consejería competente en materia de Servicios Sociales aquellos hechos que puedan suponer la existencia de desprotección o riesgo para ellos, así como a colaborar con la misma para evitar y resolver tales situaciones en interés del menor.

3. La Administración garantizará la reserva absoluta y el anonimato de los comunicantes. Tratándose de instituciones, se preservará su identidad no facilitando en ningún caso copia de los informes emitidos o denuncias presentadas".

¹²⁵⁸Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León: Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, en su artículo 58. 1: "El procedimiento se iniciará de oficio por la Entidad Pública, (...), a demanda del menor, (...)".

En ese mismo sentido, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, en su artículo 8.

¹²⁵⁹Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, de la Junta de Castilla y León, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, artículo 11. 3: "Recepción de casos: Toda noticia participando una posible situación de desprotección deberá, como regla general, expresar la identidad de quien la formula, los datos que permitan la identificación y localización del menor, así como de sus padres, tutores o guardadores, y el relato de los hechos a que se refiere y que motivan su presentación ante los servicios de protección, y se admitirá que ésta pueda ser realizada de cualquier forma o por cualquier medio que permitan su comprensión y comprobación, procurándose entonces su ratificación por escrito. No obstante lo anterior, la falta de identificación del comunicante, por expreso deseo de éste o por imposibilidad de averiguación, no impedirá la investigación de los hechos cuando resulten verosímiles o presenten indicios de veracidad".

¹²⁶⁰Sobre los diversos cauces de conocimiento de la entidad pública de la situación de posible desamparo o riesgo grave, así como, de la posición jurídica del denunciante en el procedimiento administrativo de desamparo, denunciante simple y denunciante cualificado, que aunque la autora lo centra en la situación de desamparo, puede aplicarse al procedimiento de protección del menor en riesgo, *vid.* DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, págs. 233 a 250.

Una vez que la entidad pública tiene conocimiento del caso, su actuación se circunscribe al procedimiento de protección específico. En primer lugar¹²⁶¹, el inicio del procedimiento de valoración de las circunstancias en las que se encuentra el menor será de oficio¹²⁶², así la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León señala taxativamente que “el procedimiento se iniciará de oficio por la Entidad Pública”¹²⁶³, con independencia de como obtuvo la entidad pública la información sobre la situación del menor, pero es más, y en ello coincide con DE PALMA¹²⁶⁴, si la denuncia parte de una persona que tenga la condición de interesado en el procedimiento, la denuncia se considerará solicitud de inicio del procedimiento, por lo que se entiende procedimiento iniciado a instancia de parte¹²⁶⁵, una vez superada la fase de información previa o comprobaciones iniciales.

¹²⁶¹Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en su artículo 68 Clases de iniciación: “Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada”, y no contiene especificación alguna sobre los casos en los que debe iniciarse de oficio por la entidad pública y aquellos cuyo inicio queda al ejercicio de la autonomía del interesado.

¹²⁶² Artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.”

¹²⁶³ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León: Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 58:

“1.- El procedimiento se iniciará de oficio por la Entidad Pública, en razón de orden judicial, a iniciativa del Ministerio Fiscal, a demanda del menor, a solicitud de los padres o tutores, o cuando aquella, por sí, a través de sus servicios o mediante notificación, informe o comunicación de la autoridad o sus agentes, funcionarios, profesionales o ciudadanos, tenga conocimiento de que un menor puede encontrarse en una situación de riesgo o de desamparo.

2.- Las notificaciones de la autoridad o sus agentes y los informes de funcionarios y profesionales deberán cursarse por escrito, y la demanda del menor, la solicitud de los padres y tutores y la comunicación de cualquier otra persona en su condición de simple ciudadano podrán ser realizadas por escrito, verbalmente o de cualquier otra forma que permita su comprensión y comprobación, debiendo dejarse constancia fehaciente de su recepción.

3.- Con anterioridad a la iniciación del procedimiento se llevarán a cabo las comprobaciones iniciales y la investigación previa a que se hace referencia en el artículo 60”.

¹²⁶⁴ DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, considera personas interesadas al propio menor, la persona o entidad que hubiere asumido la guarda de hecho, un familiar y las entidades u organizaciones sin ánimo de lucro dedicadas a la protección de la infancia: “Todas estas personas o entidades tendrían legalmente la condición de interesados en el procedimiento administrativo, y, además, lo podrían promover como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos (art. 31.1 LRJ-PAC)”, pág. 266.

¹²⁶⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 68 “Clases de iniciación: “Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada”.

Indudablemente la entidad pública no podrá actuar de oficio en la situación planteada por el artículo 172.2 de Código civil y solo iniciará el procedimiento administrativo de valoración de la conveniencia o no de asumir la guarda a instancia de padres o tutores, con independencia de, una vez iniciado el procedimiento a instancia de parte, el impulso de la tramitación se haga de oficio.

Una vez producida la recepción del caso^{1266, 1267}, el menor está integrado en el sistema de protección de menores, por ello la entidad pública asignará a ese caso, siempre y desde el primer momento, a un técnico que asumirá las funciones de coordinación hasta la finalización del expediente¹²⁶⁸, elaborará la propuesta del Plan de Caso, impulsará la intervención, controlará la ejecución de las medidas y actuaciones, el seguimiento de las mismas y su eventual revisión, y emitirá los

¹²⁶⁶ 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, de la Junta de Castilla y León, artículo 11 "Recepción de casos.

1. La recepción de las órdenes judiciales, notificaciones, informes, solicitudes o comunicaciones dando cuenta de la posible situación de desprotección en la que se encuentre un menor, se realizará por un técnico del Equipo correspondiente a la zona donde dicho menor resida.

2. El técnico que se encargue de la recepción valorará si el caso es competencia de la Entidad Pública de Protección de Castilla y León, si corresponde a otros servicios, en cuyo caso se procederá a la oportuna derivación, o si la situación resulta de apreciación dudosa, asumiéndose entonces por los servicios de protección en tanto se realizan las comprobaciones y averiguaciones iniciales. (...)

4. Las demandas de atención, asistencia o protección efectuadas por los propios menores, cualquiera que fuera la forma en que sean hechas, tendrán siempre un tratamiento preferente y serán debida e inmediatamente comprobadas.

5. La recepción de una orden judicial determinará el inicio inmediato de las actuaciones de comprobación o la apertura directa de expediente con adopción de un plan urgente, si en aquella se dispusiera ya la atribución de la guarda.

6. De toda recepción su responsable dejará constancia fehaciente por escrito en el impreso normalizado existente al efecto".

7. No se proporcionará a los interesados en el procedimiento los datos de identificación de los denunciante cuando así lo hayan solicitado éstos de manera expresa y razonada o cuando, atendidas las circunstancias del caso, ello pusiera en riesgo su seguridad"

¹²⁶⁷ Ley 3/2005 de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, artículo 53: "En situaciones de riesgo, los servicios sociales de base deberán proceder a la recepción del caso y a su investigación, valoración y orientación, debiendo, si lo estiman necesario, intervenir desde el ámbito comunitario. Cuando consideren que existe una situación de desprotección infantil de gravedad elevada, que pudiera requerir una intervención especializada o incluso la separación de la persona menor de edad de su ámbito familiar, deberán derivarlo al servicio especializado de protección a la infancia y adolescencia"

¹²⁶⁸ 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, de la Junta de Castilla y León, artículo 12.

informes que procedan, pudiendo ser asistido en el desarrollo de su actividad por otros profesionales.

2.3.1.1. Investigación previa

Antes de la iniciación en sentido estricto del procedimiento, la entidad pública deberá llevar a cabo las comprobaciones iniciales y la investigación previa; en relación con esta actuación, el artículo 69.2 de la Ley 30/1992¹²⁶⁹ establece la posibilidad que tiene el órgano competente de abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar el procedimiento, sin embargo, la Ley Orgánica 1/1996 lo formuló como una obligación de actuar de la Administración, estableciendo, de manera inequívoca la responsabilidad de la Administración, de verificar la situación denunciada y de adoptar las medidas necesarias para proteger al menor en función del resultado de dicha investigación¹²⁷⁰ y, en ese mismo sentido, se ha regulado esta fase en las legislaciones autonómicas¹²⁷¹.

¹²⁶⁹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 69.2, 2Iniciación de oficio: Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”.

¹²⁷⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 16, “Evaluación de la situación. Las entidades públicas competentes en materia de protección de menores estarán obligadas a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación”.

¹²⁷¹ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 60, “Comprobaciones iniciales e investigación previa:

1.- En función de los datos disponibles o de la comunicación recibida, y de acuerdo con lo dispuesto reglamentariamente, se determinarán los casos y plazos en el que deban llevarse a cabo las primeras averiguaciones para la comprobación inicial de los hechos y la investigación previa para la obtención de toda la información que sobre el caso pueda ya reunirse, todo ello a fin de confirmar la posible concurrencia de una situación de desprotección, avanzar una primera valoración sobre su entidad, alcance y consecuencias, y establecer en su caso la necesidad de actuar de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente.

2.- Si aparecieran indicios que permitieran concluir la urgencia de la intervención, estas comprobaciones iniciales, que incluirán la primera investigación del caso, se completarán en el más breve plazo.

3.- Siempre que sea posible, las comprobaciones iniciales comprenderán un primer encuentro con el menor y el contacto con sus padres, tutores o guardadores por parte de un profesional técnico, procurando en todo caso evitar innecesarias intromisiones en la esfera de la intimidad, así como interferir o dificultar el desarrollo de otras investigaciones o procesos en curso.

4.- Todas las actuaciones iniciales descritas en los apartados anteriores, de las que quedará completa y puntual constancia por escrito, deberán concluirse en el menor tiempo posible dentro del

En una materia tan sensible como esta, con unas consecuencias jurídicas y sociales tan importantes, es lógico que la Ley obligue a la entidad pública a cerciorarse de que existen elementos suficientes y razonables para iniciar el expediente o, en su caso, para proceder al archivo de las actuaciones.

En función de los datos disponibles o de la comunicación recibida, la entidad pública elaborará el correspondiente informe¹²⁷², determinará los plazos en el que deban llevarse a cabo las primeras averiguaciones para la comprobación inicial de los hechos y la investigación previa para la obtención de toda la información que pueda recabarse, a fin avanzar una primera valoración sobre su entidad, alcance y consecuencias de la situación de menor.

Siempre que sea posible, las comprobaciones iniciales comprenderán un primer encuentro con el menor y el contacto con sus padres, tutores o guardadores por parte de un profesional técnico, procurando en todo caso evitar innecesarias intromisiones en la esfera de la intimidad, así como interferir o dificultar el desarrollo de otras investigaciones o procesos en curso^{1273, 1274}.

plazo máximo que se determine, dándose de inmediato por suficientes y completadas en cuanto se constate que la situación del menor es crítica, exige una intervención urgente o conlleva un riesgo grave e inminente para su integridad física o psíquica, procediéndose entonces de acuerdo con lo previsto en el artículo 62. Cuando, conforme a lo previsto reglamentariamente, se concluya que el supuesto no es urgente, no existe riesgo actual para el menor, ni se prevé el agravamiento de la situación a corto plazo, esta fase previa podrá prolongarse durante el tiempo necesario, dentro del máximo que se determine, para abordar una evaluación del caso”.

¹²⁷² 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, de la Junta de Castilla y León, en su artículo 13 “Informe de recepción:

1. Una vez recibida noticia del caso por un técnico, éste elaborará el correspondiente informe, de estructura normalizada, en el que se resumirá la información más relevante sobre el tipo de recepción, su fecha, la fuente de conocimiento de los hechos, el motivo de la situación en que se encuentre el menor y su atribución inicial a causas residentes en los propios responsables de éste, los datos de identificación del mismo, de sus padres o tutor, y del informante, en su caso, y las primeras actuaciones ya llevadas a cabo.

2. En este informe se hará constar además el nivel de prioridad de respuesta asignado al caso de acuerdo con su gravedad y en función de los criterios que se establecen en el artículo siguiente.

3. A este informe se adjuntarán los realizados por los propios servicios o recabados de otras fuentes sobre la composición, dinámica e historia previa de la familia, descripción detallada de los hechos participados y sus causas, de la situación que afecte al menor y, en su caso, de la razón y contenido de la intervención solicitada, así como de todo tipo de circunstancias e indicadores relativos a todos los extremos anteriores, señalándose asimismo las posibles fuentes adicionales de información y las propuestas argumentadas de actuación”.

¹²⁷³ ARRUBARRENA MADARIAGA, M. I., “Procedimiento y criterios para la evaluación y la intervención con familias y menores en el ámbito de la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*,

Si a resultas de las comprobaciones iniciales y la investigación previa, no se hallasen indicios de necesidad de intervención en el marco del 172 del Código civil, el órgano administrativo competente¹²⁷⁵, procederá al archivo de las actuaciones mediante resolución motivada¹²⁷⁶, o, en su caso, si fuese preciso otro tipo de intervención se pondrá en conocimiento del órgano competente en ese recurso

2009. Vol. 30(1), págs. 13-23, la autora señala que cuando de la puesta en conocimiento de los servicios sociales de la situación de un menor, no pueda deducirse si existe situación de riesgo o no “los Servicios Sociales han de llevar a cabo un proceso de recogida de información adicional dirigido a: 1. verificar la existencia de desprotección, y 2. valorar su gravedad para determinar si el niño, niña o adolescente corre peligro y es necesario adoptar una medida de protección de urgencia”, pág. 15.

¹²⁷⁴ 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, en relación con las comprobaciones iniciales e investigación previa, el artículo 15.5 dispone: “Los resultados de estas actuaciones serán incluidos en un informe, de estructura normalizada, en el que se identificará a las personas responsables del menor y se resumirán los datos relativos al incidente o situación comprobada, la imputación de su origen o persistencia a causas o circunstancias atribuibles a dichos responsables, la estimación razonada de la gravedad, riesgo y pronóstico inicial del caso, cualquier otra información que se entienda relevante y el pronunciamiento sobre la necesidad de actuaciones de urgencia, dejando en el mismo constancia de los contactos y gestiones realizados y adjuntando las pruebas documentales e informes obtenidos”.

¹²⁷⁵ 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, en relación con las comprobaciones iniciales e investigación previa, el artículo 15.6 dispone: “El informe a que hace referencia el apartado anterior será presentado a la Comisión de Valoración, que, a la vista de su contenido, propondrá:

a) El cierre de la información previa y archivo de las actuaciones, cuando se considere que no existe situación de desprotección atribuible a causas residentes en los propios responsables del menor, al no constar evidencia alguna o desvirtuarse la información inicialmente participada, derivándose entonces el caso, si es preciso, a otros recursos comunitarios.

b) La apertura del expediente por el procedimiento sumario, si se aprecia la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 62 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, y se entienden por ello necesaria la adopción de medidas de urgencia.

c) La continuación de las actuaciones para llevar a cabo la evaluación del caso, si se aprecia la existencia o posibilidad de una situación de desprotección y no aparece como necesaria la adopción de medidas urgentes.

d) La continuación de un expediente ya abierto al haberse concluido la existencia de nuevos hechos y la necesidad u oportunidad de medidas adicionales o distintas a las que ya estuvieran en curso”.

¹²⁷⁶ Ley 14/2002, de 25 julio 2002. Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 61 “Archivo o continuación de las actuaciones:

1. Finalizada la fase de comprobación inicial e investigación previa, si no se confirma la situación de desprotección, se acordará el cierre de las actuaciones, ordenando su archivo mediante resolución motivada, que será comunicada a los interesados, impugnabile ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa.

2.- Si se confirma la existencia o posibilidad de desprotección, se acordará la iniciación del procedimiento y la continuación de las actuaciones, disponiéndose lo oportuno para completar la evaluación del caso”.

social. Esta resolución será comunicada a los interesados, que podrán impugnarla ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa.

En el caso de que se confirme la existencia o posibilidad de desprotección, se acordará la iniciación del procedimiento propiamente dicho y la continuación de las actuaciones, disponiéndose lo oportuno para completar la evaluación del caso.

2.3.1.2. Intervención en las situaciones de urgencia

No obstante, si de la comunicación o denuncia o de la investigación previa se constata que la situación del menor es crítica o conlleva un riesgo grave e inminente para su integridad física o psíquica, la entidad pública deberá intervenir sin demora, adoptando un plan de urgencia que integrará cuantas medidas cautelares sean precisas¹²⁷⁷; hay que señalar que solo podrán adoptar medidas cautelares previas al inicio¹²⁷⁸ del procedimiento aquellas Comunidades autónomas que tengan recogida esta habilitación por una norma de rango de Ley¹²⁷⁹, o deberán adoptarlas disponiendo para ello la tramitación de un procedimiento abreviado sumario¹²⁸⁰, en el cual, verificadas la existencia y entidad de alguna de las circunstancias que requieren de una intervención sin dilaciones, se dictará

¹²⁷⁷ Artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹²⁷⁸ Auto de la Audiencia Provincial 3ª, Cádiz de 17 de mayo de 2002: “existe una laguna legal respecto al momento inicial para asegurar la constatación de forma rápida y eficaz de si un niño se encuentra o no en situación de desamparo”.

¹²⁷⁹ DE PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *AFDUAM*, nº 15, (2011): “Pues bien, de forma general (aunque como legislación supletoria) el artículo 14 de la ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que «las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencia o de dar traslado en otro caso al órgano competente». aunque es discutible que este precepto constituya habilitación suficiente para la adopción de medidas cautelares antes de iniciarse el procedimiento. Por ello, es conveniente, como ya sucede en muchos casos, que la respectiva ley autonómica en materia de protección de menores faculte expresamente a la administración competente para declarar de forma provisional el desamparo, incluso antes de iniciar el procedimiento de desamparo. una vez asumida la tutela provisional del menor, la administración estaría habilitada para adoptar medidas de protección que suponen la separación de su familia. tras acordar las medidas que la gravedad del caso aconseje, la administración iniciará la tramitación del procedimiento”, págs. 202-203.

¹²⁸⁰ *Vid.* Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 62 “Medidas de urgencia y procedimiento sumario”.

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, artículo 34. “Atención inmediata”.

Resolución motivada por escrito declarando, en su caso, la situación de desamparo y acordando la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, comunicándose la resolución al Ministerio Fiscal, y notificándola a los padres, tutores o guardadores del menor¹²⁸¹, y se supone que al menor si tuviese suficiente madurez y en todo caso si tiene más de doce años¹²⁸². Esta cuestión queda resuelta, para las Comunidades Autónomas de Derecho civil común, con lo dispuesto en la redacción dada al artículo 172 del Código civil por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que viene a unificar la práctica en los casos urgentes, así en su apartado 4 dispone: “En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”¹²⁸³.

De no ser necesario la intervención urgente, la entidad pública ordena el inicio del procedimiento ordinario, teniendo obligación de notificarlo a padres, tutores, guardadores y al propio menor, si tiene madurez suficiente, y en su caso, a los denunciante-interesado o cualificado¹²⁸⁴.

¹²⁸¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *InDret*, 2/2014, págs. 16-17, en relación a la notificación del inicio del expediente administrativo a los progenitores o a los titulares de la tutela o la guarda menor, llama la atención sobre que “en este punto, la falta de una previsión legal que haga preceptiva la notificación al adolescente, y en su caso al niño, niña con capacidad natural suficiente (de conocer y entender) del inicio de las actuaciones administrativas”.

¹²⁸² Según el artículo 172.1 según redacción de Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹²⁸³ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, continuando el artículo 172. 4: “Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de este, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adecuada protección del menor por parte de la Entidad Pública”.

¹²⁸⁴ DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006, pág. 275.

2.3.2. Evaluación diagnóstica

Iniciado el procedimiento, porque la fase de comprobación inicial e investigación previa confirma la existencia o posibilidad de desprotección¹²⁸⁵, la entidad pública desarrollará aquellos actos administrativos de instrucción necesarios para determinar, conocer y comprobar los datos en los cuales va a fundamentar su resolución¹²⁸⁶, de acuerdo con el principio de oficialidad, que impone a la entidad pública la obligación de impulsar de oficio los tramites, tal y como señala el artículo 74.1 de la Ley 30/1992, lo cual no impide que el menor y sus progenitores o tutor puedan proponer determinadas actuaciones.

Dado que la Entidad pública ya realizó una labor de información previa, el trámite de instrucción supone para ella la continuación de las actuaciones,

DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al Status Jurídico del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 21-1 mayo 2005, “el “denunciante cualificado”, en cuanto parte interesada, podrá actuar válidamente en el seno del *iter* sancionador. ¿Por qué? Porque su situación jurídica halla natural encaje en alguno de los supuestos legitimadores previstos en el artículo 31 de la LRJAP-PAC. Porque, en definitiva, es titular de algún derecho o interés legítimo que puede resultar afectado por la resolución que se adopte. Se verifica, de este modo, una traslación del concepto de interesado del procedimiento administrativo común al contexto sancionador”.

¹²⁸⁵ ARRUBARRENA MADARIAGA, M. I., SÁNCHEZ REDONDO, J. M., (coords.), *Investigación y evaluación ante situaciones de desprotección en la infancia*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2010, pág. 11: “Los criterios que se utilizan para determinar si el abordaje de un caso corresponde a los Equipos o Servicios de Infancia son los siguientes:

- La situación notificada implica a un/a niño/a, es decir, a una persona menor de 18 años.
- La notificación revela que la situación supone una violación, real o potencial, de los derechos de el/la niño/a a recibir el cuidado y atención que aseguren su normal desarrollo.
- La notificación indica que hay indicios razonables para pensar que la situación de maltrato está originada por los actos u omisiones de los padres/tutores u otras personas responsables del bienestar del niño/a”.

GARRIDO FERNÁNDEZ, M., GRIMALDI PUYANA, V. M., *Evaluación de Riesgo Psicosocial en Familias con Menores*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009: “La concepción del riesgo está íntimamente vinculada a los elementos o herramientas que permiten detectarlo, ya que el riesgo no siempre es directamente aprehensible, ello lleva a la toma en consideración de los factores e indicadores de riesgo social. Casas (1994), define los factores de riesgo como “determinadas condiciones biológicas, psicológicas o sociales, medidas mediante variables directas o indicadores (sociales o psicosociales) que, acorde con conocimientos científicos, se ha demostrado que participan probabilísticamente en los antecedentes o en las situaciones asociadas o implicadas con la emergencia de diferentes enfermedades, problemáticas o necesidades sociales”, pág. 26.

¹²⁸⁶ Sin que ello implique “que en todo procedimiento se den todos los actos de instrucción regulados en la Ley”, tal y como disponía la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

disponiéndose lo oportuno para completar la evaluación del caso¹²⁸⁷, que comprenderá todas las actuaciones tendentes a recabar y valorar cuantos datos relevantes sobre la situación del menor, sus circunstancias personales y socio-familiares y sus necesidades, puedan aportar las personas y organismos que tengan conocimiento de aquellas por su contacto con el menor y su familia¹²⁸⁸.

Durante la fase de instrucción es necesario destacar unos momentos procesales que tienen especial relevancia, por el papel que juegan en la salvaguarda de los derechos de los menores y de sus familias, en concreto creo importante destacar la participación del menor y de sus progenitores o tutores en el proceso de valoración y calificación de sus circunstancias y la labor de los equipos profesionales de atención al menor manifestada a través de informes.

¹²⁸⁷ Castilla y León, 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, artículo 19.

ARRUABARRENA MADARIAGA, M. I., "Procedimiento y criterios para la evaluación y la intervención con familias y menores en el ámbito de la protección infantil", *Papeles del Psicólogo*, 2009. Vol. 30(1), págs. 13-23: "La fase de evaluación sigue a la de investigación y constituye, al igual que la anterior, un período de recogida de información. (...) la información a recabar por parte de los Servicios Sociales es más amplia, dado que se pretende:

1. Identificar los factores individuales, familiares y sociales que pueden estar relacionados con el origen y mantenimiento de la situación de desprotección, así como los aspectos positivos del funcionamiento familiar.
2. Valorar cuáles han sido las consecuencias de la desprotección en el proceso de desarrollo físico, cognitivo, psicológico y/o social del niño, niña o adolescente.
3. Determinar cuáles son las necesidades de tratamiento y apoyo del niño, niña o adolescente y su familia.
4. Determinar el pronóstico para la capacitación parental", pág. 17.

¹²⁸⁸ RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012 "El proceso de evaluación ha de proporcionar al equipo técnico, los datos suficientes para tomar la decisión acerca del plan de intervención que garantizará la mejor manera de ayudar al niño. Esta decisión incluye aspectos de enorme peso, especialmente los referidos a: la valoración sobre la necesidad de separación del niño de su familia provisional o permanente y valorar la posibilidad de recuperación de las habilidades parentales que presenta el sistema familiar", pág. 38; continuando que de la toma de dcesiones "ha de derivarse del proceso de evaluación, e independientemente de que sean o no, los mismos agentes quienes hayan de elaborar el plan de caso, ambas partes han de estar necesariamente entramadas", pág. 39.

2.3.2.1. La especial relevancia de los informes técnicos

En la protección de los derechos del menor frente a la actuación de la entidad pública son imprescindibles los informes^{1289, 1290} dado las consecuencias jurídicas que tiene calificar al menor en una u otra situación en este campo; estos informes serán emitidos por los órganos especializados que, en el ejercicio de su capacidad de autoorganización, determinen las normativas autonómicas. Su importancia radica en que sirven de fundamentación a la voluntad del órgano decisor, aportándole información de carácter técnico y sometiendo dicha información a un análisis¹²⁹¹ desde el punto de vista de interés del menor.

Como hemos establecido, tanto el riesgo como de desamparo o el interés superior del menor responden a la técnica legal de los conceptos jurídicos indeterminados, por lo tanto, la aplicación de los postulados normativos que contemplan dichas situaciones no puede realizarse de manera automática, es necesario que intervengan los profesionales de las ciencias socio-sanitarias, (médicos psiquiatras, psicólogos, psicopedagogos, trabajadores sociales, etc.), estableciendo desde una valoración ajustada a criterios técnicos-profesionales si existe o no una situación de desprotección y qué medida de protección deba aplicarse, aportando a la entidad pública el necesario análisis técnico que avale la decisión última, la labor de estos profesionales se asemeja a la labor del perito en los procesos judiciales¹²⁹².

¹²⁸⁹ PARADA, R., *Derecho Administrativo, I, Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2012, “los informes son actuaciones administrativas a cargo, normalmente, de órganos especializados que sirven para ilustrar al órgano decisor. Son manifestaciones de juicio, jurídico o técnicos, pero nunca de voluntad y, por ello, no se consideran actos administrativos impugnables; únicamente, podrán ser valorados como uno más de los presupuestos de la resolución final del procedimiento, que es la manifestación de voluntad del órgano administrativo”, pág. 209.

¹²⁹⁰ La no emisión de informes no presupone necesariamente la nulidad, siempre y cuando el acoto no haya sido dictado “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), 9 diciembre 2010 (RC 1251/2009), caso de “la Memoria Histórica (los papeles de Salamanca)”.

¹²⁹¹ De la importancia de los informes emitidos por los técnicos especializados en protección de menores, *vid.* RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *InDret* 2/2014, pág. 17.

¹²⁹² DE PABLOS RODRÍGUEZ, P., PÉREZ MARTÍN, M., “Trastornos en las funciones parentales, efectos en el desarrollo del psiquismo: un problema transgeneracional”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 31/32, 2001, págs. 173-182, págs. 175-174.

En teoría, los informes cumplen con esa función básica y primordial y constituyen una garantía para el menor al analizar su situación desde unos parámetros técnicos y científicos, pues a través de ellos se realiza una labor de objetivación de la situación de riesgo o desamparo¹²⁹³, y se va acotando la zona de incertidumbre que rodea a estos conceptos jurídicos indeterminados, a través “de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”¹²⁹⁴ y serán los especialistas a través de sus informes los que establezcan la legitimidad de la actuación de la administración, ya que “quienes, desde un nivel técnico o científico, van a señalar las desviaciones en relación con la norma social van a ser los especialistas, los expertos, los terapeutas en el campo de la asistencia social. A través de ellos, los problemas sociales se interpretan según unos códigos de competencia *especializada*, esquema preconstituido que permite la exclusión de lo que no entra dentro de dicha competencia y la homologación de las demandas sociales al amparo del mismo”¹²⁹⁵.

Pero hay que tener en cuenta que la inexistencia de unas reglas de valoración de estos conceptos puede suponer un atentado al principio de igualdad ante la ley y al de seguridad jurídica¹²⁹⁶, por eso y a fin de evitar la posible discrecionalidad, o en

¹²⁹³ MOLINA FACIO, A., *Toma de decisiones profesionales en el Sistema de Protección a la Infancia*, Junta de Andalucía, Granada, 2012, señala que en los “abusos o maltrato físico no existen grandes problemas en el diagnóstico del maltrato principal, el más evidente. Sin embargo cuando nos enfrentamos a otras situaciones, que suelen ser mayoritarias, existen diferencias en la valoración diagnóstica entre los profesionales. (...) Esta decisión se ve influenciada por la ubicación del profesional dentro del sistema, de tal manera que aquellos profesionales que se ubican en el SPM, tienden por lo general a evitar la separación inmediata del menor de su núcleo familiar, alejándose incluso del criterio de los expertos que se inclinan más por medidas de separación mayoritarias, existen diferencias en la valoración diagnóstica entre los profesionales”, pág. 91.

¹²⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ATALA RIFFO Y NIÑAS vs. CHILE, sentencia de 24 de febrero 2012 (Fondo, reparaciones y Costas), considerando 110: “Por tanto no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”.

¹²⁹⁵ PICONTÓ NOVALES, T, *La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Egido, Zaragoza, 1996, pág. 82.

¹²⁹⁶ BENAVENTE MOREDA, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego”, *AFDUAM* 15 (2011), págs. 15-62, le resulta llamativo e inquietante “esa proliferación de supuestos diferentes y variados, en los que, en aras del recurrente «interés superior del menor», se pone en marcha la maquinaria administrativa para poner coto a tales situaciones donde el proceso conduce a declaraciones de desamparo ante situaciones variopintas: menores obesos, menores anoréxicos, menores maltratados física o psíquicamente,

su caso la pura arbitrariedad administrativa¹²⁹⁷, es necesario que el margen de apreciación y valoración del que está dotada la entidad pública este estrictamente controlado, profundizando doctrinalmente en los conceptos de riesgo, desprotección o desamparo, determinándose, en la medida de lo posible, su contenido y sus caracteres, habida cuenta que en el riesgo referido a los menores ese contenido no puede ser rígido ni responder a una estandarización de sus características, pues ello supondría el que determinados menores quedasen fuera del ámbito de protección del 172 del Código civil¹²⁹⁸.

menores pertenecientes a familias desestructuradas o de niveles socio-culturales deprimidos con problemas de alcoholismo o drogadicción de los padres.”, pág. 17.

La Vanguardia.com, viernes, 28 de marzo 2014: La Xunta retira la custodia de un niño con sobrepeso a sus padres. El menor, que tiene 9 años y pesa 70 kilos, está en paradero desconocido ya que los padres se niegan a entregarlo. El Gobierno gallego considera que la salud del pequeño está en peligro.

ABC.es 29/03/2014: “Un documento denominado «Libro Blanco» no deja en buen lugar los métodos empleados por Suecia contra unos ciudadanos a los que consideraba «indeseables»: el pueblo gitano. Según este exhaustivo informe, que ha visto la luz esta semana, el Gobierno del país escandinavo habría esterilizado a gitanos, se hizo con la custodia de custodia de niños romaníes y prohibió la entrada a todos los gitanos que querían residir en este Estado. Los tratos vejatorios se prolongaron durante los últimos cien años, relata el documento, dividido en seis epígrafes.

Las leyes australianas de limpieza étnica consistían en separar a los niños aborígenes de sus madres para evitar que crezcan en "la barbarie" y entregarlos a familias blancas o a "casas de adiestramiento" en las cuales les enseñaban los quehaceres domésticos. Aunque no existen cálculos precisos, se estima que 100 mil niños conocieron ese destino”.

¹²⁹⁷ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derecho de Familia*, T. II, Civitas, 1988, fue especialmente crítico con la posibilidad de que la Administración pública se extralimitase: “la noción de desamparo parece, por su parte legitimar una intervención administrativa indiscriminada no solo sobre los menores abandonados, sino sobre el modo de ejercicio ordinario de la patria potestad o de la tutela. (...) Las nociones de desamparo, guarda y acogimiento traen sin duda debajo del brazo una grave crisis conceptual e institucional del régimen común del ejercicio de la patria potestad o tutela, que viene por otra parte a agravar la crisis institucional que supone la implantación de un régimen efectivo de tutela de hecho”, pág. 157.

¹²⁹⁸ MAS BANACLOIG, E., SIMÓ TEUFEL, S., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, M. J.; ROMEU SORIANO F. J., (coord.), *El papel del ámbito educativo en la detección y abordaje de situaciones de desprotección o maltrato infantil*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2006: “Cualquier actuación protectora ha de guiarse por una serie de criterios que sirvan de referencia a todos los profesionales, ya sean del ámbito sanitario, educativo, policial o de servicios sociales. La utilidad de unos criterios o pilares conceptuales resulta incuestionable para encuadrar las acciones de protección y atención a la infancia y adolescencia. Los profesionales deben compartir unos conceptos básicos que les ayuden a identificar situaciones que ponen en peligro el desarrollo adecuado de los menores que observan en su entorno social y profesional. Además, en numerosas ocasiones, la colaboración de los distintos profesionales es una premisa básica para que las respuestas que se ofrecen al menor y a su familia tengan éxito y, es por ello, que la utilización de unos criterios comunes puede propiciarla”, pág. 15.

En esta misma línea, las ciencias sociales tratan de establecer y consensuar¹²⁹⁹ listados de indicadores de las posibles situaciones de desprotección que sirvan como base del análisis de las mismas¹³⁰⁰ y como fundamentación científica de los informes que emiten. Estos indicadores se centran básicamente en las carencias de la familia o del entorno del menor y de cómo ello repercute en una situación de desprotección, en sentido amplio, ese planteamiento es válido pero incompleto porque es un enfoque que no está sustentado en una teoría explícita de las necesidades del menor a las que, supuestamente, no se está respondiendo de manera adecuada así como tampoco se ha formulado “una teoría positiva sobre cuáles deben ser las relaciones entre los padres y los hijos”¹³⁰¹; en este sentido, los preceptos legales sobre las funciones de los progenitores o tutores en el ámbito personal del menor establecidas en el Código civil no son muy explícitas y apenas orientan sobre los estándares de calidad de esas relaciones. Como ya habíamos planteado, el profundizar sobre la teoría de las necesidades de los menores e incluso de su familia permitirá prevenir las situaciones de riesgo y desamparo, y detectar con criterios objetivos estas situaciones cuando, a pesar de la intervención preventiva, no se ha logrado el objetivo de evitar el daño.

Por otro lado, las normativas sectoriales autonómicas que regulan los procedimientos administrativos de protección hacen constante referencia a la necesaria emisión de informes de los técnicos del sistema de protección, como elementos claves de la necesaria evaluación técnico-profesional de la situación del

¹²⁹⁹ ARRUBARRENA MADARIAGA, M. I., “Procedimiento y criterios para la evaluación y la intervención con familias y menores en el ámbito de la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, 2009, vol. 30(1), págs. 13-23, en relación al trabajo de los psicólogos en este ámbito señala que se debe “trabajar de una forma mucho más rigurosa, decidiendo qué tipo de intervención desarrollamos con cada niño, niña o adolescente y con cada familia en base al conocimiento científico disponible y no en base a creencias que en ocasiones no poseen suficiente sustento empírico. Nos resta seguir capacitándonos en técnicas y herramientas para la recogida de información, valoración e intervención en este tipo de casos, y nos resta también ser mucho más rigurosos en la evaluación de los resultados de nuestra intervención”, pág. 22.

¹³⁰⁰ SETIEN SANTAMARÍA, M. L., *Indicadores sociales de calidad de vida. Un sistema de medición aplicado al País Vasco*, CIS, Madrid, Monografías, nº 133, 1993, “todo intento sistemático e integrado para conceptualizar, operacionalizar y medir por medio de un conjunto de indicadores, la diversidad de aspectos que conforman el bienestar o la calidad de vida de una sociedad”, pág. 45.

¹³⁰¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, F., *Necesidades de la Infancia y protección infantil I. Fundamentación teórica, clasificación y criterios educativos*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pág. 53.

menor¹³⁰² y, en general, se considera preceptiva la emisión de informes¹³⁰³, incluso la simple recepción del caso da lugar a la redacción de un informe en el que se hacen constar la información más relevante para una primera valoración de la conveniencia o no de iniciar las investigaciones previas, así contendrá, entre otros, los datos que se conozcan sobre la situación del menor, la determinación de que presumiblemente el hipotético riesgo derive de la acción u omisión de los progenitores o tutores, las primeras actuaciones realizadas, y se determinará el nivel de prioridad de respuesta que la situación exija¹³⁰⁴.

Pero esa profusión de referencias legales a la emisión de informes adolece, en general, de una falta de precisión y concreción importante, no determinándose claramente a qué profesionales les corresponde emitir dichos informes, no

¹³⁰² 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, de la Junta de Castilla y León, en su artículo 19. 1 determina que la evaluación “la evaluación incluirá específicamente la valoración del estado de dicho desarrollo en los aspectos cognitivo, emocional y social, y la de sus necesidades en estos ámbitos”.

¹³⁰³ 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, de la Junta de Castilla y León, en su artículo 19. 1 determina que la evaluación “la evaluación incluirá específicamente la valoración del estado de dicho desarrollo en los aspectos cognitivo, emocional y social, y la de sus necesidades en estos ámbitos”.

El Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores, exige en su artículo 18.2 que “es preceptivo la emisión de un informe social sobre la situación del menor y su familia. Además, podrán solicitarse cuantos informes sociales, médicos, psicológicos, policiales o de cualquier naturaleza, resulten necesarios”.

¹³⁰⁴ 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, de la Junta de Castilla y León, artículo 13. “Informe de recepción.

1. Una vez recibida noticia del caso por un técnico, éste elaborará el correspondiente informe, de estructura normalizada, en el que se resumirá la información más relevante sobre el tipo de recepción, su fecha, la fuente de conocimiento de los hechos, el motivo de la situación en que se encuentre el menor y su atribución inicial a causas residentes en los propios responsables de éste, los datos de identificación del mismo, de sus padres o tutor, y del informante, en su caso, y las primeras actuaciones ya llevadas a cabo.

2. En este informe se hará constar además el nivel de prioridad de respuesta asignado al caso de acuerdo con su gravedad y en función de los criterios que se establecen en el artículo siguiente.

3. A este informe se adjuntarán los realizados por los propios servicios o recabados de otras fuentes sobre la composición, dinámica e historia previa de la familia, descripción detallada de los hechos participados y sus causas, de la situación que afecte al menor y, en su caso, de la razón y contenido de la intervención solicitada, así como de todo tipo de circunstancias e indicadores relativos a todos los extremos anteriores, señalándose asimismo las posibles fuentes adicionales de información y las propuestas argumentadas de actuación”.

estableciendo informes preceptivos específicos¹³⁰⁵, y menos aún vinculantes, utilizando un lenguaje legal confuso¹³⁰⁶, que no favorece los derechos del menor y su familia y concede a la Entidad pública un excesivo margen de discrecionalidad, en un ámbito donde la discrecionalidad debe estar proscrita.

Por lo tanto, si los informes junto a las pruebas que los interesados aporten o las que la entidad pública considere oportuno realizar, se consideran como actividad necesaria para acreditar la realidad de los hechos¹³⁰⁷ y si, como establecen las normativas sectoriales, se consideran determinantes para la resolución del procedimiento al constituirse en base de la decisión del órgano resolutorio, su inexistencia podrá ser constitutiva de la existencia de un vicio no convalidable¹³⁰⁸ de acuerdo con el artículo 83.1 de la Ley 30/1992¹³⁰⁹, solución legal que no es tenida en cuenta por los Tribunales al conocerse la oposición a las resoluciones de protección en los tribunales civiles.

En otro orden de cosas, los informes emitidos por los técnicos son recabados, analizados y, en su caso, ratificados por un órgano colegiado creado por las normativas autonómicas y cuya denominación responde, por lo general, a la denominación de “Comisión de Valoración”¹³¹⁰, a la que se le atribuye, entre otras,

¹³⁰⁵ El artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que “salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos”, pero como mantiene SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo. General II*, Iustel, Madrid, 2009, “formula desconcertante que debe ser entendida en sus correctos términos. Cuando las normas reguladoras del procedimiento aluden a la necesidad de solicitar un determinado informe, es claro que el mismo se configura como preceptivo”, pág. 63.

¹³⁰⁶ Baste recordar el artículo 19 del 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, de la Junta de Castilla y León.

¹³⁰⁷ Artículo 88.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite cualquier medio de “prueba admisible en Derecho”, en cuanto a las propuestas por los interesados solo podrán ser rechazadas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

¹³⁰⁸ En este sentido, PARADA, R., *Derecho Administrativo, I, Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 213.

¹³⁰⁹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹³¹⁰ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, la denomina “Comisión Técnica de Valoración”.

la función realizar las consultas que estime pertinentes, y elevar la propuesta de calificación de la situación legal del menor¹³¹¹.

El informe-propuesta emitido por dicho órgano colegiado debería reflejar necesariamente una serie de datos imprescindibles para la motivación de la resolución, cuestión esta que no abordan las legislaciones autonómicas con la precisión que fuese deseable¹³¹². Cuanto mínimo, además de los datos identificativos del menor y su familia, debería reflejar con claridad las causas que dieron lugar a la apertura del expediente de protección; la delimitación de los aspectos que hayan sido objeto de juicio técnico, los criterios y metodología seguida para la emisión de los informes, así como las conclusiones de los emitidos por los distintos servicios públicos que tengan relación con la situación del menor, y que permiten objetivar la situación en que se encuentra el menor y cuál ha sido el grado de impacto negativo sobre él mismo; y por último, los criterios seguidos para la valoración técnica la propuesta de decisión final, planteando bien el archivo de las actuaciones por no ser necesaria intervención alguna; o proponiendo la calificación de riesgo sin suspensión de la guarda, o en el caso del artículo 172.2 del Código civil proponiendo la aceptación de la guarda a petición de los padres o tutores o, en su caso, proponiendo la declaración de desamparo; por último, el informe deberá contener la propuesta de medidas de apoyo y protección para el menor y su familia que, de acuerdo con la propuesta de situación legal, y dentro de las señaladas en la normativa, mejor represente el interés del menor. En el caso de que se proponga la asunción de la guarda por la entidad pública, el informe deberá hacer referencia a qué modelo de acogimiento que mejor responde al interés del menor, institucional o

¹³¹¹Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, el artículo 57 dispone: “Tanto la declaración de la situación de desamparo como la adopción de cualquier medida de protección deberán ser acordadas mediante resolución motivada que revestirá forma escrita, previa propuesta o informe de la Comisión de Valoración (...)”.

Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, en su artículo 4. Comisión Técnica de Valoración. 1. Dentro de la Dirección General competente en materia de protección de menores y adscrita a la misma, la Comisión Técnica de Valoración es un órgano colegiado de ratificación de informes, propuesta y consulta en las materias objeto de este decreto.

¹³¹² Tampoco de una manera clara y eficaz el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

familiar, la duración prevista de dicha medida y otras consideraciones, como régimen de relación o estancias con la familia de origen, el plan de actuación sobre el menor y su familia para facilitar la vuelta del menor con su familia, etc.¹³¹³.

Los miembros de la Comisión de evaluación deberán actuar con la máxima cautela para evitar, en la medida de lo posible, que sus acciones supongan un perjuicio mayor para el menor y su familia, tratando de encontrar el necesario equilibrio y ponderación en el cruce de intereses y derechos que entran en juego en estas situaciones, aplicando el principio básico de todo procedimiento de protección de menores que “obliga a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora”¹³¹⁴, ¹³¹⁵.

2.3.2.2. Participación de los interesados en el proceso

Otro de los momentos procesales que podemos destacar es la participación del menor y sus progenitores o tutores en el proceso¹³¹⁶, participación de la que forma parte el principio fundamental de audiencia de todo procedimiento el artículo

¹³¹³ En este mismo sentido, RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *InDret* 2/2014, pág. 19.

¹³¹⁴ No es sino el reflejo del principio de subsidiariedad, la Administración no puede establecer una acción de protección mientras el interés del menor pueda ser salvaguardado por otros modelos o tipos de intervención, tutela ordinaria, prevención, etc. en este sentido el Tribunal constitucional, en su sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, Fundamento Jurídico 6 “constituye doctrina consolidada de este Tribunal, con fundamento en las citadas normas internas e internacionales dictadas para la protección de los menores de edad, que en materia de relaciones paternofiliales (entre las que se encuentra lo relativo al régimen de guarda y custodia de los menores por sus progenitores, como es el caso que nos ocupa) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (...). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste”.

¹³¹⁵ El artículo 428 del Código civil francés, también recoge este principio de subsidiariedad en relación a la protección de los mayores incapacitados.

¹³¹⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de mayo 2011, SALEK BARDI c. ESPAÑA, (Demanda nº 66167/09) plantea la responsabilidad de la Administración pública por no tener en cuenta la participación de los padres en el procedimiento de protección, considerando el procedimiento como un todo, afirmando que de no garantizarse esta participación “existe una violación del respeto a la vida familiar y la injerencia resultante de la decisión no puede considerarse como <necesaria> en el sentido de artículo 8” del Convenio.

84 de la Ley 30/1996^{1317, 1318}. Esta participación refleja una concepción activa del Estado social y de la condición de ciudadano de la persona del menor en “*la manière de concevoir l’articulation entre le social et les individus, de définir les droits et devoirs réciproques liés à la participation sociale*”^{1319, 1320}.

En este sentido, el menor y los progenitores o tutores tienen en el mismo la condición de interesados, hayan o no iniciado el procedimiento, dado que, sea cual sea el resultado del procedimiento, van a estar afectados de alguna manera por dicho resultado. Esta condición supone su legitimidad para intervenir^{1321, 1322} y la titularidad de cuantos derechos se deriven de su condición de interesados¹³²³, tales como conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación del procedimiento seguido para la determinación en su caso de una medida de protección del menor¹³²⁴, el acceso a la información pública¹³²⁵, formular las alegaciones que

¹³¹⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 84.1 Trámite de audiencia: “Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5”; y consagrado por el artículo 105.c) de nuestra Constitución.

¹³¹⁸ FOSSIER, T., *Droit de Famille*, MURAT, P. (dir.), Dalloz, París, 2009, pág. 838, establece que los padres o tutores y el menor si tiene la madurez suficiente serán informados salvo que esta información sea contraria al interés del menor.

¹³¹⁹ FRANSSEN, A., “Le sujet au coeur de la nouvelle question sociale”, *La revue nouvelle*, Bruxelles, nº 12/2003.

¹³²⁰ BUENO ARÚS, F., “Introducción al derecho correccional de los menores”, BUENO ARÚS, F., SALINAS IÑIGO, A., PERIAGO MORANT, J. J., LEGAZ CERVANTES, F., *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 123 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Fundación Diagrama, Murcia, 2008, “Cada vez las personas son más iguales (...). El Derecho no podía ser una excepción a los cambios y tiende a que la elaboración, la aplicación y la ejecución de las normas jurídicas se resuelvan en un clima de voz y voto de todos los afectados, lo cual, además –se dice-, favorecerá el respeto del Derecho, porque todos lo verán en parte como cosa suya”, pág. 83.

¹³²¹ Sobre las distintas posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la legitimación, *vid.*, COBO OLVERA, T., *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 193 y ss.

¹³²² Sobre la clasificación doctrinal de los derechos de los administrados frente a la Administración en el procedimiento administrativo, *vid.* LADO CASTRO-RIAL, C., “Los derechos de los ciudadanos en relación con la actuación de las Administraciones públicas”, *Derecho Social y Administración Pública, Libro homenaje a Manuel Peláez Nieto*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2013, pág. 231-233.

¹³²³ Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 67. Derechos del interesado en el procedimiento administrativo.

¹³²⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 35 relaciona los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

estimen oportunas, que pueden ser orales¹³²⁶ así como proponer las pruebas que estimen convenientes, etc.

Una vez instruido el expediente, el menor y sus progenitores o el tutor tienen derecho a que la entidad pública les ponga de manifiesto el expediente, a través de la fase de audiencia¹³²⁷, siendo este trámite “esencialísimo y hasta sagrado”¹³²⁸, por

¹³²⁵ MESEGUER YEBRA, J., “El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, mayo, 2014, a propósito de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, “La única regulación general de este derecho, aparte del referente de la CE, se encontraba en los arts. 35.h) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). Además, el art. 3.5 de la LRJPAC dispone que en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación, principios que han obtenido respaldo judicial (...). Sin embargo, todos los operadores jurídicos y la jurisprudencia han coincidido en reconocer las insuficiencias y lagunas de esta normativa, que difícilmente podía dar satisfacción a las expectativas generadas por el reconocimiento constitucional del derecho de acceso”, págs. 4-5, pero hay que tener en cuenta que la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 dispone que la normativa reguladora de cada procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

¹³²⁶ PARADA, R., *Derecho Administrativo, I, Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2012, lo denomina “una suerte de vista oral”, y sostiene que aunque la Ley 30/1992 no regula este trámite “nada impide al instructor configurarlo”, pág. 212.

¹³²⁷ Sobre esta fase, *vid.* RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *Indret* 2/2014, pág. 17.

¹³²⁸ PARADA, R., *Derecho Administrativo, I, Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2012, la jurisprudencia considera “su omisión como causa de nulidad en cuanto produce indefensión de los interesados” pág. 215.

Sin embargo, la jurisprudencia entiende que la omisión del trámite de audiencia solamente es vicio invalidante si restringe o limita de manera efectiva la defensa de los intereses del interesado, Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 31 octubre 2011 (RC 6072/2009): “Nuestra jurisprudencia ha señalado que el alcance y la trascendencia de la falta del trámite de audiencia debe valorarse en función de las circunstancias concurrentes en el caso examinado. (...) Así podemos citar la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2005, dictada en el recurso de casación 7668/1999, que afirma que la ausencia de determinados trámites esenciales puede equiparse al supuesto del artículo 62.1 e) de la Ley 30/92 pero siempre previa ponderación de las circunstancias concurrentes para observar si esa limitación en la posibilidad de formular alegaciones ha supuesto limitación o supresión de la posibilidad de defender legítimas expectativas o intereses. En el presente caso, la sentencia de instancia ha considerado que no se ha producido vicio o defecto radical procedimental causante de indefensión real y efectiva, limitadora del derecho de defensa de una concreta pretensión”.

Por otro lado, no procede la fase de audiencia al interesado cuando no se toman en cuenta más documentos que los aportados por el recurrente, ni siquiera cuando la Administración haya recabado un informe preceptivo, así la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), 21 abril 2009 (RC 6906/2005), Fundamento Jurídico tercero: “Pasando al análisis de los motivos de casación vemos que en el motivo primero la parte recurrente al amparo del artículo 88 1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción del artículo 84.4 de la Ley 30/92, (...) es claro, como refiere la parte recurrente que en ese trámite no era precisa la audiencia del interesado conforme a lo dispuesto en el artículo 84.4, de la Ley 30/92, en atención a que el citado precepto autoriza a la Administración a prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la

lo que considero que en el procedimiento de protección del menor no puede prescindirse de este trámite ni siquiera en el caso planteado por el artículo 84 de la Ley 30/1992, “cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

En esta fase el menor, los padres, tutores o guardadores del menor podrán efectuar las alegaciones que estimen pertinentes y cuando las personas anteriormente citadas no hayan podido ser oídas se dejará constancia en el expediente de los motivos a que tal hecho obedezca. Se practicarán en esta fase las pruebas que se estimen pertinentes y en especial, la pericial, la documental y la testifical, observando las prevenciones contempladas en el artículo 60.3 de la Ley 14/2002, de 25 de Julio.

Es necesario hacer la precisión sobre la capacidad de obrar del menor de edad ante la entidad pública, ya que en sede administrativa, el menor de edad no emancipado goza de una capacidad de obrar ampliada respecto al ámbito civil, de

resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, y ese es el supuesto de autos, pues el interesado presentó y además debía presentar toda la documentación exigida para obtener la inscripción del producto interesado y la Administración le denegó la inscripción en base a los propios documentos y datos aportados por el interesado y siendo ello así, es claro que en ese trámite no era exigida la audiencia conforme al artículo 84 más atrás citado y además no se le había ocasionado al interesado indefensión alguna, cuando la Administración a la petición y documentación aportada le aplica lo que a su juicio dispone la normativa aplicable y que era y debía ser conocida por el interesado”.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) nº 1253/2006 de 3 de julio de 2006, en su Fundamento de Derecho cuarto indicó lo siguiente: “La configuración jurisprudencial de lo que por precisión total del procedimiento legalmente establecido ha sido finalista y, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento -lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados «de plano»-, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento común -o unas reglas comunes de procedimiento- añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial -esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados- y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la identificación del procedimiento específico establecido para ese acto concreto”

acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 30/1992¹³²⁹, ante la administración los menores de edad gozan de capacidad de obrar, sin la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela, en el ejercicio y defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación permita el ordenamiento jurídico-administrativo.

La legitimidad que se otorga a los menores de edad para actuar frente a la Administración y, en concreto, frente a la entidad pública se supedita, en general, a la exigencia de ser titular de derechos o intereses legítimos, tal y como se desprende del artículo 31 de la Ley 30/1992¹³³⁰, esta ampliación de la capacidad de obrar del menor de edad, frente a la entidad pública tiene una capital importancia, dado que cualquier procedimiento de protección que lleve a cabo la entidad pública el menor será siempre parte interesada, pero incluso le faculta para instar el inicio de un expediente administrativo de protección, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva respecto a sus derechos y garantías como parte del procedimiento.

En su relación con la Entidad pública, el menor de edad podrá actuar por sí mismo o a través de un representante¹³³¹ que en sede administrativa, frente a la

¹³²⁹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 30: "Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad 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. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate".

¹³³⁰ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 31.

¹³³¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 32, "Representación.

1. Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.

2. Cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas.

3. Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.

4. La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran".

regla general en los procesos judiciales, tiene naturaleza de “representación voluntaria no profesionalizada”¹³³², por lo que el menor puede encomendar esta representación a persona distinta de los titulares de la patria potestad o de la tutela, siendo la forma de acreditar dicha representación poco formalista a través de cualquier medio válido en Derecho que deje constancia de la misma o mediante declaración en por comparecencia personal del propio menor, es más no es necesario su acreditación para las gestiones de mero trámite¹³³³, como no podría ser de otro modo, el representante deberá tener capacidad de obrar.

2.3.2.3. Consideración de la audiencia al menor en el procedimiento

Cuestión primordial en el procedimiento administrativo de valoración de una situación de desprotección¹³³⁴, será la audiencia al menor¹³³⁵, que en su

¹³³² PARADA, R., *Derecho Administrativo, I, Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 202.

¹³³³ COBO OLVERA, T., *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2008, “de acuerdo con el art. 32 de la Ley 30/1992 es más congruente con la figura de la representación, pues si a una persona se le ha otorgado la posibilidad de que represente a otra, debe ejercitar las funciones propias de dicha representación lo más ampliamente posible. (...) cuando actué una persona distinta de la interesada alegando que lo hace en representación de ésta, el órgano administrativo la admitirá como tal sin que pueda exigir que se acredite tal representación”, pág. 199.

¹³³⁴ Observación General Comité de los derechos del niño CRC/C/GC/12, nº12 (2009) de 20 de julio sobre el derecho del menor a ser escuchado, en las modalidades alternativas de acogimiento:

III, 97. Deben introducirse mecanismos para garantizar que los niños que se encuentren en todas las modalidades alternativas de acogimiento, en particular en instituciones, puedan expresar sus opiniones y que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en los asuntos relativos a su acogimiento, a las normas relativas al cuidado que reciban en familias u hogares de guarda y a su vida diaria. Entre esos mecanismos cabe mencionar los siguientes:

- Legislación que otorgue al niño el derecho a disponer de información acerca de todo plan de acogimiento, cuidado y/o tratamiento, así como de verdaderas oportunidades de expresar sus opiniones y de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo el proceso de adopción de decisiones.

- Legislación que garantice el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta al organizar y establecer servicios de cuidado adaptados a los niños.

- Establecimiento de una institución competente de seguimiento, como un defensor del niño, un comisionado o una inspección, para seguir de cerca el cumplimiento de las normas y reglamentos que rigen el modo en que se ofrece cuidado, protección o tratamiento a los niños de conformidad con las obligaciones derivadas del artículo 3. El órgano de seguimiento, en virtud de su mandato, debe tener acceso ilimitado a las instituciones residenciales (incluidas las destinadas a los niños en conflicto con la ley) para escuchar directamente las opiniones e inquietudes de los niños y debe verificar en qué medida la propia institución escucha y tiene debidamente en cuenta las opiniones de los niños.

- Establecimiento de mecanismos efectivos, por ejemplo, un consejo representativo de las niñas y los niños en la institución de cuidado residencial, con atribuciones para participar en la formulación y ejecución de las políticas y de todas las normas de la institución.

fundamentación teórica ya vimos al tratar el principio del interés del menor; el derecho fundamental a ser oído ello ha supuesto que todas las normativas autonómicas de protección social y jurídica de los menores¹³³⁶ hayan recogido la obligatoriedad de ese trámite que se constituye en requisito esencial de los procedimientos administrativos de cualquier índole que supongan la posible toma de decisión de una Administración pública que afecte al menor¹³³⁷, así como en la regulación de otros ámbitos en los cuales un proceso administrativo pueda afectarles¹³³⁸.

¹³³⁵ Observación General Comité de los derechos del niño CRC/C/GC/12, nº12(2009) de 20 de julio sobre el derecho del menor a ser escuchado, apartado III, 53: “*Separación de los padres y formas sustitutivas de cuidado*. Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño. La intervención puede iniciarse a raíz de una queja de un niño, otro familiar o un miembro de la comunidad en que se denuncie el abuso o la negligencia en la familia”.

¹³³⁶ Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, en su artículo 37. 1, en relación con la audiencia del menor y de sus padres o guardadores: “Con independencia de los casos en que, según la ley, resulte preciso que preste su consentimiento, el menor, cuando sus condiciones de madurez lo permitan y siempre si fuere mayor de doce años, ha de ser oído en los procedimientos administrativos conducentes a su declaración en situación de riesgo o de desamparo, así como para la adopción de las concretas medidas de protección que pretendan aplicársele, su modificación o cese. 2. En los procedimientos para la declaración de las situaciones de riesgo o de desamparo se asegurará en todo caso la audiencia de los padres, tutores o guardadores de hecho del menor, pero sin que la oposición o incomparecencia de los mismos pueda evitar el dictado de la resolución procedente”.

¹³³⁷ Vid. en ese aspecto, la normativa autonómica sobre los procesos sancionadores a los alumnos de educación obligatoria.

Observación General Comité de los derechos del niño CRC/C/GC/12, nº12(2009) de 20 de julio sobre el derecho del menor a ser escuchado III, 66: “Es más probable que un niño participe en un procedimiento administrativo que en uno judicial, porque los procedimientos administrativos son menos formales, más flexibles y relativamente fáciles de establecer mediante las leyes y normas. El procedimiento tiene que estar adaptado a los niños y ser accesible. Y en su apartado III, 67: “Como ejemplos de procedimientos administrativos que afectan a los niños pueden mencionarse los mecanismos para abordar cuestiones de disciplina en las escuelas (como suspensiones y expulsiones), las negativas a entregar certificados escolares y las cuestiones relativas al rendimiento, las medidas disciplinarias y las negativas a otorgar privilegios en los centros de detención de menores, las solicitudes de asilo de niños no acompañados y las solicitudes de licencias de conducir. En estos asuntos, el niño debe tener el derecho de ser escuchado y disfrutar de los demás derechos “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

¹³³⁸ FÁBREGA RUIZ, C. F., “La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en su expediente de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial”, Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, GARCÍA CASTAÑO, F. J., KRESSOVA, N., (coords.), Granada: Instituto de Migraciones, 2011, págs. 865 y ss, en concreto el autor dice que hay que tener “en cuenta que el artículo 2 LOPJM establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva lo que nos sirve de base para admitir que nuestro derecho recoge la tesis de la denominada capacidad de obrar progresiva lo que supone el reconocimiento de la capacidad procesal del menor maduro para intervenir en los procedimientos de repatriación como si fuera mayor de edad y ello por encontrarnos ante una materia de carácter

Hay una cuestión que de prosperar el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹³³⁹ quedará resuelta tal y como se ha abordado en otros ordenamientos jurídicos, nos referimos al derecho que debe tener el menor a ser informado sobre su derecho de audiencia en cualquier proceso, tal y como señala el artículo 388-1 del Código civil francés¹³⁴⁰, de acuerdo con las recomendaciones del Comité de los derechos del niño: “Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto”¹³⁴¹. En concreto, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dispone para el artículo 9. 1, de la Ley Orgánica 1/1996: “El menor tiene derecho a

personalísimo en el que, de acuerdo con la regulación del Código Civil (artículo 162), se excluye la representación legal y se permite la actuación del menor si este tuviera suficiente madurez. Sabemos que la doctrina civil es clara y precisa al negar capacidad procesal a los menores no emancipados en el ámbito del proceso civil tal como se deduce de los artículos 7 y 8 LEC, pero esta no es trasladable automáticamente al ámbito del procedimiento administrativo o de la jurisdicción contencioso-administrativa toda vez que la capacidad procesal de los menores tiene una regulación específica y diferenciada en los artículos 30 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, pág. 867.

¹³³⁹ Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹³⁴⁰ MASSIP, J., “Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice. - (observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application)”, *Droit de la famille*, n° 9, septiembre, 2010, étude 22 : “*le juge doit s'assurer que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat. Et le nouvel article 338-1 du Code de procédure civile précise que cette information est délivrée par les parents, le tuteur, la personne ou le service à qui l'enfant a été confié. (...) La preuve que les informations prévues par l'article 388-1 ont bien été données peut être rapportée, selon la circulaire de la Chancellerie, par un écrit signé des parents ou du gardien de l'enfant, qui précisera si le mineur souhaite ou non être entendu et, dans l'affirmative, s'il désire être entendu seul, avec un avocat ou accompagné d'une tierce personne*”.

¹³⁴¹ Observación General Comité de los derechos del niño CRC/C/GC/12, nº12(2009) de 20 de julio sobre el derecho del menor a ser escuchado, III, 41.

ser oído y escuchado sin discriminación alguna por discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, aunque sus opiniones deban ser valoradas en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, accesible y adaptado a sus circunstancias”, y completando la garantía del menor de su derecho a ser oído, el artículo 9.3 propuesto por el Proyecto de Ley Orgánica: “Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

Como ya habíamos mantenido, una pieza esencial que debe ser manejada en la determinación del interés superior del menor es la propia opinión del menor sobre su situación, haciendo efectivo su derecho a ser escuchado¹³⁴². En el procedimiento será oído el menor que haya cumplido doce años y el que, sin alcanzar dicha edad, tenga madurez y capacidad suficientes^{1343, 1344} pudiendo ejercer este derecho por sí mismo o por medio de representante por él designado¹³⁴⁵.

¹³⁴² La Audiencia Provincial de la Rioja (Sección 1.ª), sentencia nº 263/2008 de 19 septiembre, fundamento tercero: “no puede recaer una decisión de tanta transcendencia en un menor y el hecho de que el menor deba ser oído, como ha ocurrido en el presente supuesto, no implica necesariamente que su opinión deba ser determinante a la hora de atribuir la guarda y custodia a uno u otro progenitor, pues su opinión ha de ser tenida en cuenta siempre que pueda inferirse que tiene un criterio formado e independiente. (...) Es conveniente pues valorar esta preferencia o deseo con la relatividad que aporta su edad, su grado de madurez y discernimiento y la situación actual con la que conviven”

¹³⁴³ MASSIP, J., “Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice. (observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application)”, *Droit de la famille*, nº 9, septiembre, 2010, étude 22: “Là encore, il s'agit d'une notion subjective qui doit être appréciée au cas par cas, en fonction de la nature de l'affaire, et qui ne doit pas prendre seulement en considération l'âge de l'enfant”.

¹³⁴⁴ Observación General Comité de los derechos del niño CRC/C/GC/12, nº12(2009) de 20 de julio sobre el derecho del menor a ser escuchado, III, 10: “Las condiciones de edad y madurez pueden evaluarse cuando se escuche a un niño individualmente y también cuando un grupo de niños decida expresar sus opiniones. La tarea de evaluar la edad y la madurez de un niño se ve facilitada cuando el grupo de que se trate forma parte de una estructura duradera, como una familia, una clase escolar o el conjunto de los residentes de un barrio en particular, pero resulta más difícil cuando los niños se

2.3.3. Toma de decisión y planificación de la intervención

El procedimiento administrativo sustanciado por la entidad pública con el fin de establecer y evaluar la situación real del menor desemboca necesariamente en una resolución^{1346, 1347}, que, salvo que las normativas sectoriales autonómicas dispongan otro plazo¹³⁴⁸, deberá ser dictada y notificada en el plazo máximo¹³⁴⁹ de tres meses a partir del conocimiento o noticia del caso, excepcionalmente, atendida la especial complejidad del caso o la imposibilidad probada para llevar a cabo alguna de las actuaciones o trámites esenciales y siempre que la situación del menor lo permita, podrá acordarse una prórroga por igual tiempo.

expresan colectivamente. Aunque se encuentren con dificultades para evaluar la edad y la madurez, los Estados partes deben considerar a los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a los niños que se expresan colectivamente o recabar sus opiniones.”; III, 20: “Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”.

¹³⁴⁵ Hay que recordar que en el proceso judicial, la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, de 29 de junio de 2009 determinó que “los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”.

¹³⁴⁶ Vid., MESENGUER YEBRA, J., *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 2000.

¹³⁴⁷ Sobre posibilidad de terminación del procedimiento por mediación, vid. BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Una apuesta por la mediación administrativa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2014, parte Estudio, “el alcance de la mediación es, de por sí, más amplio que el de un acto administrativo decisorio o la resolución de un recurso administrativo o jurisdiccional, porque, a diferencia de estos, no tiene una naturaleza intrínsecamente jurídica. La mediación administrativa en todos los casos ha de ejercerse dentro de los límites del Derecho, pero no tiene que basarse, como en la resolución de los recursos, sólo en elementos jurídicos, sino puede tener en cuenta factores de equidad y de justicia material, y, en general, todos aquellos elementos de oportunidad que permitan alcanzar una solución razonable y satisfactoria para las partes. Es más, a través de la mediación se puede pretender y conseguir el compromiso de modificar normas, particularmente las reglamentarias, cuando su aplicación pura y dura genera situaciones injustas”.

CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, enero, 2013, en cuanto a la terminación convencional y su relación con la mediación, el autor señala “la modulación se ha dirigido a ratificar el apoderamiento general de la terminación convencional del procedimiento, y al tiempo, introduciendo de forma clara la posibilidad de utilizar la mediación dentro de un conjunto de formas compositivas”, pág. 10.

¹³⁴⁸ Artículo 58.1 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

¹³⁴⁹ Sobre notificación, vid. Sentencia Tribunal Constitucional 30/2014 de 24 de febrero de 2014.

A través de la resolución se exterioriza la voluntad de la entidad pública, que no puede ser otra que el archivo de las actuaciones por considerar que no existen razones fundadas para considerar al menor en situación legal de desprotección, o por el contrario, declarando al menor como sujeto protegido, estableciéndose, en el caso que nos ocupa, su situación jurídica en el marco del 172.1 y 172.2, así como el recurso de materialización que le corresponde dentro de las señaladas por el artículo 172.3 del Código civil¹³⁵⁰.

La Ley Orgánica 1/1996 establece que esa resolución debía ser motivada¹³⁵¹, y así se ha contemplado en todas las normativas autonómicas¹³⁵², y esta exigencia¹³⁵³ puede plantearse de manera directa¹³⁵⁴, toda decisión reposa

¹³⁵⁰ O en el futuro 172 ter del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹³⁵¹ En consonancia con el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, considera este requisito como un elemento básico del interés superior del menor, tal y como se desprende del nuevo artículo 2.5: "Toda medida en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: (...), d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas".

¹³⁵² Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 67 Resolución:

1. La apreciación de la situación de desamparo y la adopción de medidas en situaciones de desprotección será acordada mediante resolución motivada en la que se expresarán los supuestos de hecho que configuran cada caso y las medidas y actuaciones de protección adoptadas.

2. El plazo máximo para dictar resolución y notificarla será de tres meses a partir del conocimiento o noticia del caso por cualquiera de los medios contemplados en el artículo 58.1 de esta Ley. Excepcionalmente, atendida la especial complejidad del caso o la imposibilidad probada para llevar a cabo alguna de las actuaciones o trámites esenciales y siempre que la situación del menor lo permita, podrá acordarse una prórroga por igual tiempo.

En relación con el artículo 57 de dicha Ley: "Tanto la declaración de la situación de desamparo como la adopción de cualquier medida de protección deberán ser acordadas mediante resolución motivada que revestirá forma escrita, previa propuesta o informe de la Comisión de Valoración (...)"

¹³⁵³ Sentencia Tribunal Constitucional 59/2011, de 3 mayo, Fundamento Jurídico 3: "Por lo que se refiere al deber de motivación, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ha recordado este Tribunal que, si bien este deber de motivar los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria, tal deber alcanza una dimensión constitucional".

En el ámbito judicial, Sentencia del Tribunal Supremo 323/2012 de 25 de mayo, Fundamento Jurídico segundo: "Se reproduce a continuación la doctrina de la Sala en materia de falta de motivación: *"La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la*

necesariamente sobre un determinado número de motivos¹³⁵⁵, es decir, razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión, ya que lo contrario convertiría la decisión de la Administración en arbitraria¹³⁵⁶,¹³⁵⁷ y por otra parte con el contenido

arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones [...] (STC 77/2000, así como las SSTs 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTs 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que "las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho" y todo ello, "ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón". La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con el Art. 469.1, 2º LCE, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con la consiguiente aplicación de lo dispuesto en la Disposición final 16 LEC", (cursiva en el original).

¹³⁵⁴ Hay que tener en cuenta la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la necesidad o no de motivar las resoluciones que apliquen conceptos jurídicos indeterminados, Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), 12 diciembre 2000 (nº de Recurso: 233/1999), Fundamento de Derecho Quinto, 4: "hay un solo interés público, y la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida. Y para ese margen de apreciación suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación. Ello es lo que explica que en la mayoría de sus manifestaciones no esté establecida la exigencia formal de la motivación. El control ha de ser realizado, pero no desde la averiguación de cuál pudo haber sido el interés público legitimador de la actuación administrativa, sino desde el diferente parámetro de la racionalidad de esta última". También *vid.*, CORDÓN MORENO, F., "El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 1 septiembre 2003, págs. 141-169: "La primera técnica de control a la que me referiré persigue delimitar el concepto mismo de discrecionalidad excluyendo de él todos aquellos supuestos que, por suponer la aplicación por parte de la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, no formen parte de ella, sino de su actuación reglada", pág. 149.

En el mismo sentido, DESDENTADO DAROCA, E, "Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el consejo general del Poder Judicial. Un análisis crítico", *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 139, 2008, págs. 555-574.

¹³⁵⁵ Sentencia Tribunal constitucional 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, Fundamento Jurídico 6. "En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada".

¹³⁵⁶ En ese mismo sentido, WALINE, J., *Droit administratif*, Dalloz, París, 2012, pág. 428 (paragraphe 408).

de la motivación sería un fraude de ley si la entidad pública se limitase a una motivación lacónica o estereotipada¹³⁵⁸.

En los procedimientos de protección de los menores la motivación se constituye en elemento sustantivo del acto¹³⁵⁹, debiendo incluir en la misma tanto el

¹³⁵⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) 24 noviembre 2009 (RC 5083/2007), Fundamento de Derecho cuarto: “La Sentencia no aceptó que como manifestaba la recurrente la conducta de la Administración fuera arbitraria cuando requerida para que motivase porque sancionaba a la recurrente y, sobre todo, cuando se intentó probar el trato discriminatorio frente al resto de las entidades que realizando idénticas prácticas no eran sancionadas aceptó que así era, pese a lo cual se limitó a sancionar a la demandante, única entidad elegida por la Asociación de Consumidores y Usuarios para ser objeto de su denuncia.

Esa diferencia de trato debió ser explicada por la Administración y al no hacerlo incurrió en arbitrariedad, conducta proscrita constitucionalmente para todos los poderes públicos, y así debió reconocerlo la Sentencia de instancia que lejos de ello mantuvo que como la Administración al sancionar actuaba dentro de la legalidad no había posibilidad de incurrir en arbitrariedad, declaración claramente errónea cuando de lo que se trataba era de explicar no el trato desigual sino el tratamiento arbitrario consistente en sancionar a alguien por algo que era notorio practicaban cuantos se dedicaban a la misma actividad, aún cuando no hubieran sido denunciados por ello”.

¹³⁵⁸ DESDENTADO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, *R.V.A.P.*, nº 84, 2009, págs. 85-133: “De acuerdo con la concepción clásica, ampliamente consolidada en nuestra doctrina y jurisprudencia, la motivación es un elemento puramente formal del acto que consiste en la exteriorización de las razones que justifican la decisión, esto es, en la expresión de un elemento sustantivo, o de fondo, que son los motivos. Sin embargo, algunos autores, como T. R. Fernández e Igartua Salaverría, consideran que la motivación es un elemento central en la distinción entre las decisiones administrativas arbitrarias y las que no lo son, y que la ausencia o insuficiencia de la motivación exigida por el artículo 54.f) de la LRJPAC implica ya, por sí misma, la existencia de una decisión basada en la exclusiva voluntad de quien la adopta y, por tanto, arbitraria. Otros autores mantienen una tesis más matizada. Así Fernando de Pablo y Ponce Solé entienden que debe reconsiderarse la concepción tradicional de la motivación como elemento formal y afirman que cuando la decisión no se ha motivado o está insuficientemente motivada y en el expediente no existen elementos justificadores de la misma, la motivación se convierte en un requisito sustancial o de fondo y su ausencia o insuficiencia determina que el acto deba considerarse materialmente contrario a Derecho por arbitrario. Por el contrario, si en el procedimiento existen elementos de juicio suficientes que respaldan la resolución, la motivación deberá considerarse un simple elemento formal”, págs. 86-87.

No es suficiente con emplear de fórmulas estereotipadas, debe acreditarse o justificarse su concurrencia, en este sentido, en Sentencias Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso) 25 septiembre 2012 (nº de recurso 6430/2011) y 16 octubre 2012 (nº de recurso 6431/2011), con cita de las Sentencias Tribunal Supremo de 30 enero 2007 (nº de recurso 4670/2002), 19 julio 2007 (nº de recurso 10848/2004), 13 mayo 2008 (nº de recurso 10280/2004), 18 julio 2008 (nº de recurso 6547/2005).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la falta o escasa motivación atenta contra el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 Convención Europea de Derechos Humanos, entendiéndose que las razones detalladas en la resolución deben ser lo suficientemente detalladas “para permitir a los padres o tutores participar en las siguientes tomas de decisiones, recurriendo sus resoluciones de manera adecuada”, (epígrafe 4 de la Sentencia de 14 de enero de 2003, asunto K.A. contra Finlandia).

¹³⁵⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 21 junio 2010 (nº de recurso 4848/2009), Fundamento de Derecho cuarto: “De ese modo esa notificación que contenía el contenido íntegro del acto, es decir, la decisión que trasladaba a su destinatario, aún a falta de su motivación, era plenamente eficaz cuando el recurrente inquirió acerca de sus razones o motivación y

elemento puramente formal de la motivación como los elementos de fondo o sustantivos por los cuales la entidad pública decide, de acuerdo con el principio de congruencia¹³⁶⁰, la situación jurídica del menor, teniendo en cuenta todas las cuestiones que desde el inicio se hayan planteado, o que hayan podido surgir durante la investigación y que puedan ser objeto de decisión¹³⁶¹, por lo que deberá expresar el supuesto de hecho, los informes sobre los que se fundamenta la decisión¹³⁶², los criterios de valoración que se aplicados, justificando “por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado de la decisión”¹³⁶³.

Esta necesidad de motivación no es sino una garantía para el menor y su familia “La exteriorización de la justificación de la elección mediante la motivación es esencial (...) Hay que tener en cuenta que la vaguedad del concepto hace difícil saber cuál ha sido la interpretación del precepto aplicada al caso por la Administración, con lo que, en ausencia de exteriorización de la fundamentación del acto, el particular se encontraría en una situación de clara indefensión y el control judicial se vería obstaculizado. Una interpretación no literal sino teleológica del artículo 54.1.f) de la Ley 30/92 debe llevar, pues, a su aplicación analógica en los casos en los que se ejercen potestades que requieren la interpretación y aplicación de conceptos que presentan un alto grado de indeterminación”¹³⁶⁴.

Además, la obligación de motivación proporciona la información necesaria para establecer si es necesaria la intervención administrativa y cuál debe ser su

a partir de ese momento pudo interponer el recurso procedente. Siendo igualmente válida la notificación habida cuenta del modo en que se hizo utilizando el correo electrónico interno puesto que el recurrente así la aceptó”.

¹³⁶⁰ El artículo 89.1 de la Ley 30/1992, señala que “la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”.

¹³⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo. General II*, Lustel, Madrid, 2009, pág. 79.

¹³⁶² DE PALMA DEL TESO, A., “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, Marco jurídico de los servicios sociales: Realidad actual y perspectivas de futuro, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, “ La aceptación de informes, en particular el informe-propuesta emitido por el correspondiente equipo técnico, serviría de motivación siempre que se incorpore a la resolución administrativa el texto del informe, o de la parte del mismo que proceda (art. 89.5 LRJAP).”, pág. 279.

¹³⁶³ FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L. C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 26, enero 2012, págs. 211-258, pág. 250.

¹³⁶⁴ DESDENTADO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, *R.V.A.P.*, nº 84, 2009, págs. 85-133, págs. 90-91.

extensión, para valorar si la decisión responde al principio de proporcionalidad que debe presidir la actuación de la entidad pública, principio ese que cobra especial sentido en la protección extraordinaria de los menores en la cual es imprescindible porque de no existir esa proporcionalidad la actuación de la entidad pública sería ilegítima por muy loable y legítimo que sea el fin¹³⁶⁵.

La entidad pública debe asegurarse que su intervención es necesaria habida cuenta de los hechos y circunstancias que rodean la situación del menor concreto. No sería válido si la entidad tras analizar y sopesar los intereses en juego, formulase una regla absoluta que pudiese ser aplicada a situaciones similares, es indudable que con ello se ganaría seguridad jurídica pero no se estaría protegiendo el interés supremo del menor ya que el menor en este contexto no es una categoría absoluta por lo que solo hay un interés superior, el de ese menor concreto, y “la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida. Y para ese margen de apreciación suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación”¹³⁶⁶. En el acuerdo de calificación, la entidad se decanta por una interpretación concreta de la zona de incertidumbre del concepto jurídico indeterminado que debe estar debidamente explicitada¹³⁶⁷.

¹³⁶⁵ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto R.M.S. C. ESPAÑA (Demanda nº 28775/12), 18 de junio de 2013, apartado 85: “En el presente asunto, las capacidades educativas y afectivas de la demandante con respecto a su hija menor G. no han sido formalmente puestas en tela de juicio, aunque sus dos hijos mayores fueran entregados en acogimiento en familia extensa con el tío abuelo de su madre (párrafo 7 citado anteriormente). La asunción de la tutela de la niña fue tomada en razón a la situación de indigencia de la madre de G. en el momento de la toma de esta decisión sin que se haya tenido en cuenta su posterior evolución, En opinión del TEDH no se trataba más que de una carencia material padecida por la demandante que las Autoridades nacionales hubieran podido compensar con ayuda de otros medios que no fueran los de la separación total de la familia, medida última que no se puede aplicar más que en los casos más graves”. Y en su apartado 86: “El TEDH estima que las Autoridades administrativas españolas hubieran debido contemplar otras medidas menos radicales que la de tomar a su cargo a la niña”.

¹³⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso) 12 de diciembre de 2000 (RJ 2001/522), fundamento jurídico 5, continua “Ello es lo que explica que en la mayoría de sus manifestaciones no esté establecida la exigencia formal de la motivación. El control ha de ser realizado, pero no desde la averiguación de cuál pudo haber sido el interés público legitimador de la actuación administrativa, sino desde el diferente parámetro de la racionalidad de esta última”.

¹³⁶⁷ COSCUELLA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, en realidad, la teoría de los tres círculos “no hace sino reducir lo

En la resolución del procedimiento la actuación de la entidad pública se configura como una tarea de interpretación jurídica respecto a la cual solo tiene el privilegio de la decisión previa y de avanzar en la estimación propia de la realidad del concepto legal de desamparo o riesgo/desprotección, que es el concepto que se debe aplicar¹³⁶⁸. En este sentido, la decisión de la entidad pública no puede responder a razones de oportunidad sino a los criterios técnicos que han sido proporcionados por los informes a los que hemos hecho referencia, por lo que podemos entender que la denominada discrecionalidad técnica forma parte de los conceptos jurídicos indeterminados¹³⁶⁹, posición esta que no deja de ser contestada por la doctrina¹³⁷⁰ y la jurisprudencia^{1371, 1372}; en los conceptos jurídicos

más posible los supuestos de duda, pero no los evita enteramente, ya que en la zona de incertidumbre la validez de la solución adoptada por la Administración pública no tiene parámetros firmes de contraste y así lo ha entendido la jurisprudencia”, pág. 317.

¹³⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 136.

¹³⁶⁹ COSCUELLA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. “La discrecionalidad se distingue de los llamados conceptos jurídicos indeterminados (la doctrina alemana y española (...)) engloban la discrecionalidad técnica en los conceptos jurídicos indeterminados”, pág. 316.

¹³⁷⁰ La discrecionalidad técnica es para RAMÓN FERNANDEZ “un concepto odioso porque se puso en circulación un día con el único propósito de cerrar el paso al control jurisdiccional de las decisiones de la Administración en cuya base se encuentra un juicio o una valoración de carácter técnico”, RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Navarra, 2008, pág. 253.

¹³⁷¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), 6 marzo 2012 (nº de recurso 6180/2010), sobre la adjudicación directa de la concesión demanial sobre la cantera de Benzú (Ceuta), “concepto de discrecionalidad técnica se acomoda además de a estos supuestos en los que intervienen esos órganos evaluadores especializados, a aquellos otros en los que la Administración actúa sobre determinadas actividades, como ocurre en relación con algunos de los denominados sectores regulados, como los financieros, energéticos, de telecomunicación, nuevas tecnologías, medios audiovisuales etc. En definitiva existe discrecionalidad técnica cuando se reconoce por el ordenamiento jurídico a la Administración un ámbito de decisión propio para decidir sobre cuestiones únicamente técnicas o que responden a determinados conocimientos o experiencias profesionales. Mientras que por el contrario los conceptos jurídicos indeterminados responden a conceptos abstractos que recogen las normas y que permiten una decisión de la Administración y que no le permite optar por varias soluciones que pueden ser válidas sino por una sola que será la correcta. Y ello porque la aplicación de esos conceptos jurídicos indeterminados aún con el margen de apreciación que su halo de dificultad demanda se desenvuelve en el ámbito de una decisión reglada que no desnaturalice la recta interpretación de la norma”.

¹³⁷² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 12 de diciembre de 2012, (nº de Recurso: 204/2010), Fundamento jurídico 5 “lo primero que debe declararse es que, para resolver estos otros motivos de impugnación, son convenientes unas consideraciones previas sobre las siguientes cuestiones: (I) la diferenciación que ha de hacerse, dentro de las actuaciones encuadrables en la llamada discrecionalidad técnica, entre los aledaños y el núcleo del juicio técnico; (II) lo que puede exigirse a la motivación desde esa distinción; y (III) cuáles son los límites del control jurisdiccional en esa clase de actuaciones de valoración técnica. Respecto de esos aledaños, esta Sala viene señalando que están representados por la actividad preparatoria o periférica del juicio técnico,

indeterminados aplicados en la resolución, factores de riesgo, desamparo, interés del menor, no existe un margen valorativo para la entidad pública, la situación del existe de un modo objetivo con arreglo a estándares sociales o a normas científicas¹³⁷³, estándares¹³⁷⁴ o normas científicas que, como hemos visto, son contrastado por los profesionales que evalúan la situación del menor determinado si existe o no concurrencia con los supuestos de hecho del artículo 172.1 y 172.2 del Código civil siendo imprescindible la entrada a la discrecionalidad técnica¹³⁷⁵ ya que

y esta, a su vez, comporta la delimitación con claridad de la materia que haya sido objeto del juicio técnico, los criterios seguidos para la valoración técnica y la constancia de que para todo lo anterior se han observado los postulados constitucionales de igualdad, mérito y capacidad e interdicción de la arbitrariedad (artículos 9.3 , 14 , 23 y 103.3 CE). Sobre la motivación se ha dicho que no está sometida a unos rigurosos parámetros formales y, por ello, habrá de entenderse debidamente observada cuando el conjunto de las actuaciones permitan constatar con facilidad esos elementos que encarnan los aledaños”.

¹³⁷³ COSCUELLA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, “Tampoco aquí (en los conceptos jurídicos indeterminados) existe un margen valorativo para la Administración; la situación a la que se refiere el concepto jurídico indeterminado existe o no de modo objetivo, con arreglo a estándares sociales aceptados, (o, si incluimos la discrecionalidad técnica, con arreglo a normas científicas aceptadas), pág. 316.

¹³⁷⁴ VV.AA., BERCIANO, M. J., (Coord. general), *Instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo en los servicios sociales municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma Vasca*, Gobierno Vasco, Departamento de Empleo y Asuntos Sociales, 16, Marzo, 2009: “Este instrumento pretende ser complementario a los manuales y protocolos de actuación en situaciones de desprotección infantil publicados y actualmente en uso en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que definen el procedimiento técnico de intervención de los Servicios Sociales –tanto Municipales como Territoriales- en este tipo de situaciones. El instrumento se ha elaborado con el objetivo de ser incorporado a dichos manuales y protocolos. (...) el instrumento pretende desarrollar de forma más precisa los criterios para valorar en una familia:

1. la existencia de una situación de riesgo leve y desprotección hacia una persona menor de edad, y
2. en los casos de desprotección, valorar su gravedad para determinar si constituye una situación de riesgo moderado, riesgo grave o desamparo.

El instrumento no va a restar complejidad a estas tareas. Tampoco va a dar respuesta a todos los dilemas que puedan presentarse en la valoración e intervención en este tipo de casos ni puede sustituir al juicio profesional ni a la necesidad de una sólida formación. Los criterios que se proporcionan pretenden ser una herramienta que guíe y facilite el trabajo de los y las profesionales de los Servicios Sociales de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia, ayude a homogeneizar criterios para la toma de decisión y agilizar el proceso de intervención, promueva una mejor coordinación entre los ámbitos municipal y territorial y, en definitiva, colabore en el objetivo de mejorar la calidad de la atención proporcionada a estos niños, niñas y adolescentes y sus familias”.

¹³⁷⁵ El juicio técnico debe ser también motivado, FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L. C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 26, enero 2012, págs. 211-258, “como hemos visto en la evolución jurisprudencial, un paso decisivo lo constituye la necesidad de motivar el juicio técnico para, a continuación, desde el año 2007, proceder a la concreta determinación del contenido de la motivación. como ya hemos mencionado, la jurisprudencia establece que ese contenido debe cumplir al menos estas exigencias: a) señalar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; b) establecer los criterios de

esa determinación del “supuesto de hecho requiere de un gran volumen de información compleja o de conocimientos, métodos y criterios técnicos, científicos o de otra índole no jurídica”^{1376, 1377}, aunque es indudable que, dado el objeto de los informes, un menor y su familia en constante transformación, y la naturaleza de las ciencias sociales, la entidad pública carece de una información perfecta^{1378, 1379}.

De la calificación del grado de desprotección por la Entidad pública se va a derivar la medida de protección, hay una correlación entre los dos momentos de intervención por parte de la entidad pública, en primer lugar se produce una resolución administrativa de declaración de desamparo o de aceptación de la guarda a petición de padres o tutores. Y en segundo lugar, se determina qué técnica de protección se señala para ese menor: acogimiento institucional o familiar¹³⁸⁰; esta elección debe realizarla en virtud de la eficacia de la misma, aunque es cierto que dicha eficacia no solo depende de la medida concreta adoptada sobre el menor, hay que tener en cuenta otros factores como la colaboración de la familia, la

valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; c) justificar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado de la decisión, o al resultado que otorga la preferencia, en los supuestos de concurrencia competitiva, a una solicitud, una propuesta económica, un proyecto de financiación, un candidato frente a los demás”, pág. 250.

¹³⁷⁶ En ese sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 280.

¹³⁷⁷ Todas estas categorías, discrecionalidad técnica, débil, discrecionalidad volitiva, margen de apreciación, etc., nos interesan en tanto se refieren, en realidad, a un mismo *leitmotif* cuáles son los límites de decisión de la entidad pública.

¹³⁷⁸ AGUILAR VALDEZ, O., “Técnicas del control judicial de las decisiones de la Administración Económica”, *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, DE LA CUÉTARA, J. M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., VILLAR ROJAS, F. J., (coords.) La Ley, Madrid, 2011, pág. 586.

¹³⁷⁹ COSCUELLA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 316, “la discrecionalidad técnica es perfectamente revisable, tanto en cuanto al fondo, si mediante prueba se demuestra el error técnico cometido, como en los supuestos en que la Administración se haya apartado sin base precisamente de informe o propuesta técnica”.

¹³⁸⁰ ARROYO JIMÉNEZ, L., “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *InDret 1/2015*, enero 2015 “El proceso de exteriorización de la decisión es en ocasiones monofásico y se concreta en la adopción de una decisión a través de la cual se estiman o desestiman las solicitudes de los interesados. La valoración de las solicitudes forma aquí parte del proceso de formación de la voluntad del órgano administrativo. La selección del beneficiario de la decisión de adjudicación del recurso se configura como un acto de trámite y se incorpora a la motivación de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento (por ejemplo, la adjudicación de concesiones demaniales: arts. 96 LPAP, 75 LC, y 85 TRLP y s.). Por el contrario, el proceso de exteriorización de la decisión es otras veces bifásico, de manera que está integrado por dos resoluciones administrativas sucesivas: la que expresa el resultado de la decisión de selección y la que adjudica el derecho al beneficiario (por ejemplo, la resolución que pone fin al procedimiento selectivo y el nombramiento del funcionario: arts. 22 y 25 RGI, respectivamente (...),” pág. 32.

colaboración del propio menor y los recursos sociales puestos a disposición de la medida concreta.

2.3.3.1. Especiales requisitos de la notificación o comunicación

Es importante tener en cuenta que la eficacia de este acto administrativo va a depender de su conocimiento el interesado¹³⁸¹, es decir de su notificación que, como no podía ser de otro modo responde a los requisitos generales exigidos por la Ley 30/1992^{1382, 1383}, pero en nuestro caso, el trámite de notificación presenta unos caracteres especiales.

En primer lugar, respecto a los interesados en el conocimiento de la resolución, el artículo 172.1 establece que deberá ser notificando “a los padres, tutores o guardadores”, con la redacción dada al artículo 172 del Código civil por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,¹³⁸⁴ la resolución también deberá notificarse “al menor afectado si tuviese suficiente madurez y, en todo caso, si fuese mayor de 12 años”.

En segundo lugar, la especialidad también se plasma en las exigencias debidas en cuanto a su contenido, que en todo caso deberá contener el texto íntegro de la resolución, el órgano ante el que podrá impugnarse y el plazo de oposición, pero además deberá ser accesible e inteligible para el que la recibe¹³⁸⁵. En

¹³⁸¹ El artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se refiere a los efectos de los actos y dispone que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa” quedando su eficacia demorada “cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.

¹³⁸² Artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aprobado por el Consejo de Ministros 9 enero 1015, en su artículo 55 establece las condiciones generales para la práctica de las notificaciones.

¹³⁸³ El artículo 172.1 del Código civil establece que deberá ser notificado “en legal forma”.

¹³⁸⁴ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹³⁸⁵ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, el artículo 172 determina que esta información “será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor adaptada a su grado de madurez”.

tercer lugar, respecto al plazo de notificación no sigue la regla general de diez días a contar desde la fecha de la resolución contenida en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, dada la trascendencia de la voluntad de la entidad pública en la esfera jurídico personal de los interesados de los interesados, la entidad pública tiene un plazo máximo de cuarenta y ocho para notificar dicha resolución (artículo 172.1 del Código civil)¹³⁸⁶.

Por último y respecto a la forma de notificación, se exige que, siempre sea posible, la notificación se haga “de forma presencial” (artículo 172.1 del Código civil)¹³⁸⁷ y “(...) en el momento de la notificación se les informará (...) de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada” (artículo 172.1)^{1388, 1389}. Por último,

¹³⁸⁶ La redacción del nuevo artículo 172 establece que la notificación se deberá realizar “de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas”, según el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹³⁸⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 3 junio 2009 (RC 5551/2007): Fundamento jurídico cuarto: “ la publicación y la notificación de los actos administrativos, no son caminos indistintos, sino diferenciados de singular constancia de la persona o personas que han de ser notificadas, la pluralidad indeterminada de destinatarios y el conocimiento o ignorancia de su domicilio; al tratarse de decisiones administrativas con finalidad concreta, que afectan directa y específicamente a interesados cuya individualización y domicilio constan inequívocamente en el expediente no puede suplirse la exigencia contenida en el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de notificar a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses, por la publicación de éstas. Afirma que no puede suplirse la exigencia de la notificación contenida en el art. 79 de la LPA de notificar a los interesado”.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 21 junio 2010 (RC 4848/2009) Notificación por vía no prevista (correo electrónico) pero que cumple todos los requisitos y es aceptada por el destinatario, Fundamento de Derecho segundo: “es evidente que a partir de ese momento (en el que recibió el correo electrónico) el recurrente tuvo conocimiento de que se había dejado sin efecto la habilitación que le permitía el acceso a informaciones clasificadas UE. (...) Pues bien la notificación en cuanto contenía el texto íntegro del acto que consistía en dejar sin efecto o privarle de la habilitación que le permitía el acceso a informaciones clasificadas UE (...), permitía al recurrente tener perfecto conocimiento de la decisión que le afectaba, y que era eficaz, en cuanto producía el efecto de privarle de la autorización que hasta entonces poseía, de modo que en ese momento el recurrente se dio por notificado una vez que inquirió de la Autoridad que le notificaba que solicitase de la Autoridad española las razones de aquella privación. Ello sin olvidar que la comunicación recibida le advertía que podía interponer recurso frente a la decisión adoptada, recursos que serían los establecidos por el derecho interno español y así consta en el expediente administrativo. De ese modo esa notificación que contenía el contenido íntegro del acto, es decir, la decisión que trasladaba a su destinatario, aún a falta de su motivación, era plenamente eficaz (...). Siendo igualmente válida la notificación habida cuenta del modo en que se hizo utilizando el correo electrónico interno puesto que el recurrente así la aceptó”.

¹³⁸⁸ Sobre el intento de notificación *vid.*, Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Especial), de 3 diciembre 2013, y el comentario de FUERTES LÓPEZ, F. J., “Intento de notificación: perfección y acreditación. Modificación de la doctrina legal. (Comentario a la

el artículo 172 del Código civil establece que la resolución deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal¹³⁹⁰.

Ante la imposibilidad de poder notificar la resolución de forma ordinaria, la entidad pública ordenará la publicación del acto administrativo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 59 y 60 de la Ley 30/1992¹³⁹¹. En la publicación de la resolución, la entidad pública debe tener en cuenta que su publicidad puede afectar al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, dado que la información que contiene hace referencia a los datos personales y situación familiar de los interesados, por lo que la publicación omitirá toda aquella información que pueda ser lesiva, principalmente en lo relativo a los datos del menor¹³⁹².

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2014, (parte Comentario).

¹³⁸⁹ En ese mismo sentido se pronuncia el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹³⁹⁰ Obligación que se refleja de igual forma en la nueva redacción del 172 que realiza el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹³⁹¹ Y en relación a la resolución de desamparo, Sentencia Audiencia Provincial de Málaga 313/2010, de 8 de junio, Fundamento de Derecho Segundo: “Fundamenta la recurrente estas peticiones (...) en la alegación de que en el expediente administrativo en que se dictó la Resolución de desamparo, no ha habido notificación personal, ni tampoco de la Resolución de Acogimiento Familiar permanente del menor, habiendo acudido al cauce de la notificación por vía edictal, alegándose indefensión. (...) Planteado así el debate de la alzada, alega, en primer lugar la recurrente, que concurre una nulidad radical del procedimiento administrativo de acogimiento, así como del procedimiento administrativo de desamparo del menor, del que trae causa el primero citado, pues, en el procedimiento de desamparo, no le han sido notificados ninguno de los trámites seguidos por la administración. (...). El intento infructuoso de notificación determinó la notificación edictal en el Boja, medio de notificación, perfectamente válido y conforme a derecho en el campo administrativo. (...) a efectos de notificaciones de las resoluciones de la administración, han de tenerse en cuenta las normas administrativas, en cuyo campo, (...), basta un solo intento de notificación en el domicilio del interesado que obra en el expediente (en el caso de autos debidamente acreditado) y que éste sea infructuoso, para poder acudir a la vía edictal. La Sentencia en cuestión, que cita la apelante, en el fundamento de derecho sexto, fija doctrina legal en materia de notificaciones administrativas, viniendo, en suma a establecer que por intento de notificación debidamente acreditado, ex artículo 58 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, debe entenderse el intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/92, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado (caso de autos como evidencia el expediente administrativo), intento, tras el cual, sigue afirmando el Tribunal Supremo, habrá de procederse en la forma prevista en el apartado 4 del citado artículo 54 de la Ley 30/92”.

¹³⁹² TOSCANO GIL, F., “Publicación de actos administrativos y protección de datos de carácter personal”, *Revista General de Derecho Administrativo* 31 (2012), págs. 1-39, “Cuando, como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y de la implantación de la Administración electrónica, esa publicación no se lleva a cabo por los medios tradicionales, en papel, sino a través de medios electrónicos, las posibilidades de que la publicación

2.3.3.2. Consideración sobre la obligación de la entidad pública de resolver

Es indudable que aunque el procedimiento se inicie a instancia de parte en base al 172.2 del Código civil o que la denuncia del interesado se considere como iniciación de parte, dado que el objeto del procedimiento es dilucidar la situación de desprotección de un menor, no cabe la terminación del mismo por desistimiento¹³⁹³ de parte, en este sentido, el Tribunal Supremo, después de analizar la naturaleza y límites del desistimiento en el procedimiento administrativo, examina el significado del "interés general", como causa legitimadora para denegar el desistimiento presentado por quién promovió el inicio del procedimiento administrativo, concluyendo que debe ser constreñido a ese procedimiento concreto "únicamente es el que aparece, late y resulta inherente al propio procedimiento administrativo en que se sustancia dicha cuestión y que precisa de la conclusión del mismo, a pesar del desistimiento formulado. Y no se refiere, por tanto, al interés general latente en otros procedimientos administrativos, en conexión más o menos intensa con aquel en el que se ha producido el desistimiento"¹³⁹⁴; más aún, añade la sentencia que "el interés general no puede confundirse con el interés de la Administración o con la mera conveniencia administrativa"¹³⁹⁵.

Así mismo, en el caso del procedimiento de calificación de la situación jurídica del menor en el marco del artículo 172.2 tampoco cabe la caducidad¹³⁹⁶ por inhibición de los progenitores o tutores en el procedimiento, habida cuenta de la obligación de la entidad pública de continuar con la evaluación del riesgo para

del acto administrativo afecte al derecho a la protección de datos se multiplican. La Agencia Española de Protección de Datos (...) se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en esta línea, como puede verse, entre otros, en el Informe 0145/2010 sobre "Publicación de datos personales en tablón de anuncios electrónico", págs. 3-4.

¹³⁹³ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 90 regula el ejercicio del desistimiento o renuncia; y en su artículo 91 establece los medios y efectos de dichas acciones.

¹³⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Contencioso-Administrativo) de 27 de mayo de 2011 (RC 2182/2007), Fundamento jurídico 6.

¹³⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Contencioso-Administrativo) de 27 de mayo de 2011 (RC 2182/2007), Fundamento jurídico 7.

¹³⁹⁶ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respecto a la caducidad regula en el artículo 92 los requisitos y efectos de la misma.

establecer una declaración de desamparo si se comprueba una real situación de desprotección.

Otra cuestión respecto a la obligación de resolver que tiene una especial transcendencia en los procedimientos de protección de menores es la situación legal provocada por la inactividad de la entidad pública de dictar la resolución de dicho procedimiento en los plazos legales establecidos¹³⁹⁷. Nos referimos al silencio administrativo, porque “el incumplimiento, como premisa, de la obligación de dictar y notificar dicha resolución en todo procedimiento, el sentido estimatorio o desestimatorio de su vencimiento, y los efectos de acto presunto, en el primer caso, o de mera ficción para recurrir, en el segundo, integran la arquitectura del silencio administrativo”¹³⁹⁸. La Ley 30/1992, con las modificaciones introducidas por la Ley 25/2009¹³⁹⁹, señala las consecuencias de esa inactividad en función de si el procedimiento es iniciado de oficio¹⁴⁰⁰ o a petición de parte¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 42. 1.

¹³⁹⁸ BALLESTEROS MOFFA, L. Á., “Crisis del silencio administrativo negativo”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº 6, 2013, pág. 2.

¹³⁹⁹ La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incorpora parcialmente la Directiva comunitaria 2006/123 modificó la Ley 30/1992 de Procedimiento administrativo con una generalización del silencio administrativo positivo.

¹⁴⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso) de 15 de diciembre de 2010, (nº de recurso 5539/2009), Fundamento de Derecho séptimo: “En el de aprobación de planes de iniciativa particular, el silencio será negativo. Y ello porque la “potestad pública de ordenación del territorio y del suelo es insustituible, de manera que no cabe atribuirle, de forma directa o indirecta, a los sujetos privados en el ejercicio del derecho de propiedad o de libertad de empresa (...)”

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 44 referido a la consideración de falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio.

¹⁴⁰¹ El artículo 43 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lleva como rúbrica general: “Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado”, y dispone expresamente:

1.-“En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo.

2.-Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al

Con independencia de si el procedimiento de determinación de la situación de desprotección del menor ha sido iniciado de oficio o a instancia de parte, hay que tener en cuenta que el inicio del procedimiento, (incluso antes con la investigación previa), legitima a la entidad pública a realizar actuaciones que implican una clara intromisión en su esfera de privacidad y supone la incorporación provisional del menor al sistema de protección a través de la apertura del expediente correspondiente, e incluso, si es necesario con el establecimiento de medidas cautelares. Esta situación provisional debe desembocar en una decisión concreta que determine exactamente la posición legal del menor en uno u otro sentido, lo contrario sería mantener al menor y su familia en un limbo de indefinición que atenta contra sus derechos de manera frontal, por ello podemos considerar la inactividad de la entidad pública como una “conducta claramente ilegal y contraria al ordenamiento jurídico”¹⁴⁰².

En general, del análisis de las normativas autonómicas, se detecta que la voluntad del legislador se ha decantado por considerar los procedimientos de declaración de la situación de desprotección que se deducen del 172.1 y 172.2 del Código civil desde la perspectiva de sus consecuencias sobre la titularidad o, en su caso sobre la guarda, de la patria potestad o de la tutela, y no sobre el derecho del menor a ser protegido, por lo que anudan la inactividad de la entidad pública de resolver en el plazo legal a la caducidad del procedimiento¹⁴⁰³, con la consiguiente resolución que ordene su archivo, o con el silencio negativo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el objeto del procedimiento es la protección de un menor cuya situación de riesgo o desamparo deriva de la acción u omisión de los progenitores respecto a las funciones legales de protección que se le encomiendan, no pudiendo entenderse que sea un procedimiento sancionador o

dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efectos desestimatorio”.

¹⁴⁰² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso) de 15 noviembre 2010 (RC 1332/2009).

¹⁴⁰³ DE PALMA DEL TESO, A., “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, Marco jurídico de los servicios sociales: Realidad actual y perspectivas de futuro, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, “efectos de determinar las consecuencias del transcurso del plazo legalmente previsto para su tramitación se ha configurado como un procedimiento susceptible de producir efectos desfavorables y, por ello, la consecuencia es la caducidad del procedimiento”, pág. 280.

desfavorable para el menor¹⁴⁰⁴, por lo tanto, es inadmisibile que el legislador se haya decantado en los iniciados de oficio, caso del artículo 172.1 del Código civil, por la opción establecida del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, considerando que la entidad pública ejerce en estos procedimientos “potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen” y por lo tanto la caducidad del procedimiento; y sin embargo no conceda a la inactividad el efecto de silencio administrativo negativo contemplado en artículo 44.1 de la Ley 30/1992, ya que el procedimiento de desamparo, enfocado desde los derechos del menor, encuentra mejor cabida en el supuesto de hecho establecido en dicho artículo, “procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo”, permitiendo al menor la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente¹⁴⁰⁵.

Y en relación con el procedimiento de protección iniciado a instancia de padres o tutor de acuerdo con el artículo 172.2 del Código civil, la inactividad de la entidad pública tendrá efectos estimatorios o desestimatorios dependiendo de cómo hayan abordado la misma en sus normativas sectoriales; por lo tanto, la petición se entenderá desestimada en aquellas Comunidades Autónomas que, a través de norma con rango de ley, han optado por establecer que su inactividad tendrá la naturaleza de silencio administrativo negativo¹⁴⁰⁶, acogiéndose a la

¹⁴⁰⁴ Por otra parte tampoco para los progenitores, aunque la contractualización de determinadas medidas de protección pueden llevar a considerar como sanción los efectos de su incumplimiento.

¹⁴⁰⁵ Respecto al 1º apartado del nuevo artículo 43 Ley 30/2992, GARCÍA PÉREZ, sostiene que “Este primer apartado del reformado artículo 43 recoge el contenido de los apartados 1 y 2 de la Ley 30/1992 incorporando, por exigencias de la Ley 17/2009, la referencia a las “razones imperiosas de interés general” para determinar los supuestos en los que una norma con rango legal puede establecer silencio negativo. Se introduce, pues, un nuevo elemento que deberá condicionar las excepciones que las leyes pretendan hacer al silencio positivo. No bastará una norma de rango suficiente –la realidad puso de manifiesto la disposición del legislador a excepcionar el silencio positivo- sino que será necesario, en el futuro, justificar que existe una razón imperiosa de interés general para hacerlo”, GARCÍA PÉREZ, M., “El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009”, *AFUDUC*, 14, 2010, 421-439, pág. 429.

¹⁴⁰⁶ A título de ejemplo:

Andalucía, Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, no contiene especificaciones al respecto.

Aragón Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, no tiene especificaciones al respecto.

Castilla-La Mancha Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia, no contiene especificaciones, y su Decreto 4/2010, de 26/01/2010, de protección social y jurídica de los menores en Castilla-La Mancha, artículo 15. 6, sobre La guarda administrativa voluntaria: “La resolución en que se acuerde la aceptación de la guarda administrativa voluntaria será dictada (...), en el plazo máximo de tres meses desde la solicitud, (...). Transcurrido el plazo para resolver el procedimiento sin que haya recaído y notificado resolución expresa, la persona interesada podrá entender desestimada la solicitud, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/2006, de 20 de diciembre, que establece el Régimen Jurídico aplicable a la Resolución Administrativa en determinadas materias, sin perjuicio de la obligación de la Administración de dictar resolución expresa”. Sin embargo no contiene ninguna disposición en el caso de actuación de oficio (desamparo).

Castilla y León, 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, en su artículo 22, que trata de la resolución en casos de situación de riesgo o desamparo, el punto 7: “Si transcurriera el plazo máximo establecido en el artículo 67 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, o la prórroga acordada sin que la resolución sea dictada de manera expresa y notificada, se entenderá producida la caducidad del procedimiento, debiendo declararse la misma mediante resolución que ordenará el archivo de las actuaciones”.

Cataluña, Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, en su artículo 106.6 Procedimiento de desamparo: “El procedimiento finaliza por resolución motivada que declara la situación de desamparo o, en caso contrario, ordena el archivo del expediente. La Administración tiene la obligación de dictar la resolución en el plazo de un año a contar desde la incoación del expediente. Transcurrido este plazo sin que se haya dictado la resolución, el procedimiento se entiende caducado, sin perjuicio de su nueva incoación, si procede (...)”; y el artículo 119. 3, Guarda protectora: “La resolución administrativa de guarda debe determinar la obligación de los progenitores u otros parientes de contribuir al sostenimiento del niño o el adolescente en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

Navarra, Decreto Foral 7/2009, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia, se limita a establecer que el procedimiento que declare una situación de desprotección debe finalizar por resolución, el artículo 32.1 resolución que pone fin al procedimiento: “la resolución que declare la existencia o no existencia de una situación de desprotección deberá estar debidamente motivada, con relación de hechos y fundamentos de derecho que justifiquen la decisión adoptada”.

Valencia, Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor en la Comunitat valenciana, en relación con el desamparo, el artículo 29.2: “Si no se dicta y notifica resolución expresa en el plazo de seis meses, se entenderá que el procedimiento ha caducado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. A tal efecto, la persona titular de la dirección territorial competente en materia de protección de menores dictará resolución administrativa declarando la caducidad del procedimiento y ordenando el archivo de actuaciones”. Y en relación con la guarda a petición de los padres o tutor, el artículo 40. 1 dispone: “La persona titular de la Dirección Territorial competente en materia de protección de menores, en resolución motivada, podrá acordar la asunción de la guarda, (...) y en el artículo 40.2: “Si no se notifica resolución expresa en el plazo de seis meses, la solicitud de asunción de guarda se entenderá desestimada”.

posibilidad contemplada en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de acuerdo con la redacción que introdujo la Ley 25/2009¹⁴⁰⁷,¹⁴⁰⁸. Ahora bien, en aquellas que no han regulado el efecto negativo de su inactividad por disposición normativa con rango de ley o, directamente, las normativa sobre protección guardan silencio sobre este particular, entiendo que el efecto de esta inactividad debe ser estimatorio de la solicitud por ser ajustado a lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, norma que resulta de aplicación subsidiaria en lo no previsto específicamente para los procedimientos administrativos de protección regulados por las Comunidades Autónomas: “Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, y no estando afectada la solicitud por las excepciones relacionadas por dicho artículo 43.2 de la Ley 30/1992: “Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como

¹⁴⁰⁷ Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incorpora parcialmente la Directiva comunitaria 2006/123 modificó la Ley 30/1992 de Procedimiento administrativo con una generalización del silencio administrativo positivo

¹⁴⁰⁸ Sobre las cada vez más frecuentes excepciones a la regla general del silencio positivo:

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso) de 25 de Junio de 2014 (rec.3111/2012), Fundamento de Derecho tercero: “Y en cuanto al segundo motivo, porque en el mismo, con invocación de haberse infringido por la sentencia el artículo 43 de la Ley 30/1992, se pretende obtener de la inactividad de la Administración ante lo pedido un efecto de silencio positivo que resulta improcedente, a la vista de que la petición formulada afecta con carácter general a la potestad de organización de un servicio público y por eso exceptuada de aquel efecto, en aplicación del principio recogido en el apartado segundo del mencionado art. 43”.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso) de 7 de octubre de 2014 (rec.3887/2012), Fundamento de Derecho tercero: “La razón por la que, habida cuenta de las circunstancias del presente caso, no cabría el silencio administrativo ni siquiera si se entendiese que el procedimiento administrativo se había iniciado a solicitud del interesado es que (...) la finalidad perseguida con la solicitud de 6 de junio de 2009 no era tanto el reconocimiento de un derecho de la recurrente, como la supresión de una situación jurídica favorable (...) en que ellas se encontraban. Y esta supresión de la situación jurídica favorable de terceros se produciría, de acogerse la tesis de la recurrente sobre el silencio administrativo positivo, sin que las personas afectadas hubieran sido oídas dándoles la oportunidad de defender sus intereses. La audiencia del interesado, máxime cuando puede verse privado de un derecho o interés, es un principio general del procedimiento administrativo con anclaje en el art. 105 CE, que no puede ser soslayado. Ello significa que, a la hora de determinar el alcance del silencio administrativo positivo, no puede pasarse por alto si las personas eventualmente afectadas han tenido ocasión de hacerse oír”.

los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efectos desestimatorio”¹⁴⁰⁹.

Ahora bien, desde la consideración de efectos estimatorios a la solicitud de protección, hay que tener en cuenta que la aceptación de la guarda del menor tiene unos efectos jurídicos inmediatos y es la suspensión de la guarda de padres o tutores y el alejamiento del menor de la vivienda familiar, el menor adquiere el derecho subjetivo a la prestación de acogimiento, por lo que la entidad pública debe necesariamente establecer un acogimiento para ese menor, porque así viene establecido en el 172.3 del Código civil, pues sería un contrasentido de acuerdo con la actual regulación legal que por el carácter estimatorio frente a su inactividad, la entidad pública asuma la guarda de un menor y este continúe habitando con los progenitores o tutor que es de donde proviene el riesgo.

El silencio administrativo en ningún caso puede considerarse un verdadero acto de resolución, con independencia de la eficacia positiva o negativa que legamente se atribuya a la inactividad para resolver, porque “ni el silencio positivo ni el negativo hacen emerger un acto, sino una mera ficción del acto como si hubiera habido acto”^{1410, 1411}, y no exime a la entidad pública la obligación de resolver,

¹⁴⁰⁹ En ese mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 1848/2009 de 9 de octubre de 2009, en el recurso presentado por la Asociación de Minusválidos de Alcorcón contra la ORDEN 2386/2008 de 17 de diciembre, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración del programa individual de atención, las prestaciones económicas y servicios y el régimen de incompatibilidades, solicitando la anulación de los artículos de dicha Orden que establecían el silencio negativo en dichos procesos (necesariamente iniciados a instancia de parte), una vez transcurrido el plazo establecido para resolver, Fundamento de Derecho cuarto, considera de acuerdo con el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 “y como quiera que en el supuesto de autos el procedimiento para el reconocimiento del grado y nivel de dependencia se inicia a instancia de parte, no incurre en cualquiera de las excepciones contempladas en la ley y no existe norma de rango legal o comunitaria que disponga el efecto negativo de la ausencia de resolución en el plazo legalmente establecido ha de entenderse estimada por silencio positivo la correspondiente solicitud del interesado, procediendo en este punto la estimación del recurso contencioso administrativo”.

LAFUENTE BENACHES, M. M., “El reconocimiento de la situación de dependencia por silencio administrativo”, *Revista General de Derecho Administrativo* 24 (2010), hace una crítica a la sentencia de 9 de octubre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que reconoce el sentido estimatorio del silencio administrativo a la hora de reconocer el derecho a la dependencia de los solicitantes, pág. 21 y ss.

¹⁴¹⁰ Sobre la doctrina jurisprudencial, *vid.* sentencia Tribunal Constitucional 6/1986, de 12 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2014, de 10 de abril de 2014, relativa la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2918-2005, planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en relación con el artículo

aunque esa resolución tardía tenga unos efectos diferentes respecto al silencio positivo o negativo¹⁴¹², además de que la entidad pública deberá responder en su caso por los daños o perjuicios causados menores y a sus familias como consecuencia de su inactividad.

Bien es cierto que esta ficción legal faculta al interesado para impugnar en vía administrativa o judicial la situación jurídica derivada de una resolución administrativa expresa, pero no es menos cierto que esa posibilidad no resuelve la situación creada para el menor y su familia a los que ya se había incluido en el sistema de protección por los indicios de riesgo del menor y que permanecen a la espera de una decisión que resuelva dicha situación. Para los menores y su familia, esta inactividad supone un “claro caso de maltrato institucional”¹⁴¹³,¹⁴¹⁴. La entidad pública con su incumplimiento del mandato contenido en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992 genera una clara inseguridad jurídica.

2.3.3.3. El derecho del menor a la existencia de su expediente o Plan del Caso.

El procedimiento se materializa en el expediente administrativo que se define como el conjunto ordenado de cuantos documentos pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y actuaciones sirvan de antecedente y

46.1, segunda frase, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁴¹¹ Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aprobado por el Consejo de Ministros 9 enero 2015, texto sometido a información pública el 16 de enero de 2015, en su artículo 38. 2: “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”.

¹⁴¹² Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su artículo 43 que: “La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado 1º del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio”.

¹⁴¹³ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *InDret*, 2/2014, pág. 19.

¹⁴¹⁴ BALLESTEROS MOFFA, L. Á., “La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 33, mayo, 2014, “no hay silencio sin previo procedimiento orientado a su terminación normal o anormal por resolución expresa”, pág. 6/29.

fundamento a la resolución administrativa, así como de las diligencias encaminadas a ejecutarla

A través de su articulado el legislador autonómico distingue, como no podía ser de otro modo, el procedimiento del expediente administrativo, en el cual se integran de manera ordenada los documentos y actuaciones que constituyen el fundamento de la voluntad administrativa materializada en la resolución administrativa¹⁴¹⁵. Por todas, el artículo 66 de la Ley 14/2002¹⁴¹⁶ de Castilla y León señala que la entidad pública deberá elaborar un Plan del Caso, “(...) recogerá al menos las decisiones, técnicas y administrativas, y las medidas adoptadas, así como los criterios y actuaciones de carácter técnico a desplegar para la protección del menor hasta su integración definitiva, e incluirá los motivos y objetivos de la acción protectora, su modalidad, los contenidos y programación de la intervención, y los recursos y actuaciones precisos para llevarla a cabo”¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (s. 10ª) de 1 de julio de 2013, Fundamento jurídico segundo: “En el presente caso, de la simple lectura del expediente administrativo, (...), se desprende de forma categórica, que ya sea por ignorancia, imposibilidad, defecto de aptitudes sociales, incultura, marginación o cualquier otra razón que se quiera buscar incluidas el posible alcoholismo, enfermedad mental (epilepsia) etc., y sin que la Sala entienda que se han producido o buscado de propósito tales circunstancias por los progenitores, lo único cierto es que el menor lleva desde hace muchos años en una situación de absoluta desatención material que justifica cumplidamente la adopción de la tutela automática y la declaración de desamparo, que, se repite una vez más, ha de obedecer a circunstancias objetivas, que en el caso presente se dan, aunque no sean maliciosas o intencionadas y ello pese a haberse adoptado todo tipo de ayudas y cautelas buscando el interés del citado menor”.

¹⁴¹⁶ Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 66 Plan de Caso:

“1.- Como consecuencia de la evaluación y para aquellos supuestos en que se determine la necesidad de adopción de alguna medida de protección, se elaborará un Plan de Caso que recogerá las principales decisiones acordadas para proteger al menor con vistas a proporcionarle una integración definitiva, segura y estable.

2.- A tal efecto, el documento, que será único, recogerá al menos las decisiones, técnicas y administrativas, y las medidas adoptadas, así como los criterios y actuaciones de carácter técnico a desplegar para la protección del menor hasta su integración definitiva, e incluirá los motivos y objetivos de la acción protectora, su modalidad, los contenidos y programación de la intervención, y los recursos y actuaciones precisos para llevarla a cabo.

3.- En la elaboración del Plan de Caso se procurará la implicación y colaboración de la familia y del menor, y se considerará la voluntad manifestada por éste, especialmente cuando haya cumplido los dieciséis años”.

¹⁴¹⁷ Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, modificado por el Decreto 28/2009, de 20 de febrero, del Consell, en su artículo 7, en sus apartados 4 y 5:

“4. La entidad pública competente en materia de protección y adopción de menores en cada ámbito provincial abrirá un expediente personal a cada menor. Dicho expediente será único en el ámbito territorial de la provincia.

En el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se establece un artículo 19 bis en la Ley Orgánica 1/1996, que no es sino el reflejo de lo que ya estaba presente en las normativas autonómicas; en dicho artículo 19 bis se establece la necesidad en los casos de guarda voluntaria o tutela *ex lege* de un plan individualizado para cada menor con una de esas medidas de protección que comprenderá los objetivos, la previsión y plazo de aquellas medidas necesarias de intervención en la familia de origen, a fin de solventar las circunstancias que dieron lugar al alejamiento del menor de la misma¹⁴¹⁸

En la elaboración del Plan de Caso se dará audiencia al menor y a su familia a fin de procurar su implicación y colaboración.

El expediente deberá contener todos los documentos, informes, resoluciones administrativas y judiciales de cualquier índole que afecten al menor.

5. Todo menor respecto al que la Generalitat haya adoptado una medida de protección jurídica dispondrá de un Plan de Protección de Menores elaborado por la Dirección Territorial competente en materia de protección de menores, que recogerá todos los elementos necesarios para el desarrollo, ejecución y revisión de la intervención que se realice con el menor y, en su caso, con su familia”.

¹⁴¹⁸ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en su artículo 19 bis. Disposiciones comunes a la guarda y tutela:

“1. Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individual de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar.

En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades.

2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados.

3. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

4. Cuando se proceda a la reintegración familiar, la Entidad Pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor.

5. En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad. 5. En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responda a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad.”

2.3.4. Efectos de la resolución de la entidad pública en el acceso del menor al acogimiento familiar

La emisión de la resolución declarando al menor sujeto de la protección del 172.1 y 2 del Código civil tiene carácter constitutivo, es a partir de ese momento cuando el menor adquiere el *status* legal específico de menor sujeto de una de las medidas de protección contempladas en el 172.1-2 del Código civil, que le hace acreedor de la prestación que el artículo 172.3 del Código civil establece para dicho *status* legal, el acogimiento institucional o familiar, prestación que se determinará en función de cuál de ellas convenga mejor al interés del menor.

La resolución de declaración de desamparo o de asunción de la guarda a petición de los interesados trae consigo una cadena de transformaciones de las relaciones jurídicas de los implicados; el efecto inmediato es el reconocimiento de una nueva situación legal de los progenitores o tutores con respecto a sus hijos, ya que se la resolución tiene como efecto la suspensión de la patria potestad en el primer supuesto o de las funciones inherentes al contenido de la guarda derivada de patria potestad o a la tutela, en el segundo.

A su vez, se produce una nueva posición jurídica de la entidad pública que asume la titularidad de la tutela que le corresponde automáticamente y anudada a ella la guarda del menor en virtud del 172.1 del Código civil, o asume solo la titularidad de la guarda, en el caso del 172.2 del Código civil¹⁴¹⁹, lo que crea una nueva relación jurídica entre la entidad pública y el menor; y por último, siendo consustancial a las situaciones planteadas en el marco 172.1 y 2 lo dispuesto en el artículo 172.3 del Código Civil que establece que la guarda “como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial”, se produce una relación jurídica entre la entidad pública y los acogedores institucionales o familiares y entre estos y el menor que reciben en acogida.

¹⁴¹⁹ DE PALMA DEL TESO, A., “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, Marco jurídico de los servicios sociales: Realidad actual y perspectivas de futuro, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, la autora sólo señala una relación “da lugar a una relación jurídica continuada o de tracto sucesivo entre la Administración y el menor y sus responsables legales”, pág. 281.

Ahora bien, el que la resolución establezca que la medida que atiende mejor al superior interés del menor protegido es el acogimiento familiar no implica automáticamente que el menor acceda al servicio público de acogimiento familiar. Para que el menor adquiriera el *status* de usuario del servicio público de acogimiento familiar es necesario que este se formalice mediante el correspondiente acto administrativo en el marco de lo dispuesto en el artículo 173 del Código civil¹⁴²⁰, formalización común a todos los tipos de acogimiento familiar¹⁴²¹.

El acogimiento familiar como servicio público, y con independencia de qué finalidad o modalidad nos refiramos, supone un proceso con unas fases concretas, cuyo *iter* procedimental responde a una determinada estructura de dicho servicio. Del estudio de la normativa autonómica que reglamenta dicha actividad se infiere que la medida de acogimiento familiar responde a unas fases similares en todas ellas¹⁴²², a saber:

- 1.- Sensibilización, captación de familias acogedoras a través de campañas de información.
- 2.- Recepción de solicitudes de las personas interesadas en acoger.
- 3.- Estudio de dichas solicitudes, con evaluación de los candidatos.
- 4.- Declaración de idoneidad.
- 5.- La inclusión de los idóneos en Registro de solicitantes.
- 6.- Resolución estableciendo la medida de acogimiento familiar de un menor concreto.

¹⁴²⁰ Vid. la redacción dada al artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1996 por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁴²¹ Vid., sobre clasificación de los distintos tipos de acogimiento familiar, MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., "El acogimiento familiar. Regulación, régimen jurídico y naturaleza. Estudio de las distintas clasificaciones de los acogimientos. Su relación con otras figuras jurídicas", *Revista de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, nº 21, octubre 2003, págs. 35-71.

¹⁴²² Por ejemplo, Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo. Pero por ser una de las más recientes reglamentaciones, haremos referencia principalmente al Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, su artículo 8. Fases. Las fases de la medida de acogimiento familiar serán: 1. Declaración de idoneidad: se evalúa y resuelve la idoneidad de los solicitantes de acogimiento familiar, en función del tipo de la medida solicitada. 2. Selección de los acogedores idóneos. 3. Formalización de la medida de acogimiento familiar.

- 7.- Selección del acogedor adecuado para ese menor concreto.
- 8.- Preparación de los acogedores y del menor para facilitar el acoplamiento.
- 9.- Formalización del acogimiento.
- 10.- Seguimiento del acogimiento y evaluación del mismo¹⁴²³.

Por lo tanto, antes de la formalización del acogimiento familiar, los organismos públicos responsables del servicio público de acogimiento familiar deben haber realizado una determinada actividad para contar con la existencia de una persona que haya manifestado su voluntad de ser acogedora. La selección de las personas susceptibles de ser acogedores se sustancia de acuerdo con un procedimiento administrativo, que responde a las fases establecidas en las normativas autonómicas sectoriales que en todo caso están sujetas a la Ley 30/1992¹⁴²⁴, con las especificidades que hayan establecido de las Comunidades Autónomas. Es un procedimiento que se inicia a petición de parte, con la solicitud¹⁴²⁵ presentada por una persona privada ofertándose como acogedor; continua con la fase de instrucción, en la que se realiza a necesaria evaluación de la aptitud y actitudes del peticionario¹⁴²⁶ con la elaboración del informe de valoración;

¹⁴²³ Por todos *vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *El acogimiento familiar en Andalucía*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2001, págs. 109-131.

¹⁴²⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁴²⁵ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 17. Solicitudes: “El procedimiento para la declaración de idoneidad para el acogimiento familiar se iniciará a solicitud de una persona física que cumpla los requisitos previstos y esté dispuesta a someterse a un estudio valorativo de las circunstancias sociales y psicológicas que permitan obtener un seguro conocimiento de su idoneidad para el acogimiento familiar, así como a los trámites o sesiones preparativas y formativas tendentes a asegurar la adecuada atención de un menor”.

¹⁴²⁶ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 24. Entrevistas: “Desde el Servicio competente en materia de familia e infancia se citará a los solicitantes para la realización de entrevistas para la valoración de su solicitud por parte del equipo técnico al que le sea asignado el expediente. Se podrán realizar cuantas entrevistas se consideren necesarias para verificar el cumplimiento de los criterios y requisitos necesarios para obtener la declaración de idoneidad, y al menos una de ellas tendrá lugar en el domicilio de los solicitantes. Durante las entrevistas se podrán realizar a los solicitantes pruebas o técnicas de evaluación psicológica, siempre que ello se considere necesario”.

para posteriormente, el órgano competente dictar la necesaria resolución¹⁴²⁷, que debe reunir los requisitos mínimos exigidos por la Ley 30/1992, que deberá ser notificada al solicitante de acuerdo con lo dispuesto en dicha Ley¹⁴²⁸.

Si la evaluación es positiva la resolución establece la idoneidad¹⁴²⁹ como acogedor, lo que supone ser incluido en el correspondiente registro de personas acogedoras y adoptantes previsto en las normativas autonómicas.

Dictada la resolución estableciendo la medida de acogimiento familiar de un menor concreto, se procede a la selección del acogedor que mejor se adapte a las

¹⁴²⁷ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 27. Resolución sobre la idoneidad: “1. De la propuesta de resolución, junto con el expediente, se dará traslado a la Dirección General competente en materia de protección de menores que dictará resolución motivada, que será congruente en todo caso con los criterios de la Comisión Técnica de Valoración y declarará la idoneidad, la no idoneidad o no idoneidad transitoria de los solicitantes”.

¹⁴²⁸ Siendo recurribles en vía administrativa y posteriormente en la contenciosa administrativa, Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 29. Impugnación de las resoluciones: “Las resoluciones de la Dirección General competente en materia de protección de menores que afecten a materia civil podrán ser impugnadas directamente, sin necesidad de reclamación administrativa previa, ante el Juzgado de Primera Instancia según lo dispuesto en los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contra aquellas resoluciones que se fundamenten en cuestiones de forma o procedimiento, que no afecten a materia civil, se podrá interponer el correspondiente recurso de alzada ante el titular de la Consejería competente en materia de política social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

¹⁴²⁹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015 define la idoneidad en su artículo 176. 3: “Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución.”, que aunque referida a los padres adoptivos puede ser válida para los acogedores.

Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 13. Definición de idoneidad: “Se entenderá por idoneidad para el acogimiento familiar, la calificación general por la que la Dirección General competente en materia de protección de menores reconoce la capacidad, aptitud, motivaciones y expectativas adecuadas de los solicitantes de acogimiento familiar para aceptar una relación de ayuda a un menor o menores, atender sus necesidades y cumplir las obligaciones establecidas legalmente, favoreciendo el respeto a sus señas de identidad que permitan su desarrollo integral”.

necesidades de dicho menor¹⁴³⁰, notificándole dicha decisión, para proceder, si muestra su conformidad, a la formalización del contrato de acogimiento familiar¹⁴³¹.

Hay que tener en cuenta, que de acuerdo con el artículo 173 del Código civil la formalización del acogimiento familiar existen dos vías diferentes de constitución, la regla general es la formalización administrativa¹⁴³² y, con carácter subsidiario, la constitución judicial cuando los padres que fueren conocidos y no hubiesen sido privados de la patria potestad o, en su caso, los tutores se opongan a la misma, tal y como dispone el artículo 173.3 del Código civil¹⁴³³, aunque Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴³⁴, no contempla esta posibilidad, pudiendo la entidad pública establecer el acogimiento familiar aún con oposición de los progenitores o tutor.

En el acogimiento administrativo, la entidad pública procederá a citar a las partes para la firma del acuerdo de acogimiento familiar, acuerdo en el que constarán todos los aspectos relacionados en el artículo 173.2 del Código civil,

¹⁴³⁰ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 32. 1. Selección de acogedores: “Detectada la necesidad de la adopción de una medida de acogimiento familiar para un concreto menor, se iniciará de oficio el procedimiento de selección entre quienes estén en posesión de calificación de idoneidad en vigor”, y en su artículo 35. 1 Procedimiento de selección: “El equipo técnico encargado del caso realizará un informe donde tras el análisis del caso, declarará el tipo de acogimiento que considera apropiado para el menor, y una vez estudiadas las posibilidades y aplicados los criterios a tener en cuenta, señalará a la familia que considera que ha de ser seleccionada”.

¹⁴³¹ En este proceso también es necesaria la audiencia del menor, obligación que también se mantiene en el proceso de selección efectuado por la entidad pública de la persona, familia o grupo educativo para el cumplimiento de medidas no privativas de libertad del menor infractor, (artículo 19 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), y “cuando sea el caso, a sus representantes legales”, PERIAGO MORANT, J. J., “Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores”, *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores*, LEGAZ CERVANTES, F., (direc. téc.), BUENO ARÚS, F., (coord.), Fundación Diagrama, Murcia, 2008, pág. 331.

¹⁴³² Como ya establecía el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

¹⁴³³ Sobre el control jurisdiccional de las medidas administrativas de protección de menores, *vid.* GONZÁLEZ PILLADO, E., “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *InDret* 2/2008.

Fiscalía General del Estado, Circular 8 /2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

¹⁴³⁴ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

reflejando “los siguientes extremos: 1.º Los consentimientos necesarios. 2.º Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo. 3.º Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido. b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria. Este contrato debe contar con el consentimiento de la entidad pública, de los acogedores, del menor si tuviese más de doce años y de los progenitores, si no estuviesen privados o suspendidos de la patria potestad, o del tutor. 4.º El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo. 5.º La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores. 6.º Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente”¹⁴³⁵.

¹⁴³⁵ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, da al artículo 20 de la Ley Orgánica un nuevo contenido respecto al contenido mínimo del acuerdo de acogimiento, en concreto en su apartado 3:

“A la resolución de formalización del acogimiento familiar a que se refiere el apartado anterior, acordada conforme a los términos previstos en el Código Civil, se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos:

- a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido.
- b) Los consentimientos y audiencias necesarias.
- c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora.
- d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
 - 1.º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor.
 - 2.º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
 - 3.º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria.
- e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora.
- f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa.
- g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.

En cuanto a los consentimientos necesarios para la formalización del contrato, el artículo 173.2 del Código civil establece como obligatorios “el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional a que hace referencia el apartado 3 de este artículo”.

Una vez formalizado y suscrito el acogimiento familiar, la situación jurídica de los implicados se mantiene hasta la terminación del mismo, cuyas causas vienen predeterminadas en el Código civil, en concreto en su artículo 173.4, establece que cesará por decisión judicial, por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública, a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía, por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores, o por resolución judicial cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez¹⁴³⁶.

h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada.

La resolución y el documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal”.

¹⁴³⁶Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, dispone en la redacción dada al 173.4. que el acogimiento familiar del menor cesará:

“a) Por resolución judicial.

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

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

d) Por la mayoría de edad del menor”.

3. EL OBJETO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR: LA GUARDA DEL MENOR

3.1. MARCO LEGAL DE LA GUARDA DE LOS ARTÍCULOS 172 Y SS.

El objeto o finalidad de cualquier servicio público, y esto ha sido una constante de su concepto desde su origen, no es otro que la satisfacción de una necesidad de interés público, que en nuestro caso se concreta en una prestación dirigida a satisfacer un derecho fundamental de todo menor a su protección y, en su caso, ubicación en un entorno que permita su desarrollo integral cuando el primer nivel legal tuitivo, padres o tutores, no cubran esa necesidad.

En la libertad del legislador para determinar cuáles ser esas necesidades esenciales de los menores y la determinación de los servicios destinados a cubrirla, nuestro ordenamiento jurídico se ha decantado por el acogimiento como prestación básica para hacer efectivo el derecho del menor a ser protegido cuando es necesaria la separación de su familia de origen en los supuestos de hecho contenidos en los artículo 172 y ss. del Código civil, cuya consecuencia común es el traspaso de la titularidad de la guarda del menor a la entidad pública.

Por lo tanto, la guarda del menor constituye la esencia del acogimiento regulado en el Código civil, es el objeto del servicio público del acogimiento familiar, dado que las dos situaciones jurídicas planteadas por el artículo 172 del Código civil¹⁴³⁷ (o en un futuro en el artículo 172 y 172 bis de acuerdo con el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴³⁸),

¹⁴³⁷ Artículo 172.1 Código civil: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda (...)”, suponiendo la suspensión de la patria potestad o de la tutela (artículo 172.1, 3º párrafo) y el 172.2. “Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario”.

¹⁴³⁸ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en la redacción del artículo 172. 1: “Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, asumirá por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá

asunción de la tutela *ex lege* por declaración de desamparo o asunción de la guarda a petición de los progenitores cuando no pueden cumplir con las funciones inherentes al contenido personal de la patria potestad o de la tutela, van a suponer en ambos casos porque esa ha sido la opción del legislador, la separación del menor de la familia de origen, la titularidad pública de la guarda del menor y su materialización a través del un recurso de sustitución de la familia de origen, estableciendo como tal el acogimiento institucional o familiar¹⁴³⁹.

El diseño de la protección establecido en los artículos 172 y ss. del Código civil constituye una clara limitación a la posibilidad que tendría la entidad pública de organizar de diferente manera la protección del menor que se encontrase en cualquiera de esas dos circunstancias, el Código civil, condicionando la capacidad de la Administración pública de crear y organizar los servicios públicos que considera esenciales para cubrir las necesidades de los ciudadanos¹⁴⁴⁰.

En todo caso, debería tener en cuenta que el principio general del interés del menor conjugado con la obligación pública de su protección supone el mantenimiento de este en el seno de su familia, por lo tanto, solo en situaciones excepcionales¹⁴⁴¹ cabe la separación del menor de su familia, y así lo señala el

adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria”.

Y en el artículo 172 bis. 1: “Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo”.

¹⁴³⁹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015:

Artículo 172 ter. 1: “La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido al menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores”.

¹⁴⁴⁰ Aunque la Administración pública en la organización del servicio de acogimiento familiar estaría necesariamente supeditada a lo dispuesto en los acuerdos internacionales, porque así se recoge en el artículo 39.4 de nuestra Constitución, y al principio del interés del menor tal y como establece el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, artículo que tiene el carácter de orgánico.

¹⁴⁴¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la separación de los menores de sus padres para la posterior colocación en una familia o en una institución supone una grave injerencia en el derecho a la intimidad familiar garantizada por el artículo 8 de la Convención Europea

artículo 9 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, que reconoce el derecho del menor a no ser separado de sus padres, salvo que sea por su interés y se den unas circunstancias extremas¹⁴⁴², y que debe ser relacionado con el artículo 20¹⁴⁴³, que señala que si se dan esas circunstancias le corresponde al Estado la obligación de sustituir a la familia de origen a través de la colocación¹⁴⁴⁴ del menor en una familia sustituta o en un establecimiento apropiado o, en su caso, de su adopción¹⁴⁴⁵, disposiciones que deben ser enmarcadas en lo dispuesto en el artículo 16 de dicha Convención que garantiza la protección legal del menor frente a las

de Derechos Humanos, por lo que semejante “medida debe estar amparada por consideraciones inspiradas por el interés del menor y que tengan suficiente peso y solidez”, OLSSON c. SUECIA, demanda nº 10.465/83, de 24 de marzo 1988, punto 72.

¹⁴⁴² Convención Internacional de Derechos del Niño, artículo 9: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

¹⁴⁴³ Convención Internacional de Derechos del Niño, artículo 20: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

¹⁴⁴⁴ En la versión en lengua francesa los términos son “*Cette protection de remplacement peut avoir la forme de placement dans une famille, (...) du placement dans une établissement approprié*”.

¹⁴⁴⁵ En aras a acotar el objeto de este trabajo, no entraremos a considerar la adopción.

injerencias la injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada de los poderes públicos contra su vida privada, su vida familiar¹⁴⁴⁶.

Junto a estas consideraciones hay que tener en cuenta que forma parte de la tradición civilista la consideración de la patria potestad y la tutela ordinaria, así como de la guarda como elemento integrante de ambas, como potestades encuadradas en el Derecho de Familia y sometidas a Derecho privado, con la consideración de poderes jurídicos predeterminados por el derecho objetivo y cuyo ejercicio está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de sus titulares ya que se confieren para dar satisfacción a un interés ajeno, el del menor; los poderes jurídicos de los que están investidas responden a una finalidad muy similar, la protección de los menores a ellos sometidos, en concreto su sostenimiento, educación, formación y desarrollo; están concebidas como un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable e imprescriptible que debe ejercerse de acuerdo con el superior interés del menor, pero no son inamovibles, pudiendo privarse total o parcialmente a sus titulares¹⁴⁴⁷.

Por ello para la mayoría de la doctrina civilista la guarda pública de los menores sobre los que haya recaído una resolución administrativa de declaración de desamparo o de aceptación de la solicitud de los padres o tutor ordinario es equivalente a las facultades que se predicán de ella en el Derecho de familia, concretándose en aquellas funciones tuitivas que atañen a la esfera personal del menor, tales como “velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y

¹⁴⁴⁶ Artículo 16. 1: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

¹⁴⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 315/2014, 6 de junio de 2014, sobre la concepción dinámica o estática del momento de la privación de la patria potestad.

procurarle una formación integral”¹⁴⁴⁸, con la finalidad de garantizar¹⁴⁴⁹ el desarrollo físico e intelectual del menor de una manera equilibrada¹⁴⁵⁰.

En este sentido, el Código civil estableció una coincidencia entre las funciones de guarda de los acogedores y las señaladas a los progenitores o tutores¹⁴⁵¹. Dicho lo cual y constituyendo la guarda la esencia de la actuación de la actuación de la entidad pública en el marco del 172 del Código civil¹⁴⁵², es necesario

¹⁴⁴⁸ Artículo 154 del Código civil respecto a los progenitores, artículo 269 respecto a los tutores y artículo 173 en relación a las funciones de los acogedores.

¹⁴⁴⁹ LLÁCER MATA CÁS, M. R., “La protección civil de los menores desamparados en el derecho catalán”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, PADIAL ALBÁS, A. M., (coord.), Ediciones de la Universidad de Lleida, Lleida 2012, pág. 13, continuando la autora “Los deberes propios de la guarda son el referente que identifican el contexto en que el menor desarrolla adecuadamente su personalidad y cuya infracción determina la situación de hecho perjudicial que activa la reacción de la Administración”, pág. 14.

¹⁴⁵⁰ En Cataluña, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, se establece la finalidad de la actuación de la entidad pública en este ámbito, así el artículo 6 *Desarrollo de las potencialidades personales*: “La crianza y formación de los niños y adolescentes debe garantizar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, de manera libre, integral y armónica, y debe potenciar en todo momento sus capacidades educativas y de aprendizaje, y procurarles el bienestar físico, psicológico y social”.

¹⁴⁵¹ BADOSA COLL, “La protección de menores en el derecho catalán. De la “guarda y educación” del menor a la “crianza y formación” del niño y del adolescente”, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, ESPIAU ESPIAU, S., VAQUER ALOY, A., (eds.), Pons, Madrid, 1999, pág. 49.

¹⁴⁵² En ese mismo sentido, las legislaciones forales, así el Código foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en su artículo 160, *Supuestos de guarda administrativa, en su punto 1*: “La entidad pública competente tiene la guarda de los menores e incapacitados declarados en situación de desamparo, así como la de aquellos que se hallen bajo su tutela por delación dativa”; y en su punto 2 recoge los supuestos asunción de la guarda temporal por delegación voluntaria de los titulares de la autoridad familiar o de la institución tutelar que, por circunstancias graves y ajenas a su voluntad, no puedan cuidar de los menores o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en los que legalmente proceda.

En Galicia la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, en su artículo 11 dispone que “Corresponde a la administración la guarda de las personas menores: 1.º Como función inherente a la tutela administrativa asumida por la entidad pública en los casos en que se declare el desamparo. 2.º Cuando a solicitud de los titulares de los deberes de protección la entidad pública acceda a asumirla provisionalmente. 3.º Si así lo acuerda el juez en los casos en que legalmente proceda”. Y en su artículo 14. 1. El cuidado y protección del menor será ejercido por la entidad pública correspondiente mediante el acogimiento del menor. 2. El acogimiento puede ser familiar o residencial. En el primero, el cuidado y protección del menor será ejercitado por la persona o personas del grupo familiar determinadas por la entidad pública. En el acogimiento residencial la guarda será ejercitada por el director del centro o institución en que sea acogido el menor”.

En Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, no contiene referencia a la expresión guarda, sin embargo en la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en su artículo señala que la Ley “tiene por objeto regular el régimen de la guarda y custodia de los hijos menores de edad en el supuesto de ruptura de la convivencia de sus padres”.

Tampoco la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, hace referencia al término guarda, así en su artículo 228-3, en relación con los efectos de la declaración de desamparo dispone en su punto 1 que “La declaración de desamparo

intentar aproximarnos a su concepto y determinar si esa similitud que aparece recogida en los textos legales debe ser tal y, en su caso, intentar en su caso dar respuesta a los interrogantes que plantea el análisis de la guarda del 172, dado su ubicación sistemática de esta figura en el Libro I, Título VII, De las relaciones paterno-filiales, y en concreto en el capítulo V, De la adopción y otras formas de protección de menores, ubicación que, indudablemente condiciona el análisis y estudio de la guarda del 172¹⁴⁵³.

3.2. CONSECUENCIAS DE LA ASUNCIÓN DE LA GUARDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

Tal y como está regulada esta figura en el Código civil, la primera consecuencia de la adjudicación de la titularidad de la guarda a la entidad pública ex artículo 172.1 y 2 del Código civil es la ruptura del derecho/deber de los

comporta la asunción inmediata, por la entidad pública competente, de las funciones tutelares sobre el menor, mientras no se constituya la tutela por las reglas ordinarias o mientras el menor no sea adoptado o reintegrado a quien tenga su potestad o tutela, o mientras no se emancipe o llegue a la mayoría de edad. Estas funciones comprenden las mismas facultades que la tutela ordinaria, y se aplica a ellas lo establecido por el capítulo II, salvo lo que se oponga a la regulación específica del presente capítulo o al régimen propio de la entidad pública, de acuerdo con la legislación sobre la infancia y la adolescencia"; y en su punto 2: "La asunción de las funciones tutelares implica la suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida". Artículo que debe relacionarse con el artículo 221-1, que señala que: "Las funciones de protección de las personas menores de edad, de las que no pueden gobernarse por sí mismas, si no están en potestad parental, y de las que necesitan asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida, de acuerdo con su personalidad, y van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos"; y con el artículo 222-35.1 que señala que es deber del tutor "cuidar del tutelado y debe procurarle alimentos si los recursos económicos de este no son suficientes" así como con el artículo 222-37: " 1. El tutor tiene el deber de educar al tutelado y de proporcionarle una formación integral, si procede a su edad y situación personal. 2. Para adoptar decisiones relativas a la educación, el tutor necesita la autorización judicial si el tutelado tiene más de doce años y manifiesta voluntad contraria". Pero sí se hace referencia profusa al término guarda en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, en Cataluña, y en concreto en el artículo 119, en relación a lo que se denomina guarda protectora y que supone la delegación de la guarda a la entidad pública por parte de los progenitores o de los tutores, cuando no pueden hacerse cargo del menor por diversas circunstancias, no utilizando el término cuando se refiere a la asunción de la tutela por declaración de desamparo.

¹⁴⁵³ Debe tenerse en cuenta el Título X "De la tutela, curatela y de la guarda de los menores o incapacitados", por cuanto contiene el régimen jurídico básico de la tutela *ex lege*, al introducir la Ley 21/1987 un 4º punto al artículo 222, señalando que están bajo tutela los menores desamparados.

progenitores de vivir con los hijos menores¹⁴⁵⁴, reconocido en el artículo 154. 1º del Código civil que determina que la patria potestad comprende, entre otros, el deber y facultad de “tenerlos en su compañía”, por lo tanto, el alejamiento del menor de su familia no es solo una separación física, es también una fragmentación jurídica de las relaciones paternofiliales derivadas de la patria potestad, ya que los padres no pueden cumplir de manera integral con algunas de las funciones inherentes a la patria potestad¹⁴⁵⁵, dando lugar a una transformación de las relaciones jurídicas entre el menor y sus progenitores y creándose, simultáneamente, otras relaciones jurídicas entre el menor y la entidad pública que asume su guarda. Esta consecuencia no es tan evidente en el caso de que el menor bajo resolución de protección estuviese sometido a tutela ordinaria, ya que el Código civil no exige la convivencia del menor tutelado con su tutor, el Código se limita a considerar que se “considera beneficiosa para la menor la integración en la vida de familia del tutor”, de acuerdo con el artículo 234 del Código civil *in fine*.

Pero a su vez, la entidad pública que asume la guarda la va a compartir con los acogedores, de acuerdo con el tenor literal del artículo 172.3¹⁴⁵⁶: “La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante acogimiento familiar o acogimiento residencial”, y ello supone el establecimiento de unas determinadas relaciones jurídicas entre el menor y los acogedores, y entre la entidad pública y los acogedores.

Y aportando mayor complejidad a ese entramado de relaciones jurídicas, no puede obviarse las relaciones jurídicas que se producen en el marco de la cesión voluntaria de la guarda *ex* 172.2, que vincula a los progenitores o tutores con la

¹⁴⁵⁴ En expresión de DELAPORTE-CARRÉ, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008, “*La vie de cette famille est perturbée puisque «l'un des éléments que la composent, la cohabitation, en est retiré»*”, pág. 133 (epigrafe 204).

¹⁴⁵⁵ DELAPORTE-CARRÉ, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008, pág. 159 (epigrafe 250)

¹⁴⁵⁶ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, artículo 172 ter. 1: “La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido al menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores”.

entidad pública, a ésta con los acogedores, y todos ellos con el menor, dado que en esta situación no se produce suspensión de la patria potestad o de la tutela.

Es más, el acogimiento del menor no supone poner fin al contacto y a las relaciones afectivas entre el menor y sus padres/tutores, ni siquiera en el caso de que la guarda sea por asunción de la tutela por una declaración de desamparo, que como ya es conocido supone la suspensión de la patria potestad o de la tutela. Este contacto implica el derecho de visita que a su vez puede transformarse en la estancia del menor en el domicilio familiar durante determinados periodos de tiempo, principalmente cuando se esté preparando el retorno del menor, con la finalidad de que el tránsito sea menos traumático para los implicados, ya que, como hemos analizado, la finalidad de las medidas de protección del 172 del Código civil tienen un claro carácter temporal y su finalidad es la ayuda a la familia para que pueda reconstituirse lo antes posible¹⁴⁵⁷.

En este entrecruzamiento de relaciones jurídicas en torno al menor, el concepto de guarda se configura como el elemento nuclear de las mismas, toda vez que siendo la entidad pública la titular de las funciones de guarda derivadas de la tutela *ex lege* o derivadas de la cesión voluntaria de la guarda, la entidad pública vehicula ambas técnicas de la protección heterofamiliar del menor ubicándolo en un espacio físico determinado y otorgando determinadas funciones comprendidas en la guarda del menor a un tercero, a “la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda” de acuerdo con la expresión del artículo 172.5 del Código civil, disposición que, afortunadamente, desaparece en la nueva redacción del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, es decir, hay una segunda fragmentación de esas funciones entre la entidad pública y el director de la institución de acogida o en el acogedor familiar.

¹⁴⁵⁷ Artículo 172 ter.2 del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015: “Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. 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 comunicación, será revisada, al menos cada seis meses”.

En segundo lugar, la titularidad de guarda del menor es una responsabilidad de la entidad pública autonómica¹⁴⁵⁸ que tiene atribuida la competencia respecto a la guarda de los menores directamente por el Código civil, órgano administrativo sometido en su actuación al Derecho administrativo, por lo tanto, sujeta a unas normas en las que no cabe conjugar el principio de autonomía de la voluntad como si ocurre, aunque con limitaciones, en el ámbito de la relaciones de patria potestad; en ese sentido, la entidad pública no puede delegarla ya que el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, esa “competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia”¹⁴⁵⁹, pero como hemos visto, el artículo 172.3, determina que la guarda “se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento familiar”.

3.3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO DE GUARDA DE LAS PERSONAS

En un primer acercamiento, lo primero que llama la atención es la resistencia del legislador civil a definir la guarda de las personas^{1460, 1461}, cuando,

¹⁴⁵⁸ De acuerdo con la disposición final vigésima segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, será la entidad pública que determine cada Comunidad autónoma de acuerdo con su organización funcional y en el ejercicio de sus competencias exclusivas en esta materia.

Según el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015 en su Disposición adicional primera: “Se utilizará en los textos legales la expresión «Entidad Pública» referida a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente”.

¹⁴⁵⁹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el artículo 12.1 continúa “salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes”, pero refiriéndose a otros órganos públicos.

¹⁴⁶⁰ Así guarda es sinónimo de vigilancia de los presos en la legislación penitenciaria histórica, en la Novísima Recopilación de las Leyes de España en Libro XII, Título XXXVIII, Ley XVIII, de Juan II en Segovia año 1423, Pena de los Alcaydes de las cárceles que soltaren los presos, ó no los guardaren en el modo debido, utiliza la expresión “mengua de guarda”, para tipificar la responsabilidad de la autoridad en la fuga de un preso.

¹⁴⁶¹ EL Código civil trata la guarda de las cosas en el contrato de depósito del artículo 1758, en relación con la guarda de las cosas, *vid.* CARDOSO-ROULOT, N., *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, París, 2008, al estudiar las obligaciones esenciales de distintos tipos de contrato, señala que por ejemplo en el *contrat d'hôtellerie*, ha sido calificado por algunos autores como contrato de depósito, pretendiendo que el hostelero tenía una obligación esencial de guarda de las cosas aportadas a su establecimiento por el cliente, pero este autor mantiene que dado que el depósito de efectos no es un elemento necesario ni esencial del *contrat d'hôtellerie*, la obligación de

paradójicamente, la ha erigido como eje de las instituciones de protección de los menores y de los incapacitados en los casos de vacío de la patria potestad¹⁴⁶²; en este sentido, el Código civil desde su publicación utilizaba el término guarda en la regulación de instituciones de protección de menores e incapacitados distintas de la patria potestad, en concreto, en la tutela¹⁴⁶³, así el artículo 215 del Código civil

guarda del hotelero no puede ser calificada como obligación esencial de dicho contrato, teniendo en cuenta que no puede comprometerse a guardar y restituir una cosa de la que ignora su existencia, págs. 339-331. TUNC, A., *Le contrat de garde - Location de coffres-forts, garage d'automobiles, magasins généraux, garde de meubles, tapis, fourrures, etc.*, Dalloz, Paris, 1942

Por ejemplo de la guarda como obligación principal del depositario en el contrato de depósito, vid. OZCÁRIZ MARCO, F., *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Bosch, Barcelona, 1997, que considera que no hay contrato de depósito sino hay posesión de la cosa por el depositario, cuando esa posesión implica guardar la cosa, dado que la guarda en el depósito es la propia posesión.

Sentencia del Tribunal Supremo 437/1960 de 14 de junio de 1960, en relación con las obligaciones de guarda, conservación y devolución que definen el contrato de depósito mercantil, mantiene que la guarda, no se configura como una mera carga de la obligación de conservación sino que, en un sentido amplio, aglutina una verdadera obligación de hacer consistente en la creación de un ámbito de protección en torno a la cosa depositada durante todo el periodo en que se prolongue la posesión.

SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, v. II, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. RAMS ALBESA, J., Bosch, Barcelona, 1995, "El depositario tiene «guardada» la cosa, no simplemente porque la custodia, sino porque la conserva lejos del alcance de quienes podrían pretender llevársela y sustraerla a su dueño, en local del cual dispone, y esa localización forma parte de sus derechos y deberes. La obligación de *custodiar* la cosa podría cumplirse en casa del propietario (o usufructuario o arrendatario) de la misma; pero la de guardarla implica algo más, que es precisamente, lo característico del depósito: la retención, no sólo en el propio poder, en la propia esfera de influencia fáctica, sino ubicada en un lugar del espacio facilitado por el depositario, quien controla su acceso con intensidad suficiente como para excluir la actividad «normal» de los interesados en sustraer la cosa", pág. 253.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., GULLÓN, A., establecen que la nota común de los contratos señalados en el artículo 1758, en relación con el 1759, del Código civil es la obligación de custodiar, y "la custodia, como específico objeto de una obligación, constituye una forma particular de servicio o de *facere*, que consiste en realizar los actos necesarios para la guarda y conservación de una cosa con la final restitución de la misma, y es la esencia del depósito. Ciertamente la custodia es aneja a toda obligación de entrega o restitución y se localiza destacadamente en aquellas relaciones jurídicas que otorgan la posesión y conjunto de facultades sobre cosas de otro (arrendamiento, comodato, usufructo, etc.), pero en el depósito pasa a ser obligación principal, fundamental o específica: no hay ninguna otra finalidad en el detención de la cosa por el depositario", *Instituciones de Derecho civil*, v. I., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 729.

¹⁴⁶² PERDRIX, L., *La garde d'autrui*, LGDJ, París, 2010, señala que la doctrina no ha vacilado en el empleo de esta noción, tanto en el derecho de cosas como en el derecho de la persona, pero quizás donde se ha utilizado con mayor profusión es en relación con la guarda del menor, pero no por ello se ha procurado una definición uniforme, págs. 4-5.

¹⁴⁶³ GARCIA GOYENA, F., AGUIRRE, J., *Jueces, Abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, T. I, editores Gaspar y Roig, Madrid, 1852, recoge en el Título IX, De la tutela y sus especies, "Tutela es guarda que se dá al huérfano menor de 14 años y á la huérfana menor de 12 años, que no se puede ni sabe amparar: ley 1, tít. 16, Part. 6", epígrafe 486. Y continua "Se dá aunque los huérfanos no la pidan o la quieran, y para las personas y bienes de los mismos, no para una sola cosa: ley 1, tít. 16, Part. 6", (epígrafe 487), "No pudiendo los huérfanos o

señala que la “guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes del menor o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1º La tutela. 2º La curatela. 3º El defensor judicial”, artículos todos ellos comprendidos en el Título X que lleva por rubrica “De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores o incapacitados”, entendiéndose, aunque no lo especifique, que la guarda forma parte de las obligaciones del tutor ordinario, relacionadas en el artículo 269 del Código civil.

Sin embargo, en la regulación legal de la patria potestad el término ha estado ausente¹⁴⁶⁴ del Código civil hasta fechas relativamente recientes, en concreto, se incorpora con la Ley 15/2005, de 8 de julio¹⁴⁶⁵, a través de una nueva redacción de los apartados 5 y 6 del artículo 92¹⁴⁶⁶, uniéndolo al término custodia¹⁴⁶⁷ (que sí

pupilos gobernar ni defenderse sus personas y cosas, a causa de su tierna edad, era interés de la sociedad, y deber del legislador, proveerles de guarda y defensa para ambos objetos; pues aunque el rey está obligado á guardar á todos los de su tierra, señaladamente lo debe hacer á estos, porque son asi como desamparados, é mas sin consejo de los otros: ley 20, tít. 23, Part. 3. Por estas consideraciones se llama carga ó cargo público á la tutela (...) Entiéndase aqui por huérfano al que ha perdido al padres, aunque tenga madre” (epígrafe 490) pág. 127

Y en el Código civil de 1889, en el Título IX, De la tutela, en concreto en el artículo 199, señalaba que “El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos”.

En el Código civil actual, de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, dedica el Título X a la tutela, curatela y la guarda de los menores o incapaces, señalando en el artículo 215 que esa “guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará” cuando proceda, a través de la tutela, de la curatela y/o del defensor judicial.

¹⁴⁶⁴ Para algunos autores esto no suponía un problema, en este sentido GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Marcial Pons, Madrid, 1997, consideraba que esta “exclusión de la palabra guarda del Código Civil no tiene ninguna significación especial, pudiendo considerarse que para la guarda y cuidado de los hijos son expresiones sinónimas, igual que lo son para la jurisprudencia”, pág. 70.

¹⁴⁶⁵ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

¹⁴⁶⁶ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la redacción del artículo 92 del Código civil, en su párrafo 5: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. (...)”. Y en su párrafo 6. “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe(s) (...) para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”. En realidad esta Ley no hace sino recoger la nomenclatura de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que introduce la expresión, que ya venía siendo habitual en la doctrina y la jurisprudencia, así en su artículo 748.4º y en referencia al ámbito de aplicación en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores: “Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores (...)”. En el artículo 769. 3, en relación con los procesos matrimoniales y de menores: “En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores (...)”, y en el artículo 770. 6º: “En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores (...)”.

aparecía en el artículo 92 del Código civil en la redacción dada por la Ley 30/1981 de 7 de julio¹⁴⁶⁸), otorgándole una consistencia propia segregada de la patria potestad en las situaciones de crisis familiares, en una clara asintonía con el artículo 154¹⁴⁶⁹ del Código civil, que no refleja la guarda como una función inherente a la patria potestad; acorde con el artículo 154¹⁴⁷⁰, en la regulación anterior a la Ley 15/2005¹⁴⁷¹ las expresiones utilizadas por el Código civil en el reparto de la patria potestad en los casos de nulidad, divorcio o separación han sido, cronológicamente¹⁴⁷², “cuidado de los hijos” y “bajo su poder y cuidado”, “quedar o ser puestos bajo la potestad y protección”¹⁴⁷³; “en poder” y “cuidado”¹⁴⁷⁴; “al

¹⁴⁶⁷ Según el Diccionario de la Real Academia custodiar es “Guardar con cuidado y vigilancia”.

¹⁴⁶⁸ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, el legislador siguió la nomenclatura establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil, en los artículos 748.4º, 769.3 y 770.6º, en referencia a los procesos que sobre nulidad, separación y divorcio y a la reclamación de alimentos, que, sin embargo, no la utiliza en el artículo 774 cuando se refiere a las medidas definitivas señaladas en los sentencias de nulidad, separación o divorcio.

¹⁴⁶⁹ Como constaba en el artículo 371-2 del Código civil francés, hasta su modificación por la Ley 4 de marzo de 2002 o se contempla expresamente como un deber de los padres en el Código civil del Reino de Marruecos, en concreto, en el artículo 54.

¹⁴⁷⁰ El artículo 154 del Código civil originario disponía: “El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre”. Y el 155. 1.º: “El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados: El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho”

¹⁴⁷¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁴⁷² GARCIA GOYENA, F., AGUIRRE, J., *Jueces, Abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, T. I, editores Gaspar y Roig, Madrid, 1852, “Cuando el matrimonio se disuelve por culpa de uno de los cónyuges, corresponde la culpado, si tiene bienes, la manutención de los hijos, debiendo permanecer estos en poder del inocente: ley 4, título 19, Part. 4”, (epígrafe 76), pág. 46.

¹⁴⁷³ El Código Civil de 1889 en el artículo 70 disponía: “Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de 3 años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del núm. 2.º del art. 73. Los hijos é hijas menores de 3 años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, á no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia”.

En su artículo 73.2: “La sentencia de divorcio producirá los efectos siguientes: Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad o protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este código.

Esto no obstante si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de 3 años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fue distinta, se nombrará tutor a los

cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre”, “ poder y cuidado”, “bajo la potestad y protección del cónyuge inocente” o “al cuidado de la madre”¹⁴⁷⁵; “en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos y quién de aquellos ejercerá la patria potestad”, “bajo la potestad y protección del cónyuge inocente”, “la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de siete años”¹⁴⁷⁶; “cuidado”¹⁴⁷⁷; y actualmente, la regulación de la patria potestad en las

hijos. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este código le impone respecto a los hijos.”

¹⁴⁷⁴ La Ley de 2 marzo de 1932, sobre el divorcio, determinaba en su artículo 17 que “A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil.

Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años”.

¹⁴⁷⁵ La Ley de 24 de abril de 1958, Código Civil, Ley por la que se modifican determinados artículos del mismo, modificó el artículo 70 (nulidad matrimonial) y 73 (regulando la figura de la separación matrimonial) del Código Civil. En concreto, y respecto a la nulidad, el artículo 70 disponía que: “La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: Los hijos mayores de 7 años quedará al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de 7 años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre”.

Y en su artículo 73.2 señalaba que “la ejecución de separación producirá los siguientes efectos: Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, el Juez, discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso a los niños menores de 7 años”.

¹⁴⁷⁶ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, en el artículo 68: “Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez adoptará durante la sustanciación del proceso las medidas siguientes: 3.ª Fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos y quién de aquellos ejercerá la patria potestad. En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asumirá las funciones tutelares, correspondiendo las del protutor y consejo de familia a la autoridad judicial.

El Juez discrecionalmente determinará el tiempo modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

Artículo 73: “La ejecutoria de separación producirá los siguientes efectos: 2.º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, el Juez, discrecionalmente, podrá proveer de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de siete años. A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos”.

crisis familiares utiliza las expresiones “cuidado” (artículo 90, A) y 159); “cuidado y educación” (artículo 92, 2º párrafo) y “patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando” (artículo 92, 4º párrafo)”, “la custodia, el cuidado y la educación”, “tenerlos en su compañía”¹⁴⁷⁸, conviviendo con la de “guarda y custodia” (artículo 92, 5 y 6) introducida por la Ley 15/2005.

No deja de llamar la atención que el artículo 5 de la Ley 11/1981¹⁴⁷⁹ modificase el segundo párrafo del artículo 1903, que queda redactado “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”¹⁴⁸⁰, sustituyendo a la expresión “que viven en su compañía”¹⁴⁸¹, cuando el

¹⁴⁷⁷ la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, da una nueva redacción al artículo 159 del Código civil (que quedaría derogado de prosperar el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013) estableciendo que “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”.

¹⁴⁷⁸ La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en los artículos 90, 92, 94, respectivamente.

¹⁴⁷⁹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

¹⁴⁸⁰ Audiencia Provincial de Navarra (sección 3ª), sentencia nº 113/2010, en su Fundamento cuarto “En este aspecto merece la pena citar la sentencia dictada por la AP de Huesca de 20 de junio de 2003 cuando señala lo siguiente: “creemos que la expresión bajo su guarda empleada en el art. 1903 del CC al regular la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, no equivale a bajo su patria potestad, tal como resulta de su propio tenor literal y de una interpretación sistemática del mismo precepto y con relación a otros artículos del mismo Código Civil. Así, desde un punto de vista terminológico, guarda sólo puede significar el cuidado directo de una persona y no el derecho inherente a la paternidad y maternidad establecido como institución a favor de los hijos, conforme a lo indicado en el artículo 154 del CC. Por otro lado, si bien la responsabilidad civil regulada en el artículo 1903 tiene un carácter casi objetivo, la exclusión reconocida en su párrafo último, cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, no se corresponde, respecto del caso que nos ocupa, con la institución de la patria potestad, sino con el cuidado directo del progenitor que en cada momento pueda ostentar la guarda del menor y, por tanto, tenga la posibilidad de prevenir el daño concreto más allá de las obligaciones educativas generales propias de la patria potestad...”, a lo que añade que en el ámbito de las crisis matrimoniales aparece la distinción entre guarda y custodia de los hijos y mantenimiento de la patria potestad,(...) En el mismo sentido, la sentencia de la AP de León, Sección 2ª, de 9.1. concluye que “ninguna responsabilidad es exigible a los padres del menor (aquí demandados) por los daños causados por éste en la propiedad de un tercero cuando se encontraba bajo la custodia y guarda de un pariente cercano a quien competía la responsabilidad que la póliza suscrita con la actora amparaba”.

¹⁴⁸¹ En la redacción originaria el artículo 1903: “El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía”.

legislador no hizo mención de la guarda, inherente a la patria potestad, hasta la Ley 15/2005, y sin embargo mantiene la redacción de la responsabilidad civil de los tutores por los daños “causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”, figura que, de acuerdo con el artículo 215 del Código civil, tiene como función la guarda del menor o incapacitado.

Sin embargo fuera del ámbito civilista, la expresión guarda ha estado unida a la protección administrativa de los menores, tal y como pone de relieve el estudio de la legislación histórica en este ámbito, protección que se manifestaba tanto en el abandono¹⁴⁸² físico, como en el abandono moral, a través de la tipificación de las conductas de vagancia y mendicidad, y la protección laboral, a través de la prohibición de su explotación en determinados trabajos¹⁴⁸³, teniendo el órgano administrativo competente potestad para suspender el derecho de “guarda y educación” de los progenitores o tutor sobre sus hijos/tutelados cuando su conducta dañase la integridad moral del menor¹⁴⁸⁴. Así mismo, ese término ha sido una

¹⁴⁸² Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, también dio una nueva redacción al artículo 174 del Código civil en relación con la adopción: “En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren. Se considerara abandonado al menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

¹⁴⁸³ Ley sobre trabajos peligrosos de los niños, de 26 de julio de 1878, en su artículo 1.4 alude a los “ascendientes, tutores, maestros o encargados, por cualquier título, de la guarda de un menor de diez y seis años que le entreguen gratuitamente a individuos” que ejerciesen como acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circo u otras análogas para su explotación laboral; ESPUNY TOMÁS, M. J., “Mendicidad infantil: Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903”, *IUSLabor revista electrónica*, 04/2005, Universitat Pompeu Fabra, entiende que se refiere a los que posean la guarda legal: “Los sujetos activos de esta relación son los ascendientes, pero se determina y se incluyen los tutores, maestros o encargados de la guarda legal del menor de dieciséis años”.

Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903, en su artículo 4 señala que “Cuando los padres o tutores sean castigados (...), la condena llevará consigo la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de los menores, y el ingreso de estos en un establecimiento de Beneficencia, donde serán guardados y educados. (...) Si durante este tiempo cambiasen las condiciones de la representación legal del menor, podrá el propio Tribunal confiar su guarda y educación a las personas llamadas a esta representación, siempre que ofrezcan garantías bastantes de cumplir tales deberes”.

Ley de 12 de agosto de 1904 de Protección a la Infancia y represión de la mendicidad, (Gaceta, 17 de agosto), circunscrita a la protección de los menores de dieciséis años, en su artículo 13 hace referencia a los que “se hallen al cuidado de los niños, en casas particulares o establecimientos benéficos”.

¹⁴⁸⁴ Ley de Tribunales de Menores de 13 de diciembre de 1948, (Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores), en concreto su artículo 9º estos Tribunales conocerán entre, entre otras competencias, “de la protección

constante en nuestros Códigos penales, siendo utilizado por el legislador desde su primera redacción, con la tipificación de los delitos de abandono y sustracción de menores¹⁴⁸⁵.

jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación: A) En los casos previstos en el Código civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores. B) En los consignados en los números 5º, 6º, 8º, 10, 11 y 12 del artículo 584 del Código Penal, y en el artículo 3º de la Ley de 23 de julio de 1903. En el artículo 13 señala que “La facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y al acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión, quedarán exclusivamente encomendadas a la competencia de la Tribunales de Menores, sin perjuicio de las demás facultades que, en el orden civil, puedan corresponder a los Tribunales ordinarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 de Código civil”. Y en el artículo 14 tercer párrafo, “Los acuerdos de los tribunales de Menores en que se suspenda el derecho de los padres o tutores sólo se referirán a la guarda y educación de la persona del menor, y no producirán efectos civiles en cuanto a sus bienes”; en su artículo 17 apartado B) contemplaba la posibilidad de que el Tribunal, en el ejercicio de su facultad protectora pudiera suspender el derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando que sea confiado a un guardador individual, familiar o social reservándose la vigilancia del mismo

¹⁴⁸⁵ El Código penal de 1822 (entra en vigor el 1 de Enero de 1823), en su capítulo V “De los que esponen, oculten ó cambian niños, ó compromete de otro modo su existencia natural ó civil; y de los partos fingidos”, en los artículos 690 a 698 regula el delito de abandono de menores, no utiliza el término guarda en relación a la tipificación del delito de abandono cuando este se refiere a menores de 7 años, ni cuando el sujeto activo son los padres, ni cuando son terceras personas, en este último supuesto la expresión es “cuidado y educación”, así el artículo 691 “Los que habiéndose encargado de la lactancia, educación ó cuidado de un niño de la clase espresada (menores de 7 años)”, o el artículo 695 “El que hallándose encargado de la lactancia, educación ó cuidado de un niño que no haya llegado á la pubertad lo niegue ú oculte fraudulentamente á las personas que legítimamente le reclamen, ó cambie un niño por otro á sabiendas”. Sin embargo el artículo 697, referido a mayores de siete años, si la contiene: “Los que hallándose encargados de cualquier modo de la educacion, guarda ó cuidado de un niño mayor de siete años, pero que no haya llegado todavía á la pubertad, abandonen voluntariamente en un pueblo extraño ó en despoblado, no siendo en hospicio ú otro sitio oportuno bajo la proteccion de la autoridad pública y con la declaracion prescrita en los artículos 690 y 691, (...)”.

Sin embargo, el Código penal de 19 de marzo de 1848, en sus artículos 411 y 412 tipifica el abandono de menores, utilizando en el artículo 412 la expresión “El que teniendo a su cargo la crianza ó educacion de un menor lo entregare á un establecimiento público, ó á otra persona sin la anuencia de la que se lo hubiera confiado, ó de la Autoridad en su defecto (...)”.

En ese mismo sentido, el Código penal de 24 de junio de 1870, en los artículos 501 y ss. regula el abandono de niños, en concreto en el artículo 502, “El que teniendo á su cargo la crianza ó educación de un menor lo entregare á un establecimiento público ó á otra persona, sin anuencia de la que se lo hubiere confiado ó de la autoridad en su defecto (...)”.

En la reforma del Código penal de 8 de septiembre de 1928, se recupera la expresión al regular el abandono de menores en los artículo 766 a 769, y en concreto en el artículo 766, se refiere al abandono de los menores de 12 años por aquellos a los que se hubiese confiado su guarda, y el artículo 786 como disposición común al Título XV, impone la suspensión del derecho de guarda y educación a los padres, ascendientes o tutores.

El Código penal de 1944 de 23 de diciembre de 1944, (Código Penal Reformado, Texto Refundido 1944), en la tipificación del delito de sustracción de menores, en concreto en su artículo 485, se refiere al encargado. “El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición”.

Y en relación al delito de abandono de familia y de niños, en su artículo 487 señala que será “castigado (...) el que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia

La segunda cuestión que suscita la atención es que, en cualquier caso, el legislador, ahora e históricamente, no ha concretado facultades que integran cada una de esas expresiones y cuales permanecen en la patria potestad nuclear¹⁴⁸⁶ cuando se desgajan de ésta.

inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio”, refiriéndose en su 2.º punto al abandono de los deberes legales de asistencia indispensables para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo.

Sin embargo, en el artículo 488, el sujeto activo del delito de abandono de un niño menor de siete años es “la persona encargada de su guarda” agravándose la pena si el “hecho fuere ejecutado por los padres, tutor o guardador de hecho”.

Pero el artículo 489 utiliza la expresión de que el que “teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor”, para tipificar el delito de entrega del menor “a un establecimiento público, o a otra persona, sin anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad en su defecto”.

El Código penal actual, (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), en su Título XII, Delitos contra las relaciones familiares, en el Capítulo III, De los delitos contra los derechos y deberes familiares, en su artículo 223 introduce el término custodia, castigando al “que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos”, y en su artículo 224 tipifica el delito de inducción al abandono del “domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores”, incurriendo en el mismo delito “el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa”. En el artículo 225 bis, en relación con el delito de sustracción de menores por un progenitor, señala que se entenderá como tal el “traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. Sin embargo, en su punto 4 señala que el progenitor que sustrae al menor quedará exento de pena cuando “haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado (...)”.

Y en el artículo 226. 1 tipifica el delito en función de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar (...), pudiendo llevar aparejada “la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar”.

En el artículo 229. 1 tipifica el delito de “abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, (...). Agravando la pena si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales. Sin embargo el artículo 231. 1, se refiere al que,” teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto”.

Y en su artículo 233. 1, se considera la posibilidad de que el “Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años. En el punto 2 de dicho artículo se refiere la pena accesoria cuando el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público.

¹⁴⁸⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, Bosch, Barcelona, 2013, utiliza la expresión “patria potestad residual”, pág. 585, pero entiendo más correcto denominar nuclear a esas facultades que permanecen inherentes al núcleo de la patria potestad después de haber sido despojada de la guarda y custodia, cuidado o convivencia.

Es indudable que la expresión guarda tiene una apreciable heterogeneidad semántica resultante de su evolución histórica¹⁴⁸⁷, así el diccionario de la Real Academia¹⁴⁸⁸, define guardar en su primera acepción como “tener cuidado de algo, vigilarlo y defenderlo”¹⁴⁸⁹, y en la séptima, “preservar algo del daño que le puede sobrevenir,” y guarda lo identifica en primer lugar como “persona que tiene a su cargo la conservación de algo”, y en su tercera acepción con tutela¹⁴⁹⁰, y cuando se refiere a la guarda de una persona lo define como “estar bajo su protección y defensa”.

Como en otros ámbitos del Derecho, el problema radica en que el significado polisémico¹⁴⁹¹ que esta palabra tiene en el lenguaje habitual se ha trasladado al

¹⁴⁸⁷ Creo que pueden aplicarse aquí las palabras de PRIETO ESCUDERO, G., PRIETO YERRO, C., “El fenómeno sociológico de pobreza en la moderna economía”, *Revista de Economía Política*, nº 93, enero-abril, 1983, págs. 173-195, “consignemos con prioridad cómo el sorprendente dintorno de la configuración semántica proporciona, con frecuencia, el singular fenómeno de metamorfosear acepciones correspondientes a muy viejos vocablos, hasta concluir en otros nuevos conceptos con lejano parentesco de contenido con la antigua concepción, a la que verdaderamente de hecho relegan”, pág. 173.

¹⁴⁸⁸ El análisis etimológico de la palabra indica que el verbo guardar proviene del germánico *warda*, acto de buscar con la vista, y este de *wardôn*, atender, prestar atención, seguir con la vista, vigilar. Su recepción en las distintas lenguas fueron dando al término diversos significados, así en francés, a *regarder*, con el significado inicial de mirar, o de vigilar algo o cuidar de algo, convirtiéndose posteriormente en *garder*, dándole un significado muy amplio, velar por (*veiller sur*), proteger (*protéger*), cuidar (*prendre soin de*), vigilar (*surveiller*). En inglés dio lugar a la expresión *to guard*, (cuidar, resguardar, proteger, vigilar,). En italiano, *wardja* dio lugar al verbo *guardare* (mirar de manera intencionada, custodiar, vigilar, observar). En castellano, dio origen al verbo guardar.

Como puede comprobarse, en el lenguaje habitual, es un término polisémico, aplicándose sus distintos significados tanto a las personas como a las cosas. Pero esa diversidad se encuentra también en sede jurídica, donde el término guarda no puede ser conceptualizado de una manera unívoca. El artículo 1766 del Código civil señala que: “El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el título I de este libro”.

¹⁴⁸⁹ Resolución de 31 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se modifica la de 18 de enero de 1999, en lo relativo a la formación previa y uniformidad de los Guardas Particulares del Campo, en sus distintas especialidades.

¹⁴⁹⁰ Tutela a la que da una primera definición: “Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil”. Y en su tercera acepción: “Dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra”.

¹⁴⁹¹ GARCÍA AMADO, J. A., “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1997), págs. 803-825, reproduzco a este respecto las palabras del autor: “Como también dijo Kantorowicz, «hay tantas lagunas como palabras» (Kantorowicz 1906: p. 18). En palabras de Fuchs, «la ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha», y «más de siete octavos de las decisiones del Tribunal del Reich son colmado de lagunas» (Fuchs 1909: p. 220). Esto no puede ser de otro modo, ya que la ley se expresa en palabras y las palabras nunca pueden abarcar plenamente la realidad. Es cierto que «Derecho y lenguaje se dan juntos» (Fuchs 1926-1927a: p. 26), pero dada esa insuficiencia del lenguaje para aprehender la compleja realidad, el arte del Derecho no

lenguaje jurídico, quizás con la convicción del legislador de que su uso en un contexto u otro¹⁴⁹² daría la clave sobre su contenido y sobre sus efectos jurídicos precisos, pero ello no ha sido así, lo que provoca una indudable confusión con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica¹⁴⁹³.

No obstante la indeterminación de su significado es indudable su interés en relación con la protección de la persona del menor¹⁴⁹⁴, tanto en la situación de no convivencia de los progenitores¹⁴⁹⁵, como en el caso que nos ocupa de la protección administrativa de los menores en virtud del artículo 172 del Código civil¹⁴⁹⁶. Creo

puede ser una pura cuestión de palabras. Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, entonces sí que podría verse como pura «álgebra conceptual» y no se necesitaría ni un sistema de recursos ni una legión de abogados (Fuchs 1912a: p. 24) Si la ley es siempre insuficiente y equívoca, no tendrá sentido propugnar la vinculación a la ley como fidelidad a la letra de la ley. Así pues, por la propia naturaleza del lenguaje legal, sumada a la dinámica social que hace aparecer continuamente nuevas realidades y problemas, las lagunas no son la excepción, sino la regla en el Derecho y «todo caso práctico verdaderamente polémico muestra lagunas»”, págs. 804-805.

¹⁴⁹² Sentencia del Tribunal Supremo 228/1983, de 28 de abril de 1983, en su resultando tercero: “Según se deduce de las actuaciones penales, la res que golpeó y determinó la muerte (...) se hallaba al cuidado de pastores, los demandados, doña María del Pilar y el marido de la misma, que la ayudaba en la guarda y custodia de ganados”.

¹⁴⁹³ Sentencia Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero, en su fundamento jurídico 5 establece que la seguridad jurídica, entendida en su sentido más amplio, debe entenderse como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho.

¹⁴⁹⁴ Como ya ha quedado reflejado en la primera parte de este trabajo, las normas legales relativas a la protección de menores son prolijamente detalladas, en muchos aspectos, pero adolecen de una secular imprecisión, en muchos casos deliberada, pero este estado de cosas no sólo suceden en nuestro ordenamiento jurídico, y en ese sentido, BATTEUR, A., LARRALDE, J. M., “La liberté de ne pas être mère: l'accouchement sous X”, *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (direc.), L.G.D.J., París, 2012, pág. 596 (paragraphe 802).

¹⁴⁹⁵ Como expresa el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013, en su Preámbulo: “La liquidación del régimen económico del matrimonio, la custodia de los hijos menores o con capacidad judicialmente completada, el régimen de relaciones, estancia o visitas y comunicación del cónyuge apartado de la custodia con sus hijos, la determinación del uso del hogar conyugal, la prestación por alimentos y la pensión compensatoria, son cuestiones íntimamente ligadas entre sí; pero, sin duda, todo gira en torno a la guarda y custodia de los hijos, punto central de la presente reforma.”

¹⁴⁹⁶ No entraremos en el estudio del artículo 1903 del Código civil, que señala la responsabilidad por hechos ajenos, estableciendo que: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”, y sin embargo los tutores lo serán “de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”; “los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes (...)”; y los titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán cuando los daños y causados por sus alumnos menores de edad se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, (...).

Otros ordenamientos han enfocado la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores en otros términos, así el Código civil belga, en su artículo 1384 “*on est responsable non*

que no es necesario insistir en el papel que juegan la terminología en el Derecho, de ahí la necesidad de definir con exactitud este término, diferenciarlo de otras figuras afines que *a priori* puedan parecer sinónimas^{1497, 1498}, la precisión será indispensable para evitar la confusión y el riesgo de desprotección de las partes implicadas en el proceso de protección del menor, progenitores, tutores, Entidad pública, acogedores y por supuesto el menor, porque esta indefinición supone que en realidad, el legislador ha delegado su concreción en los operadores jurídicos, con lo consiguiente inseguridad en la su aplicación práctica¹⁴⁹⁹.

Podemos adelantar que la noción de guarda es un concepto engañoso, el hecho de que se le haya dado cabida en nuestro ámbito unido a la comodidad de su utilización no puede ocultar las insuficiencias que plantea su estudio. Es indudable que el Código civil carece de un concepto global de la figura que pueda dar respuestas a todas las situaciones planteadas, pero tampoco contiene elementos suficientes para que la doctrina y la jurisprudencia, muy abundante en este campo desde la regulación legal del divorcio y, en la actualidad, desde la posibilidad de la guarda y custodia compartida entre los progenitores, llegue a un consenso sobre su definición, manteniéndose vivo el debate doctrinal en la búsqueda de su posible concepto, incluso este estado de cosas nos lleva a cuestionarnos si puede darse un concepto unitario del mismo.

Otra cuestión a reseñar es lo inadecuado del término guarda, al que se une el de custodia, ambas expresiones son improcedentes cuando recaen sobre una persona y sobre las funciones que otra persona desarrolla sobre la sometida a guarda, más teniendo en cuenta que la finalidad de esas figura jurídicas han ido evolucionando desde la *potestas*, desde el poder cuasi absoluto que le correspondía

seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses dont on a sous sa garde. Le père et la mère sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs (...)"

¹⁴⁹⁷ En el II encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación de Abogados de Familia, entre sus Conclusiones sobre "Las reformas del Derecho de Familia", se solicitaba en la conclusión 3.3 "(...) que se proceda a definir legalmente el contenido del término "guarda y custodia". Madrid, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

¹⁴⁹⁸ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, señala que la patria potestad y la guarda y custodia no son la misma cosa, pues entre ellas existe la relación del todo con la parte, en situaciones normales de convivencia", pág. 35.

¹⁴⁹⁹ En este sentido, CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley- Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pág. 461.

al titular de la guarda sobre el guardado, lo que permitía construir la institución¹⁵⁰⁰ de guarda de las personas desde los postulados del derecho de obligaciones, desde la guarda de las cosas¹⁵⁰¹, hacia unas funciones cuya finalidad es la protección integral de la persona. Ambas expresiones cosifican al sujeto sobre el que recae, y no responden a la actual concepción de la patria potestad, ni de las otras instituciones de protección establecidas en las normas jurídicas para las personas que requieren, por su edad o por sus especiales circunstancias de discernimiento, la figura tutiva de un tercero. No obstante no podemos prescindir de dichas expresiones dado que están contenidas en las normas jurídicas, aunque sería deseable su desaparición¹⁵⁰².

En resumen, suscribo cada una de las palabras de DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS cuando en relación a la guarda del artículo 172 del Código civil sostenía “que no se sabe muy bien lo que es, porque la guarda en sentido amplio comprende la guarda de menores, la patria potestad, la tutela, la adopción, porque es una forma de patria potestad, y aquella tutela que tiene los establecimientos de beneficencia donde se acogen a menores. Pero al introducirla aquí, como me ha parecido entender en el discurso del Ministro de Justicia, que ha hablado de la guarda como

¹⁵⁰⁰ BONET RAMÓN, F., *Derecho civil. Introducción y parte general*, t. I, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1948, considera institución jurídica “la reunión orgánica de las normas y de los principios que regulan un fenómeno social, unión no artificial y apriorística, sino determinada por la naturaleza y los fines de aquél. (...) En otras palabras, es el complejo de las normas que regulan varios momentos y elementos de una relación o de varias relaciones, ligadas entre sí por un vínculo de íntima conexión”, pág. 187

¹⁵⁰¹ Construcción lógica por otra parte, dado que la palabra guarda, en los diccionarios históricos viene siempre definida respecto a las cosas, a la persona encargada de la seguridad y conservación de una cosa, (diccionario: 1787 TERREROS Y PANDA, persona que vela sobre alguna cosa; 1825, NUÑEZ DE TABOADA que introduce la acepción de atender o mirar lo que hace otro; 1853 de DOMÍNGUEZ que reproduce las acepciones de TABOADA; 1895 de ZEROLO, que incluye la expresión “ser una persona o cosa en guarda de uno” como “estar bajo su protección y defensa”); y en los diccionarios académicos solo aparece la referencia persona en el de 178 “El que tiene á su cargo y cuidado la conservacion de alguna persona, lugar, ú otra cosa”, no volviendo a aparecer hasta 1925 con la acepción tutela, Mapa de diccionarios, Instituto de Investigación Rafael Lapesa de la Real Academia Española (2013), [en línea]. < <http://web.frl.es/ntllet>>

¹⁵⁰² En este mismo sentido, las autoras HOLLWECK, M., MEDINA, G., “Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares”, *La Ley-Thomson, LLBA2001*, 1425, hablan de la expresión tenencia en el Derecho de familia argentino, destacando que la palabra “tenencia” no es idónea para designar el vínculo paterno-filial y su proyección jurídica ya que su significado alude más a la relación que se tiene con las cosas, págs. 1-2.

En el Código civil argentino el artículo 264, habla de tenencia del menor en caso de ciris familiar.

una categoría distinta de la tutela, me ha entrado una inquietud enorme porque no sé qué categoría es ésta. De esta manera también se corregiría ese exceso, ese “*flatus vocis*” de la guarda que no tiene un significado o contenido jurídico concreto”¹⁵⁰³. En este y en otros aspectos sería necesaria y urgente la depuración lingüística del Derecho de Familia¹⁵⁰⁴.

Para acotar el tema en el contexto de este trabajo, el término guarda de un menor nos interesa cuando se convierte en una figura autónoma y segregada del ejercicio de la patria potestad¹⁵⁰⁵, en situaciones excepcionales de la patria potestad¹⁵⁰⁶, es decir, en los casos de suspensión o cesión de parte del ejercicio de la patria potestad o tutela por la mala *praxis* de las funciones legalmente encomendadas a sus titulares, en el marco del artículo 172.1 y 2; pero, antes del análisis de la guarda administrativa creo necesario hacer un breve comentario sobre la guarda en las crisis familiares, conocer el estado actual de la doctrina cuando se fracciona la patria potestad entre los progenitores en los casos no convivencia de los progenitores o de nulidad, separación, o divorcio, o cuando el menor es confiado a un tercero por una decisión judicial, en el marco del 103.1^a del Código civil, confiriéndoles parte del contenido de esa patria potestad a uno de los progenitores o a un tercero; así como la situación en la que se encuentra un menor acogido por una persona sin especificar bajo qué título y cuál es la naturaleza de las facultades que este tercero ejerce sobre el menor (guarda de hecho contemplada en el artículo 303 del Código civil).

¹⁵⁰³ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., *Diario de Sesiones del Senado*, año 1987, III Legislatura, nº 46, Sesión Plenaria nº 46, de 7 de octubre de 1987, págs. 1741 y 1743, (nota recogida de LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 14, nota a pie de pág. 18

¹⁵⁰⁴ Vid. IVARS RUIZ, J., *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 55.

¹⁵⁰⁵ Esta dicotomía no es aceptada por toda la doctrina, siendo defendida, entre otros, por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, GUILARTE GUTIÉRREZ V., (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 135.

¹⁵⁰⁶ La jurisprudencia francesa entiende que la guarda jurídica del menor es inseparable de la noción de autoridad parental, de acuerdo con el artículo 1384, párrafos 1, 4 y 7, del Code civil (2e Chambre civile 17 février 2011, pourvoi nº10-30439, BICC nº744 du 15 juin 2011 et Legifrance)

3.4. GUARDA DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES

En el planteamiento de la guarda de menores en las crisis familiares hay que tener en cuenta que se interrelacionan cuatro conceptos, que en expresión gráfica de LAUROBA “cada uno engloba al siguiente como las muñecas rusas: responsabilidad parental/la potestad (titularidad)/ potestad (ejercicio)/ la guarda. La plasmación de la responsabilidad parental ordena los elementos que integran la secuencia, a partir de la filiación”¹⁵⁰⁷. Es evidente que la guarda en el contexto familiar al que me refiero en este punto va unida a la titularidad de la patria potestad, titularidad que es atribuida a ambos progenitores, pero cuando se refiere a la guarda la cuestión queda planteada en el campo de su ejercicio, aunque no agota el contenido del mismo, la coexistencia ejercicio/guarda no plantea especiales problemas doctrinales en el caso de convivencia de ambos progenitores con el menor, pues es pacífico el entender que el contenido de la guarda se subsume en la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad de los artículos, 154 y 156 del Código civil.

La dificultad conceptual, su ambigüedad¹⁵⁰⁸, se pone en evidencia con la práctica jurisprudencial referida a la separación y divorcio que se generó con la Ley 21/1981¹⁵⁰⁹ ya que, a pesar de carecer de una base legal concreta, la expresión “guarda y custodia” se convirtió en una fórmula de estilo entre los operadores jurídicos y se fue abandonando los términos de “cuidado” o “ejercicio de la patria potestad” establecidos en el Código; en los primeros momentos, las dificultades no fueron tan evidentes ya que en la totalidad de los casos, la guarda y custodia era atribuida por el juez o por convenio a uno de los cónyuges, que la ejercía asumiendo

¹⁵⁰⁷ LAUROBA LACASA, M. E., “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán”, *Revista jurídica de Catalunya*, v. 110, nº 2, 2011, págs. 313-344, págs. 321-322.

¹⁵⁰⁸ LAUROBA LACASA, M. E., “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán”, *Revista jurídica de Catalunya*, v. 110, nº 2, 2011, págs. 313-344, plantea que “más que la adjetivación (compartida/alterna/sucesiva), se discute la denominación más adecuada: «custodia», «guarda» o incluso «guarda y custodia». Como en los artículos 748.3, 769.3 y 770.6 de la LEC- expresión generalizada entre los actores jurídicos. El legislador catalán optó finalmente por «guarda», para superar la connotación cosificadora de la «custodia», págs. 315 y ss.; a lo que cabe preguntar si la expresión guarda no es también cosificadora.

¹⁵⁰⁹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. No entramos en la regulación de la nulidad y separación de la ley anterior porque en estos casos se atribuía de manera exclusiva al cónyuge inocente, excluyendo al otro de una manera casi total.

prácticamente todas las prerrogativas del ejercicio de la patria potestad¹⁵¹⁰, entendida esta como la atribución del derecho/deber de vivir con el menor y la potestad de decidir sobre todas las cuestiones que atañen al menor, manteniendo el otro progenitor los derechos/deberes de visita¹⁵¹¹, junto con la obligación de alimentos y la función genérica de velar¹⁵¹², así como las potestades inherentes a la titularidad de la patria potestad como la cotitularidad de la representación legal del menor.

Esta falsa identidad entre guarda/cuidado y ejercicio de la patria potestad¹⁵¹³ en las situaciones de no convivencia, se debe en primer lugar al incomprensible y, desde mi punto de vista, técnicamente incorrecto artículo 156 (5º párrafo) del Código civil, que establece que “si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”¹⁵¹⁴, que se opone a la regla general de coejercicio contenida en el primer apartado de ese mismo artículo, regla que de acuerdo con los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental no

¹⁵¹⁰ DE TORRES PEREA, J. M., “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret*, 4/2011, mantiene que “la patria potestad sin guarda y custodia es una patria potestad no ejercida, limitada a participar en la adopción de las decisiones más graves”, pág. 10.

¹⁵¹¹ En el Preámbulo del el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013 señala que el concepto de visitas, es un término que se “queda corto y obsoleto para las pretensiones de la reforma, que persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor. Por ello, se ha superado dicho término y ahora no se habla de guardador o custodio, o de visitas en relación con las relaciones con los progenitores, sino de convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente”, pág. 10.

¹⁵¹² BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: Una visión crítica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, mantiene que el deber de velar por el menor se transforma, cuando no se convive con el menor en el deber de relación (visita), que sólo puede ser privado por resolución judicial, pero esta afirmación no es del todo cierta, ya que la Entidad pública puede rescindir o limitar ese derecho/deber cuando asume la tutela o la guarda voluntaria del menor. Además, considera que “la patria potestad no es un contenido esencial de la filiación”, como se deduce del artículo 110 de Código civil y, por lo tanto, el deber de velar y alimentar al menor son independientes de la patria potestad, constituyen el contenido mínimo de la filiación, pág. 72.

¹⁵¹³ GODOY MORENO, A. “La Guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y Guarda alterna”, en AAVV, *Diez años de abogados de familia*, (1993/2002), Asociación de Abogados de Familia, La Ley, Madrid, 2003, considera que el Código civil distingue, sin lugar a dudas, entre el concepto de potestad de guarda (o de custodia) y el concepto de ejercicio de la patria potestad, “ la primera se refiere al aspecto personal, convivencial e inmediato del cuidado del hijo, mientras que el segundo se reconduce a la responsabilidad integral sobre el menor o facultad de decisión respecto de los temas que le afecten”, pág. 320 y ss.

¹⁵¹⁴ Continúa dicho artículo 156: “Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

queda afectada por la no convivencia de los progenitores, más allá del cuidado material que derive de la cohabitación con el menor al que se refiere el artículo 159 cuando determina que si los padres no viven juntos pueden decidir de común acuerdo “al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”¹⁵¹⁵, y en consonancia con el artículo 92.1 que establece que la no convivencia de los progenitores por separación, nulidad o divorcio no los exime de sus obligaciones para con los hijos.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el artículo 90 establece que en el convenio regulador los cónyuges/progenitores deben llegar a un acuerdo sobre el cuidado y el ejercicio de la patria potestad, separando el Código ambos conceptos, y de acuerdo con el 92.5¹⁵¹⁶ del Código civil cabe la posibilidad de que los progenitores consensuen el ejercicio unilateral de la patria potestad, o que el juez otorgue el ejercicio de manera exclusiva a un progenitor. Pero la práctica judicial convirtió esa posibilidad en regla general, a través de la fórmula de concesión de la “guarda y custodia a X, otorgando a Y el régimen de estancia y comunicación”, entendiendo que el progenitor sobre el que recae la guarda asumiría esta en exclusiva, tomando las decisiones sobre el menor sin necesidad de obtener autorización del otro progenitor, haciendo la matización de que esa exclusividad no comprendería la representación legal del menor¹⁵¹⁷; obviándose, por lo tanto, el

¹⁵¹⁵ El artículo 159 quedará derogado de prosperar el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013, OTERO CRESPO, M., GARCÍA RUBIO, M. P., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 8, 2006, págs. 69-106 “pensamos que si de verdad ahora se trataba de alterar las reglas de ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven entre sí —estén o hayan estado o no casados, lo que desde la lógica de la igualdad de los hijos debe resultar indiferente— los preceptos que se hubieran debido modificar eran los relativos al ejercicio de la patria potestad y, muy especialmente, los arts. 156 y 159 del Cc, los cuales, sin embargo, no han sido tocados por la reforma que comentamos. Pues bien, la elección de esa equivocada sede normativa y la falta de coordinación con las normas generales en materia de patria potestad trae como primera consecuencia la siguiente pregunta: ¿han de ser aplicadas o no las disposiciones contenidas en el art. 92 Cc cuando la controversia sobre el ejercicio de la patria potestad no se produzca en el seno de un procedimiento de separación o divorcio, sino entre los padres de un hijo no casados entre sí?”, pág. 72.

¹⁵¹⁶ En ese sentido, cabe recordar que el artículo 92 del Códigocivil: “Podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro (...)”

¹⁵¹⁷ Por supuesto, estas decisiones tendrán como límite el interés del menor, el desarrollo de su personalidad y el respeto a su integridad física y psicológica, tal y como señala el artículo 154 del

mandato del artículo 90 A) que señalaba que en todo convenio debería especificarse dos cuestiones distintas, a saber, a que progenitor le correspondía el cuidado, la custodia, y como se distribuía el ejercicio de la patria potestad entre ambos, en todo aquello que no implicase convivencia continuada, y se identificó el todo, ejercicio de la patria potestad, con la parte, cuidado, concediéndose ambos de manera exclusiva a un progenitor.

Es indudable, que esta situación de cuasi expropiación del ejercicio de uno de los progenitores fue cuestionada por diversos sectores doctrinales y por los progenitores despojados¹⁵¹⁸, dando lugar a una reconsideración por parte de los Tribunales, que iniciaron el señalamiento de sistemas de ejercicio conjunto de las funciones parentales, hablándose de guarda y custodia compartida¹⁵¹⁹,¹⁵²⁰ nomenclatura que encontró su respaldo legal en la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Código civil, y en cualquier caso, no le exime del deber de informar al progenitor no guardador de las decisiones que se hayan tomado sobre el menor en el ejercicio de su titularidad exclusiva.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 586, aunque hay que precisar que el autor habla de custodia para hacer más ligero la exposición, pero se está refiriendo a la guarda y custodia, considera que en ella no está incluido “el complemento a la capacidad del menor en materias como nacionalidad, la vecindad y el domicilio, y, en general su capacidad de obrar. En cuanto a la educación, la formación y la salud habría que distinguir entre aquellas determinaciones cotidianas, de menor importancia y trascendencia, de las que impliquen una superior relevancia o mayores consecuencias o riesgos. Aquellas quedarían en la patria potestad residual y las últimas estarían comprendidas en la custodia o cuidado”.

¹⁵¹⁸ Hay que tener en cuenta que, casi por defecto, la atribución de la guarda y custodia de manera individual llevaba aparejada la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al progenitor que la ostentaba, con independencia de si era una propiedad común o del progenitor no custodio o incluso de un tercero, con el inevitable quebranto económico que ello supone para el no custodio, planteándose si la petición de guarda y custodia compartida por parte de un progenitor no está motivada, en algunos casos, por el beneficio económico que representa este modelo, *vid.*, MALPARTIDA VÁZQUEZ, J., “No sólo hay que reformar la guarda y custodia de los hijos”, *Noticias jurídicas*, enero 2014, Artículos doctrinales: civil.

¹⁵¹⁹ No puedo estar de acuerdo con lo señalado por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de hijos menores, en su apartado IV, cuando expone que esta solución se dio “con reticencias y dificultades, motivadas en parte por la falta de previsión expresa”, ya que existía un pleno respaldo legal a la posibilidad de ejercicio conjunto, lo que no estaba es la expresión “guarda y custodia compartida”.

¹⁵²⁰ OTERO CRESPO, M., GARCÍA RUBIO, M. P., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 8, 2006, págs. 69-106, en su nota a pie de pág. nº 3: “El término «custodia compartida» responde a una fórmula expresiva y directamente traducida de otros modelos normativos, pero carece de un significado técnico preciso en nuestro Derecho. Con ella se alude en realidad al modo de ejercicio conjunto o compartido de una patria potestad sobre un menor (o un mayor incapacitado) cuya titularidad tienen ambos padres, si bien es cierto que el Código civil recogía ya el término «guarda» al que parte de la literatura jurídica y de los tribunales le otorgan autonomía, estimando que con él se alude a la convivencia con el hijo y a la toma de las decisiones cotidianas, considerando que el

Ley en la cual el legislador español perdió la oportunidad de adecuarse a la nueva configuración de la responsabilidad parental en caso de no convivencia de los progenitores como ya había realizado Francia¹⁵²¹, que abandona el término guarda¹⁵²² como prerrogativa de la autoridad parental en la Ley de 4 de marzo de 2002, que define la autoridad parental por su finalidad, proteger al menor en su seguridad, su salud y su moral, asegurando su educación y permitiendo su desarrollo con respeto debido a su persona¹⁵²³. La estructura de la autoridad parental en Francia se asemeja a la regulación de nuestra patria potestad, distinguiendo entre titularidad y ejercicio y se cimenta sobre el principio general del ejercicio conjunto de los dos progenitores¹⁵²⁴, pero el hecho de la separación o no convivencia de estos no afecta a las reglas de coejercicio¹⁵²⁵, que se mantendrán salvo que ello sea

ejercicio de la patria potestad en sentido estricto, que puede ser compartido aun siendo la guarda unilateral, afecta a las decisiones más importantes y trascendentales (...). En nuestra opinión se trata de situaciones de ejercicio, simétrico o asimétrico, según sea o no igualitario el reparto de las funciones, de la patria potestad, si bien no vemos inconveniente en reservar el término «guarda», «custodia» o incluso ambos, para aludir a aquellos aspectos de dicho ejercicio más relacionados con el control diario del desarrollo personal del niño (custodia legal) y/o la convivencia (custodia física)”, pág. 73.

¹⁵²¹ Vid., ARAMBURU MUÑOZ, I., CHATO FRANCO, M., MARTÍN MARIA, B., PÉREZ-VILLAR APARICIO, R., *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, PÉREZ-VILLAR APARICIO, R., (coord.), Themis (Asociación de Mujeres Juristas), Madrid, 2007.

BARCIA LEHMANN, R., “Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 26, 2013, nº 2- diciembre, págs. 9-37.

¹⁵²² Vid., COURBE, P., *Droit de la famille*, Armand Colin, París, 1997, pág. 378, (epígrafes 1020, 1021 y 1022), mantenía que, en derecho francés, el término “garde” revestía una doble significación, en su acepción estricta el derecho de guarda consistía en el poder de fijar la residencia del menor y exigir que él permaneciera en la misma de manera efectiva, en un sentido amplio, se refiere al conjunto de derechos de los padres sobre la persona del menor, el derecho a la educación, y en relación a todos los atributos personales de la autoridad parental.

¹⁵²³ Código civil francés, artículo 371-1 (modificado por la Ley nº 2013-404 du 17 mai 2013): *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne*”.

¹⁵²⁴ Código civil francés, 372: *“Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant. L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales*

¹⁵²⁵ Código civil francés, 373-2 relativo al *exercice de l'autorité parentale par les parents séparés*: *“La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Tout changement de résidence de l'un des parents,*

contrario al interés del menor, en cuyo caso, el juez otorgará el ejercicio de la autoridad parental a uno solo de los progenitores, manteniendo el otro el derecho de visita y alojamiento¹⁵²⁶. Estos principios suponen que sí los padres mantienen la autoridad parental ésta concierne a la persona, a la administración de los bienes del hijo y a la representación legal, incluido la carga financiera que supone el menor^{1527, 1528}.

En esa misma línea, el *Codice Civile* italiano tampoco se habla de guarda de los progenitores sino de responsabilidad parental y su ejercicio, y en virtud de las

dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant."

¹⁵²⁶ Código civil francés, 373-2-1: *"Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents. L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves. Lorsque, conformément à l'intérêt de l'enfant, la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet. Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée. Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 371-2"*.

¹⁵²⁷ TERRÉ, F., FENOUILLET, D., *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, París, 2012, pág. 493, (epigrafe 482)

¹⁵²⁸ En el ejercicio de la autonomía de los progenitores, serán ellos los que realicen el convenio sobre la organización de la autoridad parental para su homologación judicial, artículo 373-2-7 Código civil francés: *"Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement"*.

Así mismo, podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los padres, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una alternancia de residencia durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la alternancia de residencia del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos, artículo 373-2-9 -7: *"En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent."*

modificaciones introducidas por la *Legge* 10 diciembre 2012, n. 219, así como por el Decreto Legislativo de 18 de diciembre de 2013¹⁵²⁹, la responsabilidad parental corresponde a los dos progenitores y la ejercen de común acuerdo, de acuerdo con la inclinación natural y las aspiraciones del hijo, correspondiéndole al progenitor que no ejercita la autoridad parental el derecho a vigilar su instrucción, su educación y las condiciones de vida del hijo (artículo 316), esta responsabilidad parental será ejercitada exclusivamente por un solo progenitor en caso de ausencia, incapacidad u otro impedimento (artículo 317); la responsabilidad parental conjunta no cesa en caso de separación, nulidad o divorcio (artículo 333), en virtud del derecho del menor a mantener un contacto equilibrado y continuado con ambos y del derecho a recibir de los dos progenitores cuidado, educación, formación y asistencia moral, pero su ejercicio se regula por las reglas contenidas en el capítulo II, y en concreto en el artículo 337-ter¹⁵³⁰, el juez valorará prioritariamente que el menor conviva con ambos padres (*affidamento condiviso*) determinando el tiempo y la modalidad de convivencia, así como el reparto en el deber de mantenimiento, cuidado, instrucción y educación del hijo, debiendo tomarse de manera conjunta las decisiones de mayor

¹⁵²⁹ Legge 10 dicembre 2012, n. 219, Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, y Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219.

¹⁵³⁰ Codice Civile italiano, artículo 337-ter: “*Provvedimenti riguardo ai figli. Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.*”

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, nei procedimenti di cui all'articolo 337-bis, il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento ` trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare.

La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà ` detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento”.

interés para el hijo menor pudiendo en caso de imposibilidad temporal de los progenitores, ordenar el acogimiento familiar. En el caso en que se adjudique la convivencia exclusiva a uno de los progenitores por representar esa situación el interés del menor, (*affidamento a un solo genitore*), le corresponderá a él el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental, teniendo el otro progenitor derecho y el deber de vigilar la formación y educación del menor (artículo 337-quater¹⁵³¹)¹⁵³².

¹⁵³¹ *Codice Civile* italiano, artículo 337-quater. “*Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso. Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.*

Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 337-ter. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile.

Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse”.

¹⁵³² Ese mismo esquema se encuentra en el Código civil suizo no se hace referencia a la guarda sino a la autoridad parental, que la ejercen en común los progenitores, constante matrimonio, pero si la vida en común es suspendida por separación o divorcio, el juez puede confiar la autoridad parental a uno solo de los cónyuges según las reglas contenidas en el Código, en concreto en el artículo 297, pudiendo, a petición de ambos progenitores, mantener el ejercicio conjunto, siempre que ello suponga el interés del menor y los padres realicen un convenio, que deberá ser aprobado por el juez, que determine su participación en el mantenimiento de menor (artículo 133.3); sin embargo, si los padres no están casados entre sí, la autoridad parental la ostenta la madre, y solo corresponderá al padre cuando la madre hubiese sido incapacitada, o privada de la autoridad parental o hubiese fallecido (artículo 298); en cualquier caso, el progenitor que no ostenta la autoridad parental tiene derecho a mantener las relaciones personales acordes con las circunstancias (artículo 273), así como a ser informado por el otro progenitor de las cuestiones relativas a la vida del hijo, o de solicitar informes a aquellos que están en contacto con el menor, informes médicos, educativos, de los servicios sociales, así como a ser escuchado antes de tomar decisiones importantes para el desarrollo del menor (artículo 275); en cualquier caso, si se atribuye la autoridad parental ambos progenitores, estos deben de hacer frente a los gastos de mantenimiento del menor de manera conjunta, artículo 302: “*Après la dissolution du mariage par le divorce, l'autorité sur la personne de l'enfant et l'administration de ses biens sont exercées conjointement par les père et mère ou par celui à qui elles ont été confiées*”.

Por su parte, en el Código civil belga la autoridad parental del menor también está atribuida a ambos padres durante su convivencia, que la ejercerán conjuntamente (artículo 373); la no convivencia (artículo 374) o la disolución de matrimonio no afecta al ejercicio de la autoridad parental sobre la persona y la administración de los bienes del menor continua siendo ejercida por ambos progenitores (artículo 302: : “*Après la dissolution du mariage par le divorce, l'autorité sur la personne de l'enfant et l'administration de ses biens sont exercées conjointement par les père et mère ou par celui à qui elles ont été confiées*”). la organización de esta corresponsabilidad le corresponde a los padres a través de un acuerdo, y en defecto de este, o si este es contrario al interés del menor, el

Pero la cuestión, en lo que atañe a este trabajo, no es si la guarda y custodia es exclusiva o compartida, la cuestión debe plantearse intentando determinar qué facultades lleva incorporadas¹⁵³³, cuál es su contenido, qué funciones se adscriben al

juez establecerá el reparto del tiempo de convivencia con cada progenitor, (*les modalités d'hébergement*), así como la colaboración en las decisiones importantes en relación con su salud, su educación, su formación, su ocio, y sobre la orientación religiosa o moral, pudiendo, si así lo exigen e interés del menor conceder el ejercicio exclusivo de la autoridad parental a uno solo que, en cualquier caso, seguirá manteniendo el derecho a velar por la educación del menor, para lo que podrá obtener del otro padre o de un tercero la información necesaria, así como, si no es contrario al interés del menor, el derecho a las relaciones personales con el hijo (artículo 374); el ejercicio conjunto de la autoridad parental supone mantener también conjunto el derecho/deber de representar la menor y administrar sus bienes y sólo en el caso de atribución exclusiva a un solo progenitor este asume la representación y la administración de los bienes, (artículo 376 : "*Lorsque les père et mère exercent conjointement l'autorité sur la personne de l'enfant, ils administrent ensemble ses biens et le représentent ensemble. (...)Lorsque les père et mère n'exercent pas conjointement l'autorité sur la personne de l'enfant, celui d'entre eux qui exerce cette autorité a seul le droit d'administrer les biens de l'enfant et de le représenter, sous réserve des exceptions prévues par la loi. L'autre parent conserve le droit de surveiller l'administration. Il pourra, à ce titre, obtenir de celui qui exerce l'autorité ou de tiers toutes informations utiles et s'adresser au tribunal de la jeunesse dans l'intérêt de l'enfant*").

Sin embargo, el *Code de la Famille* de Marruecos, Loi n° 70-03, *dahir* (décret royal) n° 1.04.22 du 12 Hija 1424, aprobado el 3 de febrero de 2004, mantiene el término guarda como institución independiente de la patria potestad, y la considera integrada dentro de las obligaciones de los padres (artículo 54. 3: "*Les parents doivent à leurs enfants les droits suivants: la garde et la pension alimentaire*"; dedicando todo el Título II del Libro III del Code de famille a la guarda del menor), que tendrán la titularidad conjunta durante el matrimonio la guarda (artículo 164: "*La garde de l'enfant incombe au père et à la mère tant que les liens conjugaux subsistent*". en caso de divorcio o de mal ejercicio de los padres, el Código tiene señaladas las reglas para su adjudicación, de acuerdo con un criterio jerárquico, primero la madre, luego el padre, y después a la abuela materna, y a falta de estos el juez determina su adjudicación a un pariente próximo (artículo 171), el progenitor que no tiene atribuida la guarda tiene derecho de visitas.

¹⁵³³ La doctrina francesa, como mantiene FENOUILLET sigue considerando la guarda como la prerrogativa central de la autoridad parental, identificando su contenido con el tener al menor consigo (artículo 371-3 del Código civil francés: "*L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi*"), así como el poder de decidir de manera general sobre el modo de vida del menor, sobre sus relaciones (El derecho de los padres a controlar sus relaciones viene limitado por el artículo 371-4, modificado por la Ley n° 2013-404 du 17 mai 2013: "*L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables*") y sus ocupaciones con respeto a su personalidad ; FENOUILLET, D., *Droit de la famille*, Dalloz, París, 2008, pág. 417.

El *Code de la Famille* de Marruecos, Loi n° 70-03, *dahir* (décret royal) n° 1.04.22 du 12 Hija 1424, aprobado el 3 de febrero de 2004, mantiene el término guarda como institución independiente de la patria potestad, y da una definición de ella en su artículo 163: "*La garde consiste à préserver l'enfant de ce qui pourrait lui être préjudiciable, l'éduquer et veiller à ses intérêts. La personne chargée de la garde doit, dans la mesure du possible, prendre toutes dispositions nécessaires à la préservation et à la sécurité tant physique que psychologique de l'enfant soumis à la garde et veiller à ses intérêts en cas d'absence de son représentant légal et en cas de nécessité si la perte des intérêts de l'enfant est à craindre*".

ejercicio conjunto de la patria potestad manteniéndose en cualquier caso la cotitularidad, y qué funciones son las que se detraen de ese coejercicio y van a poder ser ejercitadas de manera exclusiva por parte del progenitor “custodio”¹⁵³⁴; su precisión es sustancial, en cuanto que afecta a “otras cuestiones de gran importancia, a saber las relativas a la atribución de la vivienda familiar y el establecimiento de la pensión alimenticia”¹⁵³⁵, y la responsabilidad civil de los progenitores por hechos de los hijos.

A este respecto la doctrina se mueve entre una concepción amplia que consistiría en “el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo”¹⁵³⁶, añadiendo algún sector doctrinal a ese contenido, el derecho de

¹⁵³⁴ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio aprobado por el Consejo de Ministros en 2013, Anteproyecto fallido: “La fijación de la custodia lleva consigo básicamente la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con el menor las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio, a diferencia del de la patria potestad que se refiere a cuestiones de mayor trascendencia, se desenvuelve en un quehacer cotidiano y doméstico. En la práctica, cuando se debate acerca de la custodia de los hijos, lo que se está planteando es la cuestión de la residencia: con quién se queda a vivir el hijo y quien de los progenitores es el que va a ejercer la tarea cotidiana de educación y control del menor (vid. SAP Barcelona de 20 de noviembre de 2003)”, pág. 5. Juzgado de Primera Instancia nº 11, Santander, Sentencia nº 000435/2012 de 28 de septiembre de 2012. Fundamento de Derecho primero: “ En nuestro Derecho interno, el Código de Familia no determina con claridad las funciones inherentes a la patria potestad, diferenciándolas de las que corresponden a quien ostenta los derechos de custodia exclusiva, ni determina a cuál de los progenitores -en caso de conflicto- corresponde decidir el lugar de residencia del menor, por lo que se hace precisa una labor de delimitación del contenido de ambas figuras y de los derechos y obligaciones que comprende cada una de ellas en cuanto, en la inmensa mayoría de los casos, sólo uno de los progenitores tiene atribuida la custodia del menor, aunque ambos ejerzan conjuntamente la patria potestad sobre el mismo. En los casos de ruptura convivencial de los progenitores, el guardador precisa, respecto a la decisión sobre el cambio de residencia habitual de un menor y para su adopción, del consentimiento del no custodio, o, en su defecto, autorización judicial. La función (derecho-deber) de velar por los hijos menores es atribuida por el art. 137.1. del CF a quienes ejercen la patria potestad sobre los mismos; ese deber -y a la par facultad- de velar por los hijos no corresponde de manera exclusiva al progenitor guardador. Para el adecuado ejercicio de dicha función por el no custodio es evidente que el mismo tiene derecho a estar plenamente informado por el otro de todas las incidencias de importancia que afectan a la vida, salud, educación y formación del menor en todos los órdenes y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones o asuntos de importancia que afecten a la vida, salud, educación y formación integral del menor. Y no cabe duda de que la decisión de cambiar el lugar de la residencia habitual del menor es una decisión de suma trascendencia como para no comunicarlo a la progenitora”.

¹⁵³⁵ ZURILLA CARIÑANA, M. A., *Las disputas judiciales en torno a los hijos. Una constante en las crisis matrimoniales*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pág. 40.

¹⁵³⁶ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 276; RIVERA ÁLVAREZ, J., M., “La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 18 (2005), págs. 137-162, continua el autor “por cuanto el ejercicio

su titular a decidir el lugar de residencia¹⁵³⁷, ¹⁵³⁸ pero de prosperar el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio¹⁵³⁹, el derecho a decidir el lugar de residencia se independiza de la guarda y custodia, formando parte del contenido de las funciones que le corresponden a ambos progenitores como consecuencia de la corresponsabilidad parental, tal y como se desprende del artículo quince, que da una nueva redacción al artículo 156: “El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cuál sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos.”

Otro sector doctrinal se adhiere a una concepción restringida de la guarda y custodia, definiéndola como “el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia”¹⁵⁴⁰, ¹⁵⁴¹ identificando guarda con

comprende algunas decisiones sobre educación, formación y respeto a la salud de los hijos, que deben ser compartidas por ambos, el conviviente y el que no lo es”, pág. 142.

¹⁵³⁷ CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción internacional del menores: una visión general”, *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, GAMARRA CHOPO, Y., (coord.), Institución “Fernando el Católico”, Diputación provincial de Zaragoza, Zaragoza, 2011, págs. 115-155, “El derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y en particular, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”, pág. 125.

¹⁵³⁸ PÉREZ-SALAZAR RESANO M., *Tratado de Derecho de Familia*, GONZALEZ POVEDA, P., GONZÁLEZ VICENTE. P., (coords.), Sepín, Madrid, 2005, “la guarda y custodia se identifica, en el derecho español, con el cuidado y atención diario, que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor, y que esa convivencia habitual se diferencia de resto de los derechos y deberes que componen el ejercicio de la patria potestad y que competen a ambos progenitores, tenga quien tenga la custodia”, pág. 184; en ese mismo sentido, LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 276

¹⁵³⁹ Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, (Consejo de Ministros, 19 de julio de 2013, a propuesta del ministro de Justicia)

¹⁵⁴⁰ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 276; PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, en ese mismo sentido “comprenderá aquellas funciones que requieran convivencia (“cuidado y compañía) con el hijo”, pág. 36; LAUROBA LACASA, M. E., “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 110, nº 2, 2011, “el contacto continuado con el menor, su atención diaria (esos “asuntos relativos a su vida diaria” en locución del art. 336-14 CCCat)”, pág. 18.

¹⁵⁴¹ ARAMBURU MUÑOZ, I., CHATO FRANCO, M., MARTÍN MARIA, B., PÉREZ-VILLAR APARICIO, R, *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, PÉREZ-VILLAR APARICIO, R., (coord.), Themis (Asociación de Mujeres Juristas), Madrid, 2007, capítulo IV, (carece de paginación): “Por ello y sin perjuicio de que la patria potestad siga siendo compartida el/la progenitor/a que convive habitualmente con los hijos e hijas sometidos a potestad viene obligado/a a realizar una serie de funciones que podríamos denominar domésticas, derivadas del que- hacer diario, tales como, alimentación, seguimiento y ayuda en los estudios, revisiones médicas, atenciones

cohabitación y con el cuidado prestado al menor en virtud de esa convivencia; así GUILARTE MARTÍN-CALERO define la guarda como “aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”¹⁵⁴².

En resumen, del estudio de los autores y de la jurisprudencia¹⁵⁴³ podemos concluir que hay casi unanimidad en identificar guarda con cohabitación permanente o por periodos de tiempo equivalentes, en virtud de la facultad de los progenitores de tenerlos en su compañía, tal y como señala el artículo 154.1 del Código civil^{1544, 1545}, y guarda con cuidado, ya sea adjudicada en exclusiva a un progenitor o en la guarda compartida/partida/repartida/rotativa/alterna/conjunta, es decir, aquella situación que, bajo cualquiera de esas denominaciones o de otras similares¹⁵⁴⁶, determine la “convivencia de los hijos con sus progenitores (y) (...) que

en casos de enfermedad común, establecimiento de normas de higiene, imposición de normas de disciplina, etc., y todas estas tareas que deben realizarse respecto de los hijos e hijas y que son solo una parte del concepto más amplio de lo que entendemos por "educación" cuya competencia corresponde a ambos progenitores -tanto por disposición legal como por exigencia moral- responden al contenido de lo que jurisprudencialmente se ha configurado como deberes de "guarda y custodia”.

¹⁵⁴² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret*, abril 2008, Barcelona, pág. 4.

¹⁵⁴³ Parafraseando a RIVERO HERNÁNDEZ, F., aunque el autor lo expresa respecto a la relación jurídica, en verdad que cada uno puede entender la guarda como se le antoje, pues se trata de un término no definido por la ley, *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de Familia, v. 2º, LA CRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A, RIVERO HERNANDEZ, F., Bosch, Barcelona, 1989, pág. 78.

¹⁵⁴⁴ *Vid.* RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989, págs. 104-132

¹⁵⁴⁵ Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de hijos menores, en su apartado IV.

¹⁵⁴⁶ CARBALLEIRA RIFÓN, Y., “La evolución del lugar del padre a través de la historia y en la consulta terapéutica. Cambios en la estructura psíquica del niño actual”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 48, 2009, 147-165, titula uno de los apartados de su artículo “Hacia una coparentalidad, cambios en la estructuración psíquica del niño”, y señala que se puede entender la coparentalidad “como una forma de llevar adelante la tarea de ser padres de una forma compartida, sin delegar aspectos prácticos de la crianza en la madre únicamente, como

supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir”¹⁵⁴⁷.

Considero que no puede analizarse la guarda y custodia, sea con un régimen de guarda u otra¹⁵⁴⁸, sin tener en cuenta la actual evolución del papel de los progenitores en el desarrollo integral del menor, en el ejercicio de la responsabilidad parental¹⁵⁴⁹, cuya finalidad es “asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor”¹⁵⁵⁰, y que se concreta en la potestad, en el derecho y la responsabilidad de tomar las decisiones importantes sobre la vida del menor y esta responsabilidad corresponde a ambos progenitores y

se daba en otra época (...). Esto configura un cambio importante en el plano de las mentalidades y las costumbres culturales, lo que implica una modificación significativa de papeles. Pero también hay situaciones que hacen pensar en que esta coparentalidad es llevada al extremo, y la pluralización de la función paterna parece deslizarse hacia una indiferenciación de papeles (algunos padres dicen: “nos embarazamos”, “lo parimos”, “lo amamantamos”, “nos despertamos con él”, “elegimos todo juntos”). En estos casos extremos dejaría de haber un plano simbólico de coparticipación, para pasar concretamente a una “estructura única de tres”, se pasaría al niño rey, pág. 161.

¹⁵⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 29/2008, de 31 de julio de 2008, Fundamento de derecho 4º.

¹⁵⁴⁸ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2012 de 1 de febrero, Fundamento de Derecho tercero: “En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)”.

¹⁵⁴⁹ En consonancia con el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, que en su artículo 2.7 entiende por “responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”, en su versión francesa “Il comprend notamment le droit de garde et le droit de visite;” y en el artículo 2.8 considera “titular de la responsabilidad parental, cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor”.

¹⁵⁵⁰ Sentencia Tribunal Supremo 761/2013, 12 diciembre 2013, Fundamento de Derecho 2º.

no debe ser afectada por la falta de convivencia¹⁵⁵¹, ¹⁵⁵², y en el caso de producirse esta ruptura, la responsabilidad parental debe seguir siendo ejercida de la manera más próxima “al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos”¹⁵⁵³.

En este sentido, en las situaciones de no convivencia de los progenitores el ejercicio de la responsabilidad parental “se llevará a cabo conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más

¹⁵⁵¹ RIVERA ÁLVAREZ, J., M., “La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil” *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 18 (2005), págs. 137-162, “es difícil conseguir la conceptualización de la guarda a partir del hecho de la falta de convivencia de los padres con los hijos ya que se ha construido, no sobre bases formalistas, sino sobre la realidad de la crisis matrimonial y la necesidad de mantener las responsabilidades derivadas de la patria potestad en el no conviviente”, págs. 139-140

¹⁵⁵² Preámbulo del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013, “se considera necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos (...) (que) será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso (artículos 90 y 91 del Código Civil), a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos”.

¹⁵⁵³ Sentencia Tribunal Supremo 761/2013, 12 diciembre 2013, Fundamento de Derecho 2º: “La sentencia reconoce también que existe entre los progenitores un vínculo afectivo normalizado, y que los hijos quieren compartir su vida con su padre y con su madre. Omite, sin embargo, que como consecuencia de la ejecución de la sentencia durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia compartida.

Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos”.

transcendentes de la vida, salud, educación y formación del menor. En particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas al menor y la realización por éste de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores”¹⁵⁵⁴.

De lo anteriormente mantenido, es indudable que no existe base legal para equiparar la guarda con ejercicio total de la patria potestad, dado que no supone la concentración “del ejercicio de la patria potestad sobre un único padre conviviente”¹⁵⁵⁵, pero tampoco que la guarda, desgajada de la patria potestad, sea ejercida “en solitario por el progenitor determinado en el convenio regulador o en la sentencia de nulidad, separación o divorcio”¹⁵⁵⁶. Mantener esta postura supone considerar correcto que en el delito de abandono de menores del artículo 229.1 del

¹⁵⁵⁴ Conclusión segunda del “IV Encuentros de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia” y “VI Jornadas nacionales de magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales”, Valencia, 26, 27 y 28 octubre de 2009, aunque se refiere únicamente a “los casos de ruptura de la pareja”.

¹⁵⁵⁵ RIVERA ÁLVAREZ, J., M., “La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 18 (2005), págs. 137-162, señala “por cuanto el ejercicio comprende algunas decisiones sobre educación, formación y respecto a la salud de los hijos, que deben ser compartidas por ambos, el conviviente y el que no lo es”, pág. 142.

¹⁵⁵⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret*, abril 2008, Barcelona, continuando la autora “de suerte que, en cada momento, será guardador el progenitor a quien le corresponda, según lo dispuesto por los padres en el convenio regulador o por la autoridad judicial en la sentencia que ponga fin al procedimiento seguido al efecto” y “en los supuestos de la llamada guarda compartida o guarda conjunta, no hay una cotitularidad en la facultad de guarda sino una titularidad sucesiva o alterna”, pág. 4.

Código penal¹⁵⁵⁷ el sujeto activo, y por lo tanto castigado con la pena básica, sea el “que de *facto* se encuentra en ese momento con el menor, sin que tenga ninguna obligación legal derivada de filiación o por sentencia; pudiendo incluir aquí a los padres que, sin tener la guarda y custodia de los hijos, queden encargados temporalmente de su cuidado”¹⁵⁵⁸ solución está poco acorde con la actual concepción de la responsabilidad parental en los casos de separación, que debe tender a un modelo similar a la convivencia constate pareja, y a garantizar la posibilidad de que los padres sigan “ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos”^{1559, 1560}.

Actualmente, tampoco cabe considerar guarda como sinónimo de cohabitación o convivencia¹⁵⁶¹, la guarda es un concepto más amplio que vivir en

¹⁵⁵⁷ Artículo 229. 1 del Código penal: “El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años. 2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años”

¹⁵⁵⁸ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 45, 2003, págs. 56.

¹⁵⁵⁹ Sentencia Tribunal Supremo 761/2013 de 12 de diciembre 2013, Fundamento de Derecho 2º

¹⁵⁶⁰ MANZANO, J., “Procreación y crianza en los tiempos actuales: Introducción general”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 48, 2009, págs. 7-20: “La separación y la reconstitución de las parejas también implica una situación de riesgo. Yo anunciaría que todo esto puede ser comprendido en el concepto clásico de crisis. Crisis es una situación de desequilibrio, una prueba que los niños tienen que confrontar, (evidentemente la crisis es un momento de riesgo, de desorganización). Si la supera, el niño sale reforzado. No cabe duda de que la posibilidad del divorcio es una medida muy positiva y puede ser la mejor solución en muchos casos, pero tienen también efectos colaterales en los niños. El divorcio es siempre una pérdida, o una amenaza de pérdida. La crisis es una prueba para el niño que este puede superar aunque también es una amenaza que puede desequilibrarle. Ya saben que aquí las intervenciones son para que se pase lo mejor posible mediante una acción cuando nos concierne, sobre la pareja, y una terapia focal de crisis para ayudar al niño en estas situaciones”, págs. 17-18.

¹⁵⁶¹ Esta idea no es original, parte de la doctrina ya se pronunció sobre la posibilidad de interpretar el deber de convivencia de manera flexible y relativo, *vid.*, por todos, MANRESA Y NAVARRO, J. M. *Comentarios al Código Civil Español*, T. II, Reus, Madrid, 1957, pág. 29, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 366, o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 154”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, v. II, 1984 AMORÓS GUARDIOLA, M., (coord.), Tecnos, Madrid, págs. 1049-1051, este autor, después de señalar que el deber de tenerlos en su compañía se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia, mantiene que la identificación de la “compañía con la convivencia no impide que aquella se pueda concretar temporalmente en una residencia del hijo, en domicilio distinto de sus progenitores, siempre que se trate de situaciones transitorias y que respondan a su beneficio”

compañía¹⁵⁶²,¹⁵⁶³, la guarda no se circunscribe al elemento estático del espacio físico, comporta un elemento dinámico, una actividad, que se concreta en la toma de decisiones sobre el menor, por lo tanto, la guarda ya no puede ser concebida como la prerrogativa que se concedía al titular de la patria potestad de obligar a los hijos menores a que vivan bajo su mismo techo y a vigilar sus actividades, o el derecho de los progenitores de tener al menor consigo, correlativo a la obligación de los hijos a vivir en casa de su progenitores, sin poder abandonarla sin su permiso¹⁵⁶⁴; en realidad la convivencia se convierte en una dimensión abstracta¹⁵⁶⁵, tal y como pone de relieve la regulación de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos menores de acuerdo con la actual redacción del artículo 1903, y su deriva jurisprudencial¹⁵⁶⁶.

En ese sentido, si en el ánimo del legislador estuviese la identificación entre convivencia y guarda, no habría sido necesario introducir una nueva redacción del artículo 1903, 2º párrafo del Código civil¹⁵⁶⁷, ya que su anterior contenido era

¹⁵⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22), 28 de junio de 2002, (nº de Recurso: 854/2001) considera que un progenitor debe abonar la pensión de alimentos a su hija, que estaba en tutela ex lege de la entidad pública madrileña desde antes de que se dictase la sentencia de divorcio, ya que considera que no hay supresión de las funciones de la guarda porque la niña pasa los fines de semana con la madre.

¹⁵⁶³ LÓPEZ SANCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 266 y ss., considera que la redacción dada al 1903 del Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, contempla supuestos en los cuales no es necesario que exista la cohabitación material entre el menor y uno de los progenitores para que surja la responsabilidad civil del progenitor no custodio por hechos del menor.

¹⁵⁶⁴ Hay que tener en cuenta que en una jornada ordinaria de un menor, los periodos de convivencia de éste con su progenitor, de estar ambos en un mismo espacio físico, son escasos, son más las situaciones diarias en las que el menor se encuentra fuera del control directo de los progenitores, incluso en las primeras fases de su vida, (basta hacer un cálculo de las horas que cualquier menor pasa en la guardería, colegio, actividades extraescolares, ocio, excursiones).

¹⁵⁶⁵ CASTAIGNÈDE, J., "Les petits responsables. Réflexions sur la responsabilité pénales et la responsabilité civiles du mineur", *Regards croisés sur les Droits de la famille et du patrimoine, Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, DOAT, M., REBOUR, G., (coords), L'Harmattan, París, 2005, considera que la cohabitación va a ser considerada como una dimensión abstracta, pág. 127.

¹⁵⁶⁶ Sentencia 2e Chambre civile 17 février 2011, pourvoi n° 10-30439, BICC n° 744 du 15 juin 2011: "Il résulte des dispositions de l'article 1384, alinéas 1er, 4 et 7, du code civil que la responsabilité des parents en raison des actes dommageables commis par leurs enfants mineurs dont ils ont la garde juridique est inséparable de la notion d'autorité parentale. L'exonération de leur responsabilité de plein droit ne peut être admise sans constater que la faute retenue à l'encontre de la victime avait été pour le responsable, un événement imprévisible et irrésistible".

¹⁵⁶⁷ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, determinó la responsabilidad de los dos progenitores y sustituyó la expresión del 1903 de "hijos menores de edad que vivan en su compañía" por la

coherente con las modificaciones que en el mismo cuerpo legal se introdujeron en relación con el artículo 154.1º (tenerlos en su compañía) y con las reglas de adjudicación de la patria potestad en los casos de crisis familiar, que se regularon, de manera casi simultánea, con la Ley 30/1981¹⁵⁶⁸; por lo tanto, el legislador, al introducir la guarda como elemento delimitador de la responsabilidad de los progenitores determinó que ya no era exigible en todo caso, a diferencia de la anterior regulación, el requisito de cohabitación en el sentido que los padres solo asumían el daño provocado por el hijo si existía una convivencia efectiva¹⁵⁶⁹, por lo tanto, el nuevo artículo 1903 del Código civil ya no deriva de la una falta de los progenitores en la vigilancia y educación de los hijos¹⁵⁷⁰, que si exigía una convivencia material, lo cual suponía la posibilidad de exonerar al progenitor no conviviente, pudiéndose construir con la nueva redacción una responsabilidad fundada en el riesgo¹⁵⁷¹ que supone todo menor, otorgando a la guarda un significado jurídico, "*la garde juridique*"¹⁵⁷² del Derecho francés, que se caracteriza

expresión "hijos que se encuentren bajo su guarda", ABRIL CAMPOY, J. M., "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 675, enero-febrero, 2003, págs. 11-54, señala que esta modificación es más acorde con la concepción de una responsabilidad por culpa, pág. 5.

¹⁵⁶⁸ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, hay que recordar que esta Ley mantiene la causalidad en la separación y divorcio, y aunque supuso un inestimable avance respecto a la situación planteada por la Ley de 24 de abril de 1958, en la que el reparto entre los cónyuges de los hijos, en caso de nulidad o separación, se hacía en función de la edad y sexo de los menores, y de la buena o mala fe de uno o de ambos cónyuges, y si los dos actuaban de mala fe el juez podía constituir una tutela sobre los hijos, la Ley 30/1981 el progenitor "culpable" perdía prácticamente el control sobre la vida del menor.

¹⁵⁶⁹ ABRIL CAMPOY, J. M., "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 675, enero-febrero, 2003, págs. 11-54, "El concepto de guarda no debe presuponer necesariamente la convivencia, aunque en la mayoría de ocasiones sea así, lo que lleva consigo la posibilidad de exigir responsabilidad a los padres por los hechos dañosos de los hijos cuando, pese a no convivir con ellos, por diferentes motivos, se encuentre no obstante bajo su guarda. Y ello no es baladí, puesto que va a evidencias que la culpa invigilando no puede actuar como fundamento de la responsabilidad paterna, al no existir convivencia, mientras que sí puede basarse la misma en la culpa in educando" págs. 11 -12.

¹⁵⁷⁰ Aunque puede decirse que prácticamente toda la jurisprudencia en esa materia siguen utilizando estos fundamentos pero como fórmulas de estilo, vacías de contenido, pues entienden a los progenitores responsables por su condición de tales.

¹⁵⁷¹ Se habla de riesgo cosificando al menor, pero en realidad la responsabilidad civil de los padres sobre los hechos de sus hijos menores ha ido evolucionando hacia una identificación con la responsabilidad objetiva del 1905 y ss.

¹⁵⁷² LÓPEZ LÓPEZ, "Comentarios al artículo 90", *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, LACRUZ BERDEJO, J. L. (coord.), Madrid, Civitas, 1982, págs. 643 y ss. utiliza esa expresión para designar lo que él considera una nueva figura jurídica, subyacente en el Código civil, en relación con los acuerdos entre los cónyuges en las crisis familiares y la

por la atribución de unas facultades de control y dirección que una persona ejerce sobre otra¹⁵⁷³.

Por lo tanto, la responsabilidad civil de los padres derivada del artículo 1903 del Código civil no presupone necesariamente convivencia, incluso la jurisprudencia ha argumentado que la responsabilidad del 1903 no derivaba de la guarda, sino de la patria potestad¹⁵⁷⁴ por lo que “resultan responsables los padres que ostenten la patria potestad, (...), tratándose de una responsabilidad de semi-riesgo, con proyección cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho”^{1575, 1576}. Esta es la línea argumental seguida en la

posibilidad de determinación del cónyuge a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a patria potestad de ambos, y el ejercicio de esta.

En el sentido de que la guarda constituye una obligación derivada de la ley de asumir el cuidado y vigilancia del sometido a ese control, siendo indiferente que la persona que este obligada tenga a la persona bajo su radio de acción.

¹⁵⁷³ Sentencia cour de cassation chambre criminelle, 8 febrero de 2005, nº 03-87447, determina que los padres cohabitan con el menor, a efectos de su consideraciones de responsables civiles por los hechos de sus hijos, aunque el menor no haya vivido con sus padres desde que tenía un año, (momento en que ambos se lo confiaron a la abuela y el hecho lo cometió con 14 años) dado que son titulares de la autoridad parental, solo cabe su exoneración cuando el menor el menor está institucionalizado por decisión judicial, *vid.* SALHI, K., “La responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur”, *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (direc.), L.G.D.J., París, 2012, pág. 330.

Sentencia 2e chambre civile 19 octobre 2006, pourvoi nº 04-14177, a esas facultades debe añadirse el poder de usar la cosa, si de lo que se trata es de la guarda de una cosa.

¹⁵⁷⁴ Por su claridad, sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección Única), nº 246/2000 de 29 noviembre, Fundamentos de Derecho cuarto “responsabilidad declarada en el art. 1903, que aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona ni exige el dato de la culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias del TS, (...), justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos «in potestate», con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión de aquel deber de vigilancia, sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, (...), se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido importantes daños en su propiedad.”

¹⁵⁷⁵ La sentencia del Tribunal Supremo 234/2000, de 11 de marzo, prescinde del término “guarda”, y determina que “según la jurisprudencia de esta Sala resultan responsables los padres que ostenten la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad de semi-riesgo, con proyección cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho”.

¹⁵⁷⁶ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), Sentencia nº 113/2010 de 4 mayo, Fundamento de derecho tercero: “Hecha la anterior consideración, conviene señalar, como lo hizo el

configuración de la responsabilidad civil derivada de la Ley Orgánica 5/2000¹⁵⁷⁷, en la que no se conjuga la situación de guarda del menor para el nacimiento de la obligación de responsabilidad por el delito del menor, al plantear el artículo 61.3 una relación de posibles responsables solidarios del menor infractor, entre ellos sus “padres”, relación que en principio tiene carácter jerárquico, y por lo tanto, se excluyen unos a otros¹⁵⁷⁸.

El fundamento de la misma se encuentra en la corresponsabilidad de ambos en las funciones de educación, en la obligación de los progenitores de proporcionar al hijo unas pautas de comportamiento cívico, y de anticiparse para que el daño no se produzca, haciéndose recaer en la culpa in educando, y no tanto en el régimen de guarda legal¹⁵⁷⁹, considerando el carácter flexible del concepto de la expresión “bajo

Juez de la primera instancia, que la cuestión objeto de los presentes autos, la relativa a la responsabilidad de padres y tutores, es "materia problemática". En efecto, la doctrina científica, estudiados los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, afirma que, con arreglo a ellos, es posible "hablar de una responsabilidad prácticamente objetiva de los padres", citándose, en tal sentido, las sentencias de 22.9.1984, que afirma que "la responsabilidad dimana de omisión propia del padre, madre o tutor de dicho deber de vigilancia, con independencia del nivel de discernimiento del que se encuentra in potestate"; y de 10.6.1983 que alude a una responsabilidad de los padres "por creación de riesgo"; así, algún prestigioso autor ha señalado que "se trata de buscar, en último término, un responsable, a fin de que los daños sean indemnizados y, en la medida de lo posible, no sean causados". Y es asimismo cierto que, como fundamento de tal responsabilidad, se ha sostenido tanto la culpa in vigilando como la culpa in educando, que es la que sustenta la tesis contenida en la sentencia apelada. Ello no obstante, la cuestión aquí no es tanto esa "especie de responsabilidad *ex lege* inherente a las instituciones de patria potestad y tutela", de la que habla algún autor, sino si, en ese caso, la responsabilidad atañe a la madre de la menor y, por ende, a la aseguradora de su responsabilidad".

¹⁵⁷⁷ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, artículo 61.3: “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”, teniendo en cuenta que en su artículo 3 establece que “Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá la responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes”.

¹⁵⁷⁸ GARCÍA RUBIO, M. P., “La responsabilidad civil del menor infractor”, *Revista xurídica galega*, nº. 38, 2003, págs. 39-49, sin embargo, considera que la “interpretación literal de esta última referencia implica, por ejemplo, que habiendo padres no responderán en caso alguno los acogedores, lo cual no deja de ser curioso pues en este tipo de casos la falta de vigilancia del menor corresponderá más bien al guardador y no a los padres que no están ejerciendo la guarda y no tienen la posibilidad real de evitar el daño (a salvo la responsabilidad in educando); por eso, para muchos autores lo más lógico es entender que, a pesar de la mala redacción de la norma, habrá de estimarse que la responsabilidad civil corresponderá a uno u otro dependiendo de quien tenga en ese momento la guarda del menor”, pág. 44

¹⁵⁷⁹ Sentencia de la Audiencia provincial de Huelva de 18 de octubre de 2004: “a estos efectos es preciso distinguir entre la guarda y custodia legal y la guarda y custodia efectiva del menor (...)

su guarda”, que ampara situaciones transitorias derivadas del derecho de visitas o de las disposiciones pactadas en el convenio, lo que lleva a PAÑOS a afirmar que esa flexibilidad permite “que la responsabilidad se traspasa con el menor, y responde el progenitor que tenga consigo al menor en el momento de la comisión del acto dañoso, prevaleciendo la guarda real sobre la guarda legal”¹⁵⁸⁰, pero incluso permite que la responsabilidad de los padres cese cuando el hecho dañoso lo haya realizado el menor en el centro escolar y fuera del horario escolar¹⁵⁸¹

Este posicionamiento es contestado por diversos autores, que consideran que la responsabilidad civil de los progenitores es inherente a la guarda, forma parte de su contenido, con independencia de qué progenitor tenga físicamente al menor en el momento de la comisión del hecho¹⁵⁸². Este planteamiento coincide con lo mantenido por la jurisprudencia francesa¹⁵⁸³ en una de sus últimas sentencias al respecto, estableciendo que aunque la autoridad parental sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores, la responsabilidad por los daños ocasionados por los hechos de los hijos, solo incumbe al progenitor que tenga adjudicada la convivencia con el menor (*au seul parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant a été fixée*), aunque el otro padre tenga derecho de visita y alojamiento derivado del régimen de visita, ya que el Tribunal ha entendido que el

Resultando que si bien es cierto que desde el punto de vista estrictamente legal dicha función tutelar estaba atribuida a la madre, no lo es menos que (el hijo) en aquel tiempo convivía con su padre quien de manera efectiva ejercitaba su guarda y custodia”.

¹⁵⁸⁰ PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010, continua el autor “así pues, la guarda tendría que entenderse como el ejercicio de la patria potestad en el ámbito personal o el poder tomar decisiones en dicho ámbito, y no en el sentido estricto del término custodia”, pág. 133.

¹⁵⁸¹ ABRIL CAMPOY, J. M., “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 675, enero-febrero, 2003, págs. 11-54, después de analizar la jurisprudencia aplicable, mantiene que “la guarda de los padres cesa cuando se inicia el deber de vigilancia y educación por parte de los centros docentes, (...) el Tribunal Supremo suele referirse en estos supuestos a delegación de la guarda”, pág. 13

¹⁵⁸² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret*, abril 2008, Barcelona, como hemos visto la autora considera que forma parte de la guarda “la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia” y por lo tanto le corresponde al progenitor que tenga al hijo en el momento del hecho dañoso, pág. 4.

¹⁵⁸³ Pero SALHI, K., “La responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur”, *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (direc.), L.G.D.J., París, 2012, considera que esta solución no es acorde con el principio de cotitularidad y coejercicio de la autoridad parental en los casos de divorcio, por lo que sería una la solución más justa que, en el caso de padres no convivientes compartiendo el ejercicio, ambos continuaran siendo solidariamente responsables de los perjuicios causados por el menor, pág. 339, pie de pág. 238.

ejercicio de visita y alojamiento no supone una ruptura en la relación jurídica existente entre el progenitor que tiene su residencia con el menor y el menor; es indudable que el progenitor titular de derecho de visita puede ser responsable pero su responsabilidad será por falta¹⁵⁸⁴,¹⁵⁸⁵. Siendo también, en general la postura mantenida por nuestra jurisprudencia respecto a la responsabilidad civil de los menores en guarda administrativa, a través de acogimiento residencia o familiar, considerando responsable a la entidad pública responsable de la protección de los menores, por entender que su responsabilidad deriva de la titularidad de la guarda y no de la ubicación física del menor¹⁵⁸⁶.

Por otro lado, a pesar de que la doctrina¹⁵⁸⁷ y la jurisprudencia utilizan los términos guarda y custodia como sinónimos¹⁵⁸⁸, no creo que quepa la identificación,

¹⁵⁸⁴ Sentencia cour de cassation chambre criminelle, 6 noviembre de 2012, nº 11-86.857.

¹⁵⁸⁵ En la sentencia cour de cassation de la 2e chambre civile de 19 febrero de 1997, nº 94-21111, (asunto Samda), se establece la responsabilidad civil a una madre por el accidente de su hijo menor con un automóvil que había robado cuando estaba disfrutando del derecho de visitas con el padre, por entender que el ejercicio del derecho de visita y estancia no supone la cesación de la cohabitación de menor con el progenitor que ejerce y tiene atribuida la guarda, *vid.*, en ese sentido, PUIILL, B., "La responsabilité du fait du mineur après la disparition de la condition de cohabitation", *Regards croisés sur les Droits de la famille et du patrimoine, Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, DOAT, M., REBOUR, G., (coords), L'Harmattan, París, 2005, págs. 179 y ss.

¹⁵⁸⁶ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) Sentencia núm. 29/2005 de 17 febrero, Fundamento de Derecho cuarto : "Pues bien desde el indicado momento de conformidad con lo establecido en el Art. 172 del C. Civil dicho Instituto asumió la tutela del menor, como guardador legal, decayendo en consecuencia la responsabilidad tutelar que tenía la familia de acogida, y surgiendo la responsabilidad plena de la entidad pública, y si bien es cierto que por la adopción de la fórmula de acogimiento residencial, éste "se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor" (Art. 172. 3 del C. Civil), dicha circunstancia no elimina la responsabilidad que como guardador legal tiene, ya que sin perjuicio de la responsabilidad en que puede incurrir el director del centro de acogida, como guardador de hecho, sigue concurriendo la responsabilidad de la entidad pública que por ley tiene la tutela y la guarda. En definitiva el ingreso en el centro no elimina aquella, ya que lo que asume el centro es sólo el ejercicio del acogimiento residencial, pues en definitiva el Instituto Navarro de Bienestar social se convierte por ley en garante del ejercicio de la guarda legal, bien directamente bien a través de los oportunos convenios con quienes concierta la prestación del acogimiento residencial, pero este convenio no altera su responsabilidad legal, pues como se recoge en la STSJ Navarra Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de Mayo de 2004, nº 487/2004 "sin perjuicio de las obligaciones del centro y de los padres el INBS ejercía por Ministerio de la Ley la función de tutela..." ya que el hecho de haber confiado a un tercero la custodia no implica el cese de las "obligaciones de guarda de la Administración Foral...pues aún estando fuera de su ámbito material de acogida, seguía estando en el ámbito de vigilancia y supervisión de la entidad pública como guardador mediato..."

¹⁵⁸⁷ No puedo estar de acuerdo con RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "La Guarda y Custodia de los Hijos, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº 15, enero-diciembre 2001, págs. 282-298, considera que ambos términos son prácticamente similares, aunque la custodia supone algo más que la guarda, "una guarda cuidadosa y diligente", considerando que ambas expresiones al ir juntas se refuerzan, pág. 282.

si quiera por una cuestión semántica¹⁵⁸⁹, el Código y la Ley de Enjuiciamiento civil utilizan la disyuntiva “y”, lo cual implica la voluntad del legislador de considerar dos situaciones distintas, como él mismo expreso en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, “esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores (...) hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad. Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el

¹⁵⁸⁸ Sentencia Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre de 2012, utiliza ambos términos como sinónimos e incluso se refiere a “guardia”, así en su Antecedentes 5 “Explica que el cuestionado número 8 del art. 92 del Código civil, debe ser interpretado en su contexto y, especialmente, en relación al número 5 del mismo precepto que establece la guardia compartida para el caso en el que los padres hayan alcanzado ese acuerdo. El número 8, establece la posibilidad excepcional de imponer judicialmente la custodia compartida en los casos en los que dicho acuerdo no existe, es decir, uno de los progenitores se opone a dicho régimen, y por ello, a falta de consenso, el legislador exige el dictamen favorable del Ministerio Fiscal”.

Sentencia Tribunal Supremo 757/2013 de 29 noviembre 2013, Fundamento de Derecho Tercero: “En primer lugar, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para

determinar la guarda y custodia compartida. (...) En segundo lugar, que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales (...), ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual. En tercer lugar, en ningún caso se desnaturaliza la medida mediante la alternancia por anualidades de la custodia”.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2012 de 1 de febrero, en su Fundamento de Derecho tercero: “El sistema establecido por el legislador aragonés respecto a la guarda y custodia de los menores en supuestos de separación de sus progenitores, es el de estimar como preferente el de guarda compartida, si bien los Tribunales podrán establecer la guarda individual, cuando sea más favorable para el interés de los menores. Conforme al artículo 80.2 CDFA, El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”.

¹⁵⁸⁹ De su diversidad conceptual es prueba, MONTESDEOCA DE LA FUENTE, M., “La custodia del territorio como estrategia de protección del medio ambiente”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 27 de enero de 2014, “La custodia del territorio suele identificarse como el conjunto de estrategias o instrumentos, conocidos como “mecanismos de custodia”, que persiguen la participación activa de los propietarios y usuarios de los terrenos en la conservación de sus valores y recursos naturales, paisajísticos y culturales”, pág. 2, señalando que el elemento objetivo de la custodia es el territorio, el elemento subjetivo los propietarios y entidades de custodia, y el compromiso de custodia es el conjunto de derechos y obligaciones a los que se comprometen las partes.

Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido”.

Considero que la palabra custodia¹⁵⁹⁰ identifica la guarda material¹⁵⁹¹ en el contexto de la permanencia en un mismo espacio físico^{1592, 1593}, la tenencia del

¹⁵⁹⁰ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, en relación con las definiciones, señala en su artículo 2. 9) “derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”, considero que no ha sido traducido de manera correcta ya que en su versión francesa dispone “9) «*droit de garde*» les droits et obligations portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier le droit de décider de son lieu de résidence”; en relación a las traducciones, suscribo las palabras de GALLEGO, E. A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dikynson, Madrid, 2005, que afirma que su problemática es que en ellas “lo que subyace es un problema de tradiciones”, pág. 92.

¹⁵⁹¹ FÉRNANDEZ JIMÉNEZ, A., “Artículos 205 a 233”, *Código penal, comentado y con jurisprudencia* RODRÍGUEZ RAMOS, L., (dir.), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2007, págs. 541-542, en su comentario al artículo 223: “El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave”. Sujeto activo: Comete el delito el encargado de la custodia de un menor o incapaz cualquiera que sea el título por el que le esté confiado, no pudiendo serlo las personas que legalmente tengan atribuida la guarda o patria potestad del menor o incapaz, pero sí aquellas personas a las que éstos les hayan confiado su custodia (AP Gerona 18/2000, de 20 de enero). Se considera «guardador» a la Consejería de Bienestar Social de una Comunidad Autónoma que ha asumido la tutela administrativa de un menor (AP Cáceres 15/2002, de 12 de febrero). Es conducta típica la realizada por la abuela que, conocedora de que se había dispuesto la permanencia de su nieto en un hogar infantil, no lo reintegra al mismo tras la finalización del régimen de visitas dispuesto a su favor (AP Cáceres 15/2002, de 12 de febrero)”.

Vid., sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1138/2003, de 12 de septiembre determina que “el concepto de «*encargado de su guarda*» ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta del guardador de hecho, a la que ahora se refieren los artículos 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (...), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, onerosos o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas persona tan necesitadas de protección”; así mismo, *vid.* en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) nº 1772/2001 de 4 de octubre, nº 730/2011 de 12 de julio, nº 559/2009 de 27 mayo, la diferencia entre guarda y del delito de abandono del artículo 226 del Código penal, y custodia y abandono personal del 229 del Código penal, o entre guarda material y guarda personal.

¹⁵⁹² En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos contra la seguridad de menores o incapaces*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, considera que el bien jurídico protegido por el artículo 225 bis del Código penal es la seguridad personal del menor, que la define como la “vinculada a la presencia de éste dentro de un determinado parámetro espacial, en concreto el área de convivencia, y al normal ejercicio en ella del deber de convivencia de los titulares de su guarda material o custodia”, viéndose afectada esa seguridad personal del menor cuando determinados parientes le asignan un lugar de residencia “que contradice el establecido por los titulares de la guarda material o custodia”, págs. 20 y ss.

¹⁵⁹³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) sentencia 730/2011 de 12 julio, Fundamentos de Derecho 2.- “El Fiscal en un sustancioso y fundamentado dictamen, que en sus líneas generales, asume esta Sala, considera que los hechos declarados probados debieron incardinarse en el art. 226 C.P. donde se describe el abandono de familia en su modalidad de incumplimiento de los deberes

menor¹⁵⁹⁴, ¹⁵⁹⁵, la atención y cuidado normales derivados de esa convivencia¹⁵⁹⁶, por lo que su titular podrá decidir sobre cuestiones relacionadas con esa cotidianidad del menor “sin que ello implique para tal progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro”. En situaciones de no convivencia, a cada progenitor le corresponde la custodia del menor y el ejercicio ordinario de la responsabilidad parental en los períodos de tiempo en que tiene al hijo consigo¹⁵⁹⁷, por lo que la custodia, en sentido estricto, sí tiene influencia en las decisiones usuales del cuidado diario del

legales de asistencia, al no producirse un quebrantamiento absoluto del deber de custodia ni ruptura de la situación fáctica en la que se halla el menor bajo la vigilancia y cuidado de un pariente. La jurisprudencia de esta Sala es cierto, (...), que ha equiparado a la situación de abandono material al dejar desamparada a una persona, sin el apoyo o la protección de quien tiene la obligación de dársela, equivalente al abandono personal dejando a su suerte al menor que se ve privado de toda atención y cuidado por parte del sujeto activo”. Y en el Fundamento 3º, “el artículo 226 C. P. hace referencia a una desatención dolosa de ciertos deberes de cuidados específicos, sin cesar en sus funciones esenciales de custodia, ni en otras propias de la patria potestad o guarda”.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia 559/2009 de 27 mayo, Fundamento de Derecho 3º, “no se ha producido (...) un abandono del menor, entendido éste como el quebrantamiento absoluto del deber de custodia del mismo, como la ruptura voluntaria de la situación fáctica en la que el menor se halla bajo la vigilancia y cuidado de una persona. (...) La situación que relata el factum es la de quien sin romper la custodia del menor, sin cesar por completo en todas sus funciones de patria potestad (...), sin embargo no cumple algunas de las facultades que la patria potestad conlleva o las ejerce inadecuadamente por desentenderse en algún aspecto de tales funciones – en concreto en el cuidado médico que el menor exigía-”.

¹⁵⁹⁴ En expresión de la doctrina civilista de Argentina, aunque cuestionándose también esta expresión por cosificante, BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

¹⁵⁹⁵ Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª) Sentencia 161/2013 de 21 noviembre, abuelos que omiten el deber de protección y cuidado al dejar a sus nietos de corta edad, solos en el domicilio familiar, cuando ostentaban de hecho su guarda, mientras el padre de los niños se encontraba en prisión, Fundamentos Jurídico 3º: “En el caso de autos, los recurrentes omitieron su deber de protección y cuidado al dejar a sus nietos, dado que en aquel momento ostentaban la guarda de los mismos, y de corta edad esto es cinco, cuatro y un año, en el domicilio familiar solos, y los cuales al despertarse, abandonaron la casa y se dirigieron al domicilio de un vecino que les dio cobijo hasta que llegó la policía.

De manera consciente dejaron de cumplir los deberes de protección y asistencia, apreciándose ruptura de ese deber de custodia, aun temporal, por la situación de desamparo en que quedaron los menores de tal corta edad, con el peligro de haber sufrido algún daño en su vida o integridad física al salir a la calle solos, y altas horas de la madrugada, hecho que no parece que hubiese sido la primera vez”.

¹⁵⁹⁶ ROCA DE AGAPITO, L., “Abandono de menores”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 8 (2012), UNED, mantiene que cualquier persona “al asumir la custodia material del menor o incapaz, se colocan en posición de garante respecto de la seguridad de éstos. Y dicha posición se fundamenta tanto desde un punto de vista material, porque los menores e incapaces son personas especialmente vulnerables y dependientes de un adulto que les proteja, como desde un punto de vista formal, porque el deber de velar por ellos proviene de la propia ley (padres, tutores, guardadores), por contrato (delegación de éstos) o por injerencia (apoderamiento ilícito o gestión de negocio ajeno sin mandato)”, pág. 238.

¹⁵⁹⁷ Conclusión primera del “IV Encuentros de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia” y “VI Jornadas nacionales de magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales”, Valencia, 26, 27 Y 28 octubre de 2009.

menor cuando se convive con él. En este sentido, el progenitor custodio podrá delegar parte del contenido de esa guarda material en terceros, bien de manera puntual, como en el caso de la persona contratada para cuidar al menor durante la jornada laboral del titular, o en relación con aspectos que necesariamente restringen la convivencia del menor, como en el caso de que el menor asista a un campamento¹⁵⁹⁸.

Esta posición viene corroborada por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio¹⁵⁹⁹, en el que se distingue entre guarda y custodia, “términos que se complementan y que no se excluyen”¹⁶⁰⁰ o régimen de convivencia y la de las relaciones familiares de los progenitores con los hijos y el cuidado y la educación de los hijos, en concreto en el artículo Uno que modifica el artículo 90 del Código civil dice en su punto a), relativo al plan de ejercicio de la responsabilidad conjunta, como corresponsabilidad parental, se incluirá, en todo caso, “2º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos”; pero, en la tónica general del legislador en este ámbito, se limita a nombrarlas pero no las

¹⁵⁹⁸ El auto de la Sección 1ª de la Audiencia provincial de Cuenca de 26 de mayo de 2004 (referencia Aranzadi JUR 2004/174518), establece que el padre no es sujeto activo del delito de sustracción de menores, ya que la hija estaba en acogimiento temporal por razón de los estudios de la menor, situación de acogimiento en la que se determinaba el reintegro de la menor a su familia de origen (residentes en Argelia), cuando e pág. stá lo reclamase, “no dándose por consiguiente los requisitos del tipo exigido en el referido artículo 225bis del Código Penal a no tener confiada los denunciante la guarda y custodia” de la menor ni haber sido suspendidos “sus progenitores de la misma por resolución judicial o administrativa”, tomada de pie de pág. 45, pág. 16 de GARCÍA PÉREZ, O., “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret* 4/2010

¹⁵⁹⁹ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “Comentarios parciales al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio”, *El Derecho, grupo Francis Lefebvre*, 1 de noviembre 2013, “La reforma que pretende abordar el Gobierno persigue, por tanto, establecer una normativa reguladora de la custodia compartida homologable con la establecida en las distintas CCAA del Estado, con el fin de paliar o, si es posible, evitar el diferente tratamiento jurídico sustantivo a que se ven sometidos los padres y madres españoles separados o divorciados en función del lugar de su residencia habitual, pues mientras unos pueden acogerse a una normativa que establece el sistema de custodia compartida como preferente (caso de Aragón y la Comunidad Valenciana), otros ven cómo la custodia compartida, como ocurre en el Código Civil español, es configurada con un carácter meramente residual como alternativa de custodia excepcional frente a la custodia individual o mono parental que viene a ser el régimen preponderante”

http://www.elderecho.com/tribuna/civil/corresponsabilidad_parental-separacion_matrimonial-nulidad-divorcio_11_614680007.html

¹⁶⁰⁰ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, (Consejo de Ministros, 19 de julio de 2013).

define ni determina las funciones jurídicas que comprende cada uno de esos términos.

3.4.1. La guarda en las crisis familiares en la legislación civil autonómica

Para clarificar el estudio de la guarda de la persona del menor en las situación de crisis familiar, y tratar de concretar un posible concepto que determine su contenido y régimen jurídico que sirva de base para el análisis de la guarda administrativa, es necesario referirse a la legislación que sobre esta cuestión han desarrollado determinadas Comunidades autónomas, en concreto, Navarra, Cataluña, Aragón, Valencia y Galicia. Podemos ya adelantar que la legislación autonómica es igual de parca en la conceptualización de estos términos, regulando el reparto de los tiempos y los criterios de adjudicación, cuestión esta en la que no entraremos por no ser relevante al objeto que nos proponemos.

La Comunidad Autónoma de Navarra en su Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, no resuelve el enigma de la distinción entre guarda y custodia, el legislador nomina a la Ley como reguladora de la “custodia” y sin embargo en su articulado se decanta por la expresión guarda y custodia¹⁶⁰¹, pero sin entrar en la cuestión de fondo porque ya advierte en su Exposición de Motivos que, en la ruptura de la convivencia de los progenitores, “la guarda y custodia de los hijos comunes es uno de los asuntos más delicados a resolver”, y lo zanja con el principio de que la ruptura de la convivencia de los padres “no les exime de sus obligaciones para con los hijos, lo que conlleva que deben adoptarse determinadas medidas para la protección del menor y de sus derechos, con respeto a la igualdad entre hombres y mujeres”, y en su artículo 1 estableciendo que la Ley tiene “por objeto regular el régimen de la guarda y custodia de los hijos menores de edad en el supuesto de ruptura de la convivencia de sus padres”, guarda y custodia que según el artículo 3.1 podrá ser ejercida “por

¹⁶⁰¹ No obstante, en el Preámbulo de la Ley “se encomienda al Gobierno la presentación en el plazo de un año de un proyecto de Ley Foral de modificación del Fuero Nuevo de Navarra en materia de Derecho de Familia, sede natural de una reforma de este tipo, integrándose con el resto de instituciones con las que debe conformar un sistema coherente”

ambos o por uno de ellos”¹⁶⁰², sin mostrar preferencia sobre el sistema de guarda y custodia individual o compartida.

Por su parte la Comunidad Autónoma de Cataluña en su Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, omite la palabra “custodia” pero mantiene el término “guarda”, señalando en su Exposición de Motivos que “se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro”, por lo que en su dispone que las situaciones de crisis familiares no alteraran las responsabilidades que los padres tienen hacia sus hijos menores, manteniéndose, después del cese de la convivencia, el carácter de responsabilidades compartidas que deberán ejercerse de manera conjunta, en la medida que ello sea posible¹⁶⁰³. En principio, los progenitores tienen libertad para determinar la forma del ejercicio de responsabilidad parental a través del plan de parentalidad, teniendo en cuenta que si este no atiende al interés del menor o no lo realizan los padres, será el juez quien lo determine, dentro del principio de corresponsabilidad parental pero, al fin y a la postre, ese ejercicio de la responsabilidad parental es englobado por el artículo 233-10 dentro del término “guarda”, la cual puede ser de manera exclusiva a uno de los progenitores¹⁶⁰⁴ por el juez.

¹⁶⁰² Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, Artículo 3. Guarda y custodia de los hijos.

1. En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.

2. En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

¹⁶⁰³ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículo 233-8, Responsabilidad parental, 1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. 2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.

¹⁶⁰⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículo 233-10 Ejercicio de la guarda

1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

La Comunidad Valenciana en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat¹⁶⁰⁵, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, no utiliza el término guarda ni custodia, habla de régimen de convivencia, de acuerdo con la finalidad expresada en su Preámbulo, que no es otra que “conjugar los dos principios fundamentales que concurren en los supuestos de no convivencia o ruptura de una pareja cuando existen hijos e hijas menores: por un lado, el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro, el derecho-deber de éstos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación”.

Hay que agradecer al legislador valenciano que haya hecho un esfuerzo de tratar de dar un concepto de las expresiones contenidas en la Ley, en concreto en su artículo 3 señala que por “pacto de convivencia familiar debe entenderse el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley”; que el régimen de convivencia compartida lo identifica con “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”; por “régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la

2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

3. La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.

¹⁶⁰⁵ Hay que tener en cuenta que frente al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de la Nación, nº 3859-2011, en relación con la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto 161/2011, de 22 de noviembre de 2011 levantó la suspensión de la Ley de la Comunidad.

cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”; y por “régimen de relaciones debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia”.

Serán los progenitores los que otorgaran un pacto de convivencia familiar en el que determinen los términos de su relación con los hijos cuyo contenido deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 4, a falta de pacto será la autoridad judicial la que fijará el régimen de convivencia, siendo preferente la compartida, aunque, teniendo en cuenta el interés superior del menor, puede “otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores” (artículo 5.4)

Ha sido la Comunidad Autónoma de Aragón a través del Código del Derecho Foral de Aragón¹⁶⁰⁶, es el que ha realizado una regulación más pormenorizada de la guarda, no solo en relación con los progenitores sino también cuando recae en terceras personas, por lo tanto, es el que mayor luz puede arrojar sobre el contenido de guarda¹⁶⁰⁷.

Así en su artículo 75.1 regula las “relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores”, parece identificar la potestad de guarda con la autoridad

¹⁶⁰⁶ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

¹⁶⁰⁷ Fundamental para el análisis de esta cuestión, LANGA MUELA, A., *Custodia compartida en Aragón. Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a su cargo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013.

familiar¹⁶⁰⁸, ya que el artículo 75.2 concreta esa guarda y custodia en la “participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar, que, de acuerdo con el artículo 80 “cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar”

Dichos artículos, para su comprensión, deben ponerse en relación con el artículo 65 del mismo texto, que determina que quienes ejercen la autoridad familiar gozan de los deberes y derechos de “tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas”, de proveer “a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades”, “educarlos y procurarles una formación integral” (que incluye, cuando la autoridad familiar es ejercida por los padres, la capacidad para decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años), y “corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos”¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁸ Así la Sección 2ª se titula Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda, señalando en el artículo 41 que “la autoridad familiar o tutela a que estuviera sometido el menor de edad que hubiera sido incapacitado quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquel a la mayor edad”, y en su artículo 44 se refiere al régimen de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, sin embargo, el artículo 45 se titula “Extinción de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada”.

¹⁶⁰⁹ En relación con la figura jurídica de la autoridad familiar, *vid.* PARRA LUCAN, M., Á., “Capacidad y estado de las personas”, *Manual de derecho civil aragonés*, DELGADO ECHEVERRÍA, J., (dir.), PARRA LUCÁN, M. Á., (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 115-195, en concreto señala como que el menor, según el sistema aragonés, puede estar sometido al régimen de guarda en la autoridad familiar de los padres, la autoridad familiar de otras personas, tutela, curatela, guarda administrativa o acogimiento, (si bien, el criterio que determina la competencia administrativa es la territorialidad, y no la vecindad civil), pág. 120.

Por otro lado, Código foral de Aragón dispone la regulación legal de la autoridad familiar cuando esta es ejercida por personas distintas a los progenitores, en concreto la relativa al padrastro o la madrastra¹⁶¹⁰ cónyuge del único titular de la autoridad familiar, los abuelos (artículo 86)¹⁶¹¹, o los hermanos mayores¹⁶¹², señalando que en estos casos la autoridad familiar supone en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones de los que están investidos los padres en la medida necesaria al cumplimiento del oficio de criar y educar al menor, y no se extiende a la gestión de los bienes del menor¹⁶¹³.

3.5. LA GUARDA DEL MENOR ASUMIDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

3.5.1. Recepción por el Código civil de instituciones administrativas: Su recentralización

Hay que tener en cuenta que la incorporación al Código civil de la guarda administrativa que realizó la Ley 21/1987, de 11 de noviembre lo hizo en el marco de la actuación administrativa de protección de menores que venían ejerciendo distintos órganos administrativos, Consejo Superior de Protección de Menores, las Juntas de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares de Menores, en virtud de las competencias que le atribuía el Texto Refundido de 1948 del Tribunal Tutelar de Menores¹⁶¹⁴, de naturaleza administrativa y dependiente del Ministerio de

¹⁶¹⁰ Artículo 85 Código del Derecho Foral de Aragón, dispone que en caso de fallecimiento del único titular de la autoridad familiar, “su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar”.

¹⁶¹¹ Artículo 86.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, en relación con la autoridad familiar de los abuelos: “Fallecidos los padres, si no se hace aplicación de lo previsto en el artículo anterior, o cuando de hecho aquellos no atiendan a sus hijos menores, los abuelos podrán tenerlos consigo para criarlos y educarlos, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar”.

¹⁶¹² Artículo 87.1 Código del Derecho Foral de Aragón: “En los mismos supuestos del artículo anterior, a falta de abuelos que se hagan cargo de la crianza y educación de los nietos, podrá hacerlo uno de sus hermanos mayor de edad, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar”.

¹⁶¹³ Artículo 88.3 del Código del Derecho Foral de Aragón.

¹⁶¹⁴ *Vid.* MENDIZABAL OSÉS, L., “La transformación de las estructuras instrumentales de protección a los menores en función de las innovaciones legislativas”, *Revista Ministerio de justicia*, nº 1024, 1973.

Justicia y compuestos por titulares que no eran miembros de la carrera judicial, y que de acuerdo con la Ley de protección de menores¹⁶¹⁵, ejercían, entre otras y en lo que atañe a este trabajo, las funciones, de “amparo a los menores moralmente abandonados, recogidos de la vía pública y proporcionándoles educación protectora y enseñanza profesional”¹⁶¹⁶, y “la protección jurídica de los menores (de dieciséis años) contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación”¹⁶¹⁷, ostentando “la representación legal de los menores protegidos que carezcan de ellas, o, en su caso, en tanto no se confiara aquella a los Organismos establecidos a este respecto por la legislación civil, entendiéndose corresponderá a la Junta Provincial de la naturaleza del menor de que se trate”¹⁶¹⁸.

Por lo tanto, el Código civil no hace sino ratificar a la Administración pública, ahora a través de las Entidades públicas autonómicas competentes y sobre los menores dieciocho años, las funciones atribuidas a los Tribunales tutelares de menores¹⁶¹⁹, tanto la competencia para conocer de la protección jurídica de los menores contra la actuación negativa de los progenitores o tutores como la “la facultad de suspender el derecho de guarda y educación de los menores de dieciséis años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión”¹⁶²⁰ y en el ejercicio de esas competencias el Tribunal de Menores podía imponer la “vigilancia o de suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando, en su caso, que éste sea confiado a las

¹⁶¹⁵ Decreto 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, (B. O. E. nº 206, de 24 julio de 1948), en su artículo 4.

¹⁶¹⁶ Decreto 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, (B. O. E. nº 206, de 24 julio de 1948), en su artículo 5, quinta.

¹⁶¹⁷ Decreto 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, (B. O. E. nº 206, de 24 julio de 1948), en su artículo 5, novena, continuando “con arreglo a la competencia taxativamente determinada en su Ley y Reglamento para los Tribunales Tutelares de Menores”.

¹⁶¹⁸ Decreto 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, (B. O. E. nº 206, de 24 julio de 1948), en su artículo 5, octava.

¹⁶¹⁹ *Vid.*, DE DIOS VIÉITEZ, M. V., “Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 43, 2007, págs. 167-182.

¹⁶²⁰ Artículo 13 de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores, Decreto 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, (B. O. E. nº 206, de 24 julio de 1948).

correspondiente Junta de Protección de Menores o a una persona o familia, Sociedad tutelar o Establecimiento”¹⁶²¹.

Por lo tanto, la Ley 21/1987 abordó la trasposición al Código civil de esas instituciones administrativas a través de los artículos 172 y ss., pero no las incorporó como recursos netamente privados de protección del menor en tanto mantuvo el carácter público de la entidad de protección y ello supone, como ya hemos puesto de relieve en varias ocasiones, problemas de encaje de las reglas y principios que presiden la protección dispensada por la normas privadas a través de las instituciones de patria potestad y de la tutela ordinaria y las normas y principios que presiden la actuación administrativa en este ámbito¹⁶²².

Al incorporarse al Código civil la guarda administrativa a través de la Ley 21/1987, el legislador logró una recentralización de algunos de los servicios de protección de menor que habían sido objeto de descentralización con los Decretos de transferencias, bien es cierto que el legislador estatal no hizo lo que, a mi juicio, hubiese sido deseable y hubiese evitado tantos ríos de tinta, de inseguridad jurídica y de dispersión de esfuerzos, y es haber abordado la reforma de la Ley de Protección de la Infancia, adaptándola a lo que exigía un Estado social y de Derecho, construyendo un cuerpo jurídico de protección social del menor y de la familia, como ya existía en otros países de nuestro entorno, y ello no en función de la competencia en asistencia social o servicios sociales, que aparece en la Constitución como exclusiva de las Comunidades autónomas, aunque en ese momento también habría podido defenderse que el ámbito de la acción pública respecto a los menores fuese una competencia compartida, fundamentada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto, en su sentencia 146/1986¹⁶²³ en la cual manifestó que

¹⁶²¹ De acuerdo con su artículo 17,b de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores, Decreto 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, (B. O. E. nº 206, de 24 julio de 1948).

¹⁶²² *Vid.*, DE DÍOS VIÉITEZ, M. V., “Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores”, en *Revista jurídica de Navarra*, número 43, enero-junio de 2007, págs. 167-180.

¹⁶²³ Sentencia Tribunal Constitucional 146/1986, de 25 de noviembre de 1986, Fundamento jurídico nº 6, y continua: “Al hacer esto el Estado no invade el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma Gallega, no concurre con ella en la realización de los programas generales y normales de Asistencia Social, que le corresponden en exclusiva a ésta, y actúa dentro de sus competencias y atribuciones”.

no había conflicto de competencia en el ámbito de la acción social porque existía concurrencia o complementariedad de intereses y competencias: “La acción social en este campo puede así realizarse por el Estado, a cargo de sus propios fondos, y éste puede regular detalladamente el tipo de ayudas que se conceden, cuáles son sus posibles beneficiarios, y cuál es la posible cuantía de las ayudas, así como regular el procedimiento y requisitos formales para su concesión”.

En aquellos momentos histórico hubiese sido posible abordar la elaboración y aprobación de una Ley que constituyese un estatuto del menor protegido¹⁶²⁴, que hubiese tenido encaje competencial invocando el título del artículo 149.1.1¹⁶²⁵, señalándose unos derechos, servicios y prestaciones básicos y comunes a todos los menores del territorio nacional, en una técnica jurídica que estableciese tres niveles de protección, un nivel mínimo garantizado por la Administración central, un nivel de protección garantizado acordado por la Administración central y las Comunidades autónomas y un tercer nivel en el que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio

¹⁶²⁴ De hecho, durante los años 1984 y 1985 el Ministerio de Trabajo y Seguridad social elaboró un Anteproyecto de Ley de servicios sociales, como marco general de los servicios sociales en todo el territorio nacional, pero fue abandonado dado que se encontró con una fuerte oposición de las Comunidades autónomas, que entre 1982 y 1992, (siendo el País vasco la primera y Cantabria la última) todas las Comunidades autónomas dictaron sus propias Leyes de servicios sociales. El encaje competencial se hacía a través de la integración de los servicios sociales en el Sistema de la Seguridad Social, cuya competencia normativa básica y el régimen económico está atribuida al Estado central por la Constitución.

¹⁶²⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 40/2013 de 14 de febrero, en su Fundamento jurídico 5: “recordamos que «en la temprana STC 61/1997, de 20 de marzo, señalamos (FJ 7) que el art. 149.1.1 CE, "no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho, no lo es menos, sin embargo, que la competencia ex art 149.1.1 C.E. no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias".» (...). Tras ello, continuamos afirmando que «con carácter general, tenemos declarado que este título competencial "no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento"».

de su título competencial exclusivo, estableciesen la protección que determinasen de acuerdo con sus políticas de protección a la infancia¹⁶²⁶.

En concreto, los artículos 172 y ss. plantean una tutela y guarda administrativa, llevadas a la práctica a través del acogimiento, deudora de la regulación de esas técnicas en la legislación de protección pública de los menores, iniciadas con el artículo 16 de Reglamento general para la ejecución de la ley de beneficencia de 20 de junio de 1849, de 14 de mayo de 1852¹⁶²⁷, manteniendo el esquema establecido por las normativas administrativas anteriores.

La deficiente técnica jurídica¹⁶²⁸ con que se abordó en sede civil la estructura de la protección del menor desamparado o en riesgo cuando deriva del

¹⁶²⁶ Tal y como treinta años después se ha llevado a cabo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Vid. AGUADO I CUDOLÁ, V., “El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, págs. 54 y ss.

¹⁶²⁷ Reglamento general para la ejecución de la ley de beneficencia de 20 de junio de 1849, de 14 de mayo de 1852, que atribuía la tutela de los expósitos que se criaban en los establecimientos públicos de beneficencia a las Juntas provinciales de beneficencia, cargo tutelar que posteriormente correspondió a los Jefes de la casa de expósitos, de acuerdo con el artículo 212 del Código civil originario, tutela que tenía como objeto, en nuestro caso, la guarda de la persona y bienes del menor, artículo 16: “La tutela y curaduría de los individuos de ambos sexos que se crían en los establecimientos provinciales de expósitos, aun de aquellos cuya crianza ó educación fuere costeadada por personas particulares, corresponde a la Junta provincial de beneficencia con arreglo á las leyes”.

¹⁶²⁸ Deficiente técnica que se ha perpetuado en la legislación autonómica, así por ejemplo, La Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, en su artículo 11 determina la competencia de la administración en la guarda de las personas menores, bien como como “función inherente a la tutela administrativa asumida por la entidad pública en los casos en que se declare el desamparo” o cuando, a solicitud de los titulares de los deberes de protección, la entidad pública acceda a asumirla provisionalmente; o si “así lo acuerda el juez en los casos en que legalmente proceda”. El desarrollo de este artículo hay que buscarlo en la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, en concreto, en su artículo 55. *Medidas de protección*. Se consideran medidas de protección:

- a) El apoyo a la familia cuando en la resolución que lo adopte se determine su carácter de medida.
- b) La tutela.
- c) La asunción de la guarda de la o el menor, ejercida mediante el acogimiento.
- d) La adopción.
- e) Las medidas que se adopten con respecto a las menores y los menores en situación de conflicto social.

Artículo 64. *Concepto y contenido*.

1. La guarda, como medida de protección de la y el menor, supone para quien la ejerce la obligación de velar por la persona menor de edad, tenerla en su compañía, alimentarla, educarla y procurarle una atención y formación integral.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia la guarda de las personas menores en los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Artículo 65. Ejercicio.

1. La guarda se ejercerá a través de la figura del acogimiento familiar o residencial.

2. El ejercicio de la guarda supondrá una intervención individualizada con cada menor, la cual se llevará a cabo a través de la colaboración activa del órgano competente de la Comunidad Autónoma de Galicia con las personas titulares de la patria potestad, las que ejerzan la guarda y las entidades públicas y privadas (...)

Artículo 68. Concepto y contenido.

1. El acogimiento es el modo de ejercicio de la guarda como medida de protección, consistente en la integración de la o el menor en una familia, en su modalidad de familiar, o en su alojamiento y atención en un centro, en la modalidad de residencial.

2. La persona o personas en favor de la cual o de las cuales se constituyera el acogimiento, en el familiar, y la persona que ostente la dirección del centro, en el residencial, ejercerán las funciones propias de la guarda, asumiendo las obligaciones de velar, tener en su compañía, alimentar, educar y procurar una formación integral a la persona menor acogida. En el desempeño de estas funciones, respetarán las instrucciones y la facultad de inspección que como titular de la guarda corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en su Artículo 160. Supuestos de guarda administrativa. 1. La entidad pública competente tiene la guarda de los menores e incapacitados declarados en situación de desamparo, así como la de aquellos que se hallen bajo su tutela por delación dativa. 2. Además asumirá la guarda, durante el tiempo necesario:

a) Cuando se lo pidan los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar que, por circunstancias graves y ajenas a su voluntad, no puedan cuidar de los menores o incapacitados a su cargo.

b) Cuando así lo acuerde el Juez en los casos en los que legalmente proceda.

Y en su artículo 162. “Medidas de protección.

1. La entidad pública adoptará las medidas de protección proporcionadas a la situación personal del menor o incapacitado, para lo que podrá contar con la colaboración de instituciones habilitadas a tal efecto. Se procurará no separar a los hermanos de doble vínculo.

2. La guarda administrativa se realizará mediante el acogimiento familiar y, subsidiariamente, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública, pero tendrán preferencia los parientes o allegados del menor o incapacitado que resulten idóneos. El acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea acogido”.

En Madrid la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, el artículo 51. Tutela y guarda de menores. 1. La Administración autonómica asumirá la tutela por ministerio de la Ley de menores en situación de desamparo, y la guarda temporal de menores a petición de sus padres o tutores, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil

Artículo 56. Atención de los menores tutelados.

1. En tanto se mantenga la situación de tutela de un menor y para asegurar la cobertura de sus necesidades subjetivas y su plena asistencia moral y material, se acordará su atención por medio de alguna de las formas siguientes:

a) Permanecer bajo la guarda de algún miembro de su propia familia, como medida para favorecer su reinserción socio-familiar, por lo que complementariamente también podrá acordarse:

b) Atención en un centro terapéutico.

c) Atención en un centro residencial.

d) Promover el nombramiento judicial de tutor del menor.

e) Constituir administrativamente el acogimiento del menor.

f) Promover la constitución del acogimiento del menor por decisión judicial y, en su caso, el cese.

g) Proponer la adopción del menor.

En Andalucía la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, artículo 24. Guarda administrativa. 1. La Administración de la Junta de Andalucía asumirá y ejercerá solamente la guarda cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten, justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

Artículo 28. Acogimiento familiar administrativo y judicial. 1. El acogimiento familiar administrativo será formalizado por la Administración de la Junta de Andalucía, con el contenido y los consentimientos legalmente establecidos, con independencia de que ésta tenga o no la tutela o la guarda del menor.

Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, en su artículo 75.1 b) y c), a los efectos de la acción de protección, considera medidas de protección la tutela y “la asunción de la guarda del menor por medio del acogimiento familiar, en las distintas modalidades contempladas en el Código Civil, y del acogimiento residencial”. Sin embargo en el artículo 85, rubricado como “Ejercicio de la guarda como modalidad de protección”, señala que la guarda de un menor va a ser ejercida por la Comunidad: a) Cuando asuma la tutela del mismo por ministerio de la ley, b) Cuando los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores así se lo soliciten, justificando no poder atenderle por circunstancias graves, una vez se compruebe dicha imposibilidad. c) Cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

Decreto 37/2006, de 25 de mayo, de Castilla y León por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo, en su artículo 4: “El acogimiento familiar, en tanto forma de ejercer la guarda como medida de protección, tiene por finalidad general proporcionar al menor, para quien se haya acordado la separación de su familia en razón de la situación de riesgo o desamparo en que se encuentre, una atención sustitutiva o complementaria en un contexto familiar o de convivencia adecuado, atribuyéndose al efecto su guarda a persona o personas determinadas”. Y en el artículo 6.1: “Para el adecuado desempeño de la guarda, los acogedores tendrán las facultades que resultan inherentes a ésta y consecuentes con el principio de plena participación del menor en la familia, debiendo contar con la aprobación de la Entidad Pública de Protección, y en su caso de los padres o tutor del menor que conserven sus facultades, para aquellas actuaciones que, por su naturaleza o entidad, resulten extraordinarias respecto de las que integran la atención común a éste en razón de su edad, condiciones y necesidades”.

Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, en su artículo 108, Ejercicio de la guarda por La Generalitat, señala que “La guarda asumida por La Generalitat se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial”.

Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, modificado por Decreto 28/2009, de 20 de febrero, en su artículo 7: 1. Se consideran medidas de protección de menores aquellas actuaciones encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de riesgo y desamparo y a garantizar el desarrollo integral del menor. 3. Se consideran medidas de protección de menores las siguientes:

a) La ayuda o el apoyo familiar en situaciones de riesgo.

b) La asunción de la tutela por ministerio de la Ley, previa declaración de la situación de desamparo del menor.

c) La guarda.

d) El acogimiento familiar.

e) El acogimiento residencial.

f) La adopción

Artículo 37. Asunción de la guarda 1. La Generalitat Valenciana asumirá temporalmente la guarda de un menor, como medida de protección, en los supuestos siguientes:

comportamiento de la familia, llevó a la doctrina a plantearse si se refería a dos instituciones distintas, “siquiera la primera conlleve también la segunda”¹⁶²⁹; o si, al referirse el artículo 172.1 solo a la tutela, el ejercicio de la guarda del artículo 172.3 no era aplicable a la tutela, o si la guarda era una institución diferente al acogimiento dado el título de la sección primera del Capítulo V, De la guarda y acogimiento de menores, o la dicción literal del artículo 172.4, que señalaba que se procurara “que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona”, o lo dispuesto en el artículo 174, que atribuye “al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores”¹⁶³⁰; incluso se plantean si la guarda del 172, 2º, “alude, parece ser, a la denominada «guarda de hecho», regulada en los artículos 303 y ss. (...); es, por tanto, una medida que

a) Cuando asuma la tutela por ministerio de la Ley, al amparo del artículo 172.1 del Código Civil.

b) Cuando los titulares de la patria potestad o tutores así lo soliciten a la Generalitat Valenciana, justificando no poder atender al menor por circunstancias graves.

c) Cuando el Juez así lo disponga en los casos en que legalmente proceda.

2. La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determinen las Direcciones Territoriales competentes en materia de protección de menores. El acogimiento residencial

¹⁶²⁹ SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de Familia, v. 2º, LA CRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., RIVERO HERNANDEZ, F., Bosch, Barcelona, 1989, pág. 309.

¹⁶³⁰ *Vid.*; SERRANO GARCÍA, I., “Vacilaciones y dudas acerca del concepto de tutela introducido en el C.C. por Ley 21/1987, (arts. 172, 222 y 239)”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, v. II, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 2011-2024, en el que señala que el artículo 172.2 “exige distinguir entre titularidad y ejercicio de la patria potestad. La guarda no priva de la titularidad, pero sí del ejercicio de algunos deberes (personales). El ejercicio de los deberes los asume la Entidad y le encomienda a familias de acogida, personas acogedoras, y, si no hubiera otro remedio, como última medida a establecimientos de internamiento”, pág. 2020; ARCE Y FLOREZ-VALDES, J., “El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre, 1987, págs. 741-784, el autor señala “ que por las “expresiones que la Ley contiene y la forma en que lo regula, parece desprenderse que, mientras que el acogimiento tiene su referencia en el seno familiar («acogimiento familiar») en sentido amplio, la guarda tiene un referente indistinto familiar o institucional (compárese art. 172.3 y 4 con el artículo 173.1 y 2)”, pág. 753; PILLADO MONTERO, A., “Notas sobre el proyecto de Ley de Reforma en Materia de Adopción”, *Revista de Derecho Privado*, mayo, 1987, págs. 446-447, que denominó a la tutela administrativa “tutela eminente”; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada 1989, lo denomina “nuevo instituto”, asimilándolo al *affidamento-ricovero* italiano, pág. 149.

procura cuidados al menor sin la «institucionalización» que supone la tutela¹⁶³¹; o la guarda del 172 se debe identificar con institucionalización del menor¹⁶³².

3.5.2. La guarda del 172 y ss.: Carencia de referentes doctrinales propios

De la literatura científica que se generó con la Ley 21/1987, se deduce que la gran novedad introducida por el legislador no fue tanto la tutela *ex lege*, que en general la doctrina la identificó como institución privada “una verdadera tutela, pero especial”¹⁶³³, y, por lo tanto, con encaje en las reglas establecidas para la tutela ordinaria, sino en la guarda asumida por la entidad pública¹⁶³⁴, bien por las circunstancias señaladas en el 172.2, o sobreentendida, ya que no explicitada en el texto legal, como parte del contenido de la tutela *ex lege*, y ejercida, bajo la vigilancia de la entidad pública, “por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento”, según la dicción del 172.3; en este sentido, no existía literatura jurídica que viniese a interpretar el término¹⁶³⁵ porque la legislación administrativa histórica no la

¹⁶³¹ DE LA HAZA DIAZ, P., “Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre, 1987, págs. 959-1008, en concreto, pág. 987.

¹⁶³² En este sentido, FELIU REY, M. I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, en el sentido de *affidamento-ricovero* italiano, pág. 43.

¹⁶³³ SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de Familia, v. 2º, LA CRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A, RIVERO HERNANDEZ, F., Bosch, Barcelona, 1989, pág. 310. Discusión que fue definitivamente cerrada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero que introduce modificaciones a la regulación de la tutela ordinaria, aunque GARCÍA GARCÍA, J. A., “Aspectos civiles del ejercicio por la administración pública de la tutela sobre menores desamparados (art. 172 Código Civil)”, *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, nº 15, 1998, considera que ese cierre solo se desprende del tenor literal del artículo 239, pero que ellos son insuficientes para atribuir la naturaleza civil a la tutela *ex lege*, defendiendo el autor el carácter administrativo de la misma, págs. 81-109, págs. 85 y ss.

¹⁶³⁴ Ley 21/1987, de 11 de noviembre en su Preámbulo: “La guarda de estos, (menores desamparados) siempre bajo la superior vigilancia del fiscal, quien podrá proponer al juez las medidas de protección que estime necesarias, se confía a la propia entidad, que podrá actuar bien a través de los directores de los Establecimientos públicos o privados que de ella dependen, bien a las personas que formalicen el acogimiento familiar”.

¹⁶³⁵ Es encomiable el estudio sistemático que llevó a cabo tratando de conseguir un concepto de guarda, FERRER VANREL, P., “El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la «potestad de guarda»”, *Anuario de Derecho civil, enero-marzo, 1993*, págs. 163-217

contemplaba, así, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores¹⁶³⁶, disponía que estos órganos administrativos podían imponer al menor, entre otras medidas reformativas, la “posibilidad de colocarlo bajo la custodia de una persona”¹⁶³⁷ (artículo 17ª A) 3ª), o ingresarlo en un “establecimiento” (artículo 17ª A) 4ª y 5ª), y en el ejercicio de la facultad protectora, el Tribunal ordenaba “que éste sea confiado a la correspondiente Junta de Protección de Menores o a una persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento” (artículo 17 B), en el supuesto de que hubiese decretado la suspensión del derecho de guarda y educación a los padres o tutores del menor; este término tampoco aparece en las Ordenes del Gobierno General de 30 de diciembre de 1936 y de 1.º de Abril de 1937, que utiliza las expresiones colocación y cuidado¹⁶³⁸.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, tampoco supuso dar mayor claridad al tema que nos ocupa, el legislador lejos de paliar “una de las mayores lagunas”¹⁶³⁹ de la Ley estableciendo su concepto y el régimen jurídico de la guarda institucional, provoca una inflación del término, introduciéndola también en el 172.1, (“adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda”), en el 172.2, 2º párrafo (“La entrega de la guarda se hará constar por escrito”), 172.3 (“La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial”) y en el 172.5 (“Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona (...) a quien hubiere sido confiado en guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta”), o en el 173.2 (“El acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda”).

Y es indudable que la reforma del 172 y ss. del Código civil planteada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, mantiene el mismo planteamiento sin aportar más luz sobre las

¹⁶³⁶ Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores,

¹⁶³⁷ Con un claro matiz de custodia de penados.

¹⁶³⁸ La Orden del Gobierno General de 1.º de Abril de 1937, solo se refiere a la guarda de los bienes del menor, (artículo 11 de la Orden de 1.º de Abril de 1937)

¹⁶³⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada 1989, pág. 143.

funciones que la Entidad pública no puede delegar porque constituye su competencia, y las tareas que se encomienda al acogedor, es más no solo no resuelve el dilema sino que plantea un fraccionamiento mayor de la guarda al establecer en el artículo 172 ter. 3 la posibilidad de ceder la guarda a terceros durante fines de semana, vacaciones, etc.¹⁶⁴⁰.

Como ya hemos analizado, cuando se publica la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, el término guarda estaba ausente de las funciones de la patria potestad, sólo consta en el artículo 158.2º al regular la potestad del juez de adoptar las “disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda” y de las consecuencias en el ejercicio de esta en los casos de nulidad, separación o divorcio, de acuerdo con la redacción de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que se refería al “cuidado”, y en circunstancias excepcionales, por decisión del juez, “los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”,

En consecuencia, la guarda contemplada en el artículo 172 nace sin referencias doctrinales propias, y tampoco el legislador abordó su concepto ni las consecuencias jurídicas que esa nueva potestad suponía en la práctica, más allá de la necesaria separación del menor de su familia de origen. Esta carencia, también supuso que las Comunidades autónomas aprobasen Leyes de protección a la infancia que contienen múltiples errores de recepción del artículo 172 y ss.

¹⁶⁴⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, artículo 172 ter. 3: “La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa.”

Está claro que el legislador no tuvo en cuenta las dificultades y problemas que conlleva su puesta en práctica, la inseguridad jurídica que ello supone y las tensiones sociales y emocionales que esta indefinición genera a las partes implicadas, padres, menores, entidad pública, los profesionales, acogedores, jueces, etc. Una de las críticas que se plantearon a la anterior legislación de protección administrativa era la excesiva discrecionalidad que las normas permitían a estos órganos, principalmente los Tribunales Tutelares de Menores, con la consiguiente indefensión de los menores y sus familias, cuestión esta que no se atajó, desde mi punto de vista, con la parca regulación de la guarda asumida por la entidad pública ex 172 del Código civil, gráficamente puede decirse que los principios sobre los que se asienta la guarda de los menores, parecen sencillos, pero su aplicación “*est plus délicate*”¹⁶⁴¹.

Admitiendo como hemos establecido anteriormente que la guarda de la persona del menor deriva de la patria potestad o, en su caso, de la tutela¹⁶⁴² y, por lo tanto y en principio, no constituye una institución independiente de las mismas, sin embargo, al separarse de ellas da lugar a una relación jurídica distinta, lo que impide una plena identidad jurídica entre guarda y patria potestad o tutela, de esta relación jurídica van a derivarse unos derechos y obligaciones cuyo contenido podríamos asimilarlo al contenido personal de ambas instituciones de acuerdo con el marco jurídico planteado por los artículos 154.1º y 269.1º,2º del Código civil, quedando fuera de ese espacio jurídico el derecho de representación legal y la administración de los bienes del menor.

Y teniendo en cuenta la nueva orientación legal y doctrinal de la responsabilidad parental cuando los progenitores no conviven, así como el derecho de los menores y de sus progenitores a seguir manteniendo relaciones durante el acogimiento decretado en aplicación del 172 del Código civil, podemos plantear una serie de cuestiones que surgen de la regulación de la guarda en el citado artículo, para intentar analizar si tienen respuesta a la luz de la doctrina y la jurisprudencia en materia de patria potestad.

¹⁶⁴¹ TERRÉ, F., FENOUILLET, D., *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, París, 2012, pág. 493, (epigrafe 481),

¹⁶⁴² “*Découle*”, según expresión de la doctrina francesa

En el caso de la asunción de la guarda por la entidad pública “no cesan todas las funciones propias de la patria potestad o de la tutela, ni en el ámbito personal, ni en el patrimonial de los menores”¹⁶⁴³, pudiéndose modular algunas de las funciones ajenas a la guarda a través del documento de acuerdo firmado por los padres y la Administración¹⁶⁴⁴, donde se dejará constancia “de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo” (artículo 172.2 del Código civil)¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴³ TENA PALAZUELO, I., “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de protección jurídica de 1996”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 24, 1997, pág. 252.

¹⁶⁴⁴ Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de Castilla y León, en su artículo 6 referido a las facultades, obligaciones generales, derechos y deberes de los acogedores, establece en su punto 1: “Para el adecuado desempeño de la guarda, los acogedores tendrán las facultades que resultan inherentes a ésta y consecuentes con el principio de plena participación del menor en la familia, debiendo contar con la aprobación de la Entidad Pública de Protección, y en su caso de los padres o tutor del menor que conserven sus facultades, para aquellas actuaciones que, por su naturaleza o entidad, resulten extraordinarias respecto de las que integran la atención común a éste en razón de su edad, condiciones y necesidades. En su caso, corresponderán asimismo a los acogedores las facultades propias de la tutela que, para facilitar el desempeño de sus responsabilidades, les sean específicamente atribuidas por el Juez. 2. Tal y como dispone la legislación civil, la familia o personas que reciban a un menor en acogimiento tendrán las obligaciones generales de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. A tal fin, dispensarán dicha atención al menor directamente y, en su caso, gestionando su acceso a los servicios de salud, educación y demás normalizados que precise”.

Y en su artículo 7. 1 en relación con las facultades, deberes y derechos de los padres o tutor del menor: “De conformidad con lo dispuesto por la legislación civil, los padres o tutor del menor acogido tendrán para con él las facultades y deberes que no resulten suspendidos como consecuencia de la acción protectora”.

¹⁶⁴⁵ En ese mismo sentido, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en su Artículo 161. Guarda a solicitud de padres o tutores. 1. “La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor o incapacitado, así como de la forma en la que dicha guarda va a ejercitarse por la Administración”.

3.5.3. La guarda administrativa del Código civil: ¿Guarda y custodia compartida entre la entidad pública y el acogedor?

En relación con la guarda del 172.1 y 172.2¹⁶⁴⁶ y la relativa al 172. 3¹⁶⁴⁷ del Código civil, cabe preguntarse si es posible que los interrogantes que surgen de la regulación de la guarda pública de menores en el Código puedan ser subsanadas por la aplicación de la regulación de la patria potestad en las crisis familiares, dado la voluntad del legislador de que estuviese en sede civil formando parte de la regulación de las relaciones paterno-filiales que hace el Código civil con una clara identidad entre las funciones de los acogedores y la de los titulares de la guarda o tutela, o si el régimen jurídico de la guarda de los menores acogidos responde a principios propios.

Es indudable que las dos situaciones jurídicas planteadas por el 172.1 y el 172.2, tutela *ex lege* y la guarda previa solicitud, no confieren las mismas responsabilidades a la entidad pública, la tutela comporta la representación legal del menor y la administración de su patrimonio, como consecuencia de la suspensión de la patria potestad, y en la guarda del 172.2 persiste la patria potestad o la tutela ordinaria, considerando la doctrina que esta última es “una relación jurídica de tipo básicamente personal, sin transcendencia en el campo de la representación o la administración de los intereses del menor (...). La «guarda» vendrá a ser algo de menor entidad que una tutela”¹⁶⁴⁸. Pero en ambas situaciones la entidad pública tiene encomendada la guarda del menor, por lo que la entidad pública asumiría el conjunto de deberes puramente personales de los padres o tutores de manera

¹⁶⁴⁶ Equivalente al 172 y 172 bis del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁶⁴⁷ Se correspondería al 172 ter. del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁶⁴⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989, pág. 150, pero también es consciente que es una figura no definida por la ley y con una variabilidad de contenido en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

temporal, las funciones de cuidar y velar al menor, dentro de ese concepto de velar debe estar comprendida la obligación de vigilancia sobre el menor¹⁶⁴⁹.

Pero por otro lado, hay que considerar que el acogimiento es un servicio público¹⁶⁵⁰ que necesariamente supone una actividad material y técnica de la entidad pública y cuya responsabilidad, como hemos apuntado, esta atribuida de manera exclusiva a una entidad pública, no permitiendo el ordenamiento jurídico el acogimiento de menores de carácter privado, cuestión distinta es su modalidad de gestión del servicio de acogimiento, que en el caso del acogimiento familiar supone, en cualquier caso, la ubicación del menor con un acogedor al que hace depositario del menor.

Dada la parquedad del legislador y, como hemos visto, la utilización del término guarda en distintos contextos de las posibles situaciones del menor acogido, se suscitan las siguientes cuestiones:

La guarda a la que se refieren los artículos 172 y ss., ¿es en toda las situaciones un título jurídico?, y por lo tanto referido a la guarda jurídica, cuyos

¹⁶⁴⁹ RABIH CHENDIB, "L'obligation contractuelle de surveillance. Prise en compte de la jurisprudence française contemporaine", *Unión de abogados árabes*, 2009, nº 2, págs. 108-130, lo que implica actuaciones preventivas, tendentes a evitar todo peligro susceptible de producirse, y a la vez se conjuga como una obligación complementaria de la obligación de seguridad entendida esta como ausencia de peligro por lo que para este autor la admisión de la naturaleza contractual de la obligación de vigilancia invita a los jueces a vincularla a una determinada categoría: obligación de medios y obligación de resultados, págs. 110 y ss.

¹⁶⁵⁰ Ley de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales, artículo 27. 11.º Servicio de acogimiento residencial para personas menores de edad en situación de desamparo o de desprotección grave. Estará dirigido a facilitar a aquellas personas menores que no pueden permanecer en sus hogares, un lugar de residencia y convivencia que cumpla con el cometido de una adecuada satisfacción de las necesidades de protección, educación y desarrollo. Este servicio será una prestación garantizada, requiriendo la contribución de las personas que ostenten la patria potestad o tutela ordinaria. En Navarra, y en desarrollo de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales, el Decreto foral 69/2008, 17 de junio por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales de Ámbito General, en su anexo II en su apartado 2, establece como servicio social garantizado el Servicio de observación y acogida, considerándolo un servicio de atención residencial cuyo objeto el "servicio prestado en establecimiento residencial que tiene como finalidad proteger al menor, mediante la asunción de su guarda y/o tutela, a fin de proporcionarle un espacio de protección que le permita adquirir un adecuado desarrollo afectivo, psicológico, formativo-laboral, intelectual y social"; y en el apartado 4. Servicio de acogimiento familiar., que es un servicio social garantizado, pero condicionado a que exista una familia dispuesta a realizar la acogida que haya sido valorada como idónea por el Departamento competente en materia de servicios sociales.

c) Objeto del recurso: servicio prestado en una vivienda normalizada con la finalidad de proteger al menor, mediante la asunción de su guarda y su incorporación a una familia, a fin de proporcionarle un espacio de protección que le permita adquirir un adecuado desarrollo afectivo, psicológico, formativo-laboral, intelectual y social.

titulares serán alternativamente la entidad pública o los acogedores. O podemos afirmar que la situación que se produce con la adjudicación del convenio de acogimiento, en realidad, supone una situación fáctica, en cuyo caso estaríamos ante la tenencia material del menor por parte del acogedor; o planeado desde otro ángulo, la guarda del menor ¿la tiene en exclusiva la entidad pública o le corresponde al acogedor una vez formalizado el convenio de acogimiento?, o ¿la entidad pública y los acogedores estarían en una situación legal similar a la de guarda y custodia compartida de los progenitores no convivientes?

Si consideramos que la guarda es compartida entre la entidad pública y los acogedores, ¿cómo se divide su contenido, teniendo en cuenta que la guarda convive, en cualquier caso, con la patria potestad o la tutela ordinaria o *ex lege*?, lo que conduce a preguntarse ¿qué funciones integradas en la guarda deben ser indisponibles para los progenitores o tutor tanto ordinario como *ex lege*? ¿Se puede afirmar que la guarda pública encomienda funciones que requieren el contacto constante entre el adulto y el menor, pero no concede el poder de decidir cómo se habrán de desarrollar tales funciones?¹⁶⁵¹

Otra cuestión planteada es si la guarda del menor acogido puede recaer en varias personas, cuando alguna de ellas no cohabita con el menor, y relacionado con ello ¿puede el acogedor ceder por propia iniciativa la guarda a un tercero, por razones temporales, manteniendo el control sobre la misma y ejercitándola a través de ese tercero?

¿Se puede defender la identidad total entre la guarda pública y cuidado?¹⁶⁵²
¿Podemos entender que el derecho de guarda lleva aparejado el derecho/deber de custodia?

¹⁶⁵¹ Tal y como defiende GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Marcial Pons, Madrid, 1977, pág. 75, en el caso de la guarda asociada a no convivencia con los progenitores.

¹⁶⁵² MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Bosch, 1991, mantiene que la guarda de menores no está regulada por el Código civil como figura autónoma por ser una “situación de hecho y por lo tanto las funciones inherentes a la misma resultan implícitas en todas las instituciones tendentes a protección de los menores no emancipados”, considerando que la guarda “consiste en la asunción del cuidado de los menores, cuya protección viene impuesta, por mandato legal, o por haber sido voluntariamente aceptada por el guardador”, pág. 107.

Si el artículo 172 supone entender que la guarda asumida por la entidad pública absorbe el conjunto de prerrogativas de la patria potestad, o de la tutela, quedando fuera de ella únicamente el deber de vigilancia y cuidado del menor, esto supondría que el titular de la guarda se ve compelido a ejercer la autoridad parental él solo. Ahora bien se plantean dudas respecto a determinadas situaciones en las que los progenitores o tutor ha delegado la guarda en la entidad pública, ¿quién debe conceder la emancipación del menor en el caso del 317 del Código civil? El tenor literal del artículo señala que, dándose los requisitos señalados en el artículo, mayor de dieciséis años y que consienta, la emancipación se realiza por “concesión de quienes ejerzan la patria potestad”; ¿o se podrá reputar emancipado, de acuerdo con el 319 del Código civil, el menor que viva de manera independiente, con el consentimiento del que haya asumido la guarda? También se plantean dudas en la dicción del 157 del Código civil, ¿el “titular de la potestad de guarda”¹⁶⁵³ es el que asiste al menor no emancipado en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos? O ¿esta función de asistencia forma parte del contenido básico de la patria potestad y no forma parte del contenido de la guarda?¹⁶⁵⁴

Otra cuestión que surge de la concreción del término guarda, es la relativa a la responsabilidad civil, porque si se considera que la entidad pública al suscribir el convenio de acogimiento familiar traslada el ejercicio de la guarda al acogedor, ¿le traspasa la responsabilidad civil?

Estos interrogantes conducen a cuestionarse si la guarda que asume la entidad pública tiene la misma consideración que la guarda que asumen los acogedores, así como la posible escisión entre titularidad y ejercicio de la guarda entre la entidad pública y los acogedores e incluso terceros, suscitándose las mismas

¹⁶⁵³ En expresión del artículo 158.2º del Código civil

¹⁶⁵⁴ ANDREU MARTÍNEZ, M. B., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, se plantea que “en las situaciones de crisis matrimonial, (...) cuáles sean las facultades de intervención del progenitor no custodio” en relación con el consentimiento que deben prestar los representantes legales del menor de trece años para el tratamiento de sus datos personales, respondiéndose que “habrá que entender que la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores no excluye al otro de sus derecho/deber de participar en las decisiones que afecten al menor”, pero sin pronunciarse si la facultad de los representantes legales, señalada en el artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, le corresponde al progenitor custodio o a ambos, pág. 77.

cuestiones que hemos analizado en la fragmentación de la patria potestad en las situaciones de crisis familiar en la que concluíamos que, en la no convivencia de los progenitores, así como otras propias de la naturaleza de la potestad con la que actúa la entidad pública.

Respecto a la guarda institucional del 172 y ss. del Código civil y su relación con el acogimiento podemos plantear tres escenarios distintos, en primer lugar, la consideración de que en el acogimiento diseñado por el Código civil la titularidad de la guarda corresponde a los acogedores porque es son ellos los obligados a asumir las obligaciones que le corresponde a los progenitores “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” (artículo 154 del Código civil o en su caso de la tutela el artículo 269), por lo tanto en el momento de la formalización del acogimiento la entidad pública queda despojada de la titularidad de los derechos y deberes que formen parte de la guarda, solo mantendrá la titularidad de tutela si ha habido previa declaración de desamparo y si solo asumió la guarda a petición de los progenitores, al quedar intacta la patria potestad o la tutela, la función que le corresponde a la entidad pública es la de mera correa de transmisión entre los padres o tutores que continúan con la titularidad y los acogedores titulares de la guarda.

Un segundo escenario nos llevaría a considerar que en la guarda del menor acogido estamos ante una guarda institucional cuya titularidad y ejercicio corresponden a la entidad pública, y es ella como titular de la guarda la que ejerce las funciones que se predicen de la guarda¹⁶⁵⁵ encomendando a determinadas personas, institución o acogedores, las labores que se corresponden con el cuidado directo del menor quedando materializada parte del contenido de esta guarda a través de un equipo humano elegido¹⁶⁵⁶ por la entidad pública que presta dicho

¹⁶⁵⁵ 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*, vol. I, nº 4 (octubre-diciembre, 2014), Estudios, págs. 107-153, aunque en la guarda institucional al mantener intacta la patria potestad o la tutela, se deja “en manos de la Administración la obligación de los padres de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral»”, pág. 129.

¹⁶⁵⁶ FANTOVA, F., “Los sistemas de servicios sociales en España: intento de caracterización”, *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, nº 21, diciembre, 2004, “nos encontramos con un tipo de servicio altamente intangible e interactivo. Hablamos de servicios que, si

servicio público, de tal suerte que los acogedores familiares son parte de la organización administrativa como medio técnico de colaboración¹⁶⁵⁷, en una clara interconexión entre lo público y lo privado¹⁶⁵⁸.

Y un tercer escenario es defender que la guarda pública se desgaja en titularidad y ejercicio, de manera que la entidad pública mantiene la titularidad y los acogedores son los que ejercitan esa guarda.

3.5.4. Titularidad y ejercicio de la guarda institucional

Respecto a los anteriores planteamientos, si nos retrotraemos a la redacción dada por la Ley 21/1987¹⁶⁵⁹, la respuesta es, sin ninguna duda, que estamos ante el tercer supuesto, el legislador al regular la guarda pública independizó la titularidad del ejercicio tal y como establecía el artículo 172.3: “La guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento”, del tenor literal solo puede colegirse que la titularidad de la guarda correspondía a la

bien pueden incorporar elementos tangibles, consisten básicamente, a nuestro juicio, en relación interpersonal”, pág. 5.

¹⁶⁵⁷ Como señala la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, del País vasco, en su artículo 69, 2º párrafo: “En el marco del acogimiento, la familia acogedora asume una función de colaboración con la Administración en el ejercicio de sus funciones de protección”.

¹⁶⁵⁸ Vid. aunque referido a los sistemas de servicios sociales autonómicos es perfectamente aplicable al servicio público de acogimiento, VILLAR ROJAS, F. J., “Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, págs. 87-119.

ALEMÁN BRACHO, M. C., ALONSO SECO, J. M., “Los sistemas de servicios sociales en las Leyes autonómicas de servicios sociales”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 152, 2011, págs. 973-1002.

Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, en su artículo 4 considera que el sistema de servicios sociales de Castilla y León comprende:

“1. El sistema de servicios sociales de Castilla y León se configura como el conjunto de recursos, programas, actividades, prestaciones, equipamientos y demás actuaciones, de titularidad pública o privada, en materia de servicios sociales.

2. Los servicios sociales de titularidad privada se integrarán en el sistema de servicios sociales de Castilla y León, previo cumplimiento de los términos y condiciones establecidos en la presente

ley y en las disposiciones que en su desarrollo se dicten al efecto”.

¹⁶⁵⁹ En la redacción de la Ley 21/1987, el artículo 172.3: “La guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento”.

entidad pública, implícita en la tutela o porque la asume a solicitud de los progenitores o tutores, y que el ejercicio de la misma corresponde al Director del centro donde se ha acogido al menor o a la persona designada por la entidad pública en el caso del acogimiento familiar, reservándose la entidad pública las funciones de vigilancia de ese ejercicio.

Pero el legislador de 1996 modificó la redacción de dicho artículo, redacción que es respetada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el nuevo artículo 173 ter.¹⁶⁶⁰, lo que conduce a preguntarse si responde a la voluntad de introducir nuevo régimen de la guarda, planteamiento justificado porque de haber querido mantener la situación anterior no hubiese sido necesario dicho cambio, dada la claridad conceptual entre los conceptos de titularidad y ejercicio, o si, en realidad, la nueva redacción se debe a una mala técnica legislativa.

Del tenor literal del actual artículo 172.3: “La guarda (...), se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública”¹⁶⁶¹,¹⁶⁶², no puede deducirse que se distinga entre titularidad y ejercicio, más bien, parece que el legislador señaló que la guarda pública sólo podría llevarse a cabo a través de dos servicios públicos concretos, acogimiento familiar y acogimiento familiar, y que la prestación concreta de la tenencia material del menor corresponde al acogedor familiar o se personaliza en el director o responsable del centro en el acogimiento institucional, razonamiento este que no queda invalidado por lo dispuesto en el artículo 173.1 “este acogimiento (familiar) se podrá ejercer

¹⁶⁶⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁶⁶¹ El diccionario de la Real Academia, define ejercer, en su primera acepción: “Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión” y realizar: “Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”, y ejecutar: “Poner por obra algo”.

¹⁶⁶² El Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en el nuevo artículo 172 ter. no modifica el razonamiento, así en su punto 1: “La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido al menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores”.

por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por el responsable del hogar funcional”¹⁶⁶³, o el artículo 172.3 “El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor”, dado que en ese caso considero que la palabra ejercicio no se refiere a la guarda sino a la prestación del servicio¹⁶⁶⁴.

Considero que el legislador en la reforma de la Ley Orgánica 1/1966 no identifica acogimiento con ejercicio de la guarda por lo que los acogedores no asumen el ejercicio de la guarda, cuestión distinta es lo mantenido por la doctrina¹⁶⁶⁵, sino que establece que para los dos supuestos de hecho del 172 del Código civil, solo podrán existir dos recursos para la materialización de las funciones de protección que le corresponde a la entidad pública como titular de la guarda. Fuese esa o no la intención del legislador, el Código civil concede a la entidad pública la guarda jurídica sobre el menor, que implica su titularidad y ejercicio, y son los deberes asistenciales, el cuidado, o guarda material, lo que encomienda a los acogedores¹⁶⁶⁶, con lo que nos situamos en el segundo escenario que diseñábamos.

¹⁶⁶³ Hay que tener en cuenta el artículo 21 de la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero, que considera servicios especializados a los hogares funcionales: “1. Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor.

2. Todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores, deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública”.

¹⁶⁶⁴ Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en su artículo 122: “Las medidas permanentes de separación del menor en su familia, para los efectos de su observación o reforma o de su guarda y educación, son la colocación bajo la custodia de otra persona, familia o de una Sociedad tutelar, o su internamiento en un Establecimiento auxiliar”.

¹⁶⁶⁵ En contra, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *Curso de Derecho civil IV. Derechos de Familia y sucesiones*, SÁNCHEZ CALERO, F. J., (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009, “la forma prevista para el ejercicio de la guarda del menor es el acogimiento, en su doble modalidad de acogimiento familiar y residencial”, pág. 312; IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, de manera significativa, titula uno de sus epígrafes “El acogimiento de menores como forma de ejercicio típica de la guarda del menor en la guarda asistencial y la tutela *ex lege*”, págs. 333 y ss.; DE DÍOS VIÉITEZ, M. V., “Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores”, en *Revista jurídica de Navarra*, número 43, enero-junio de 2007, págs. 167-180 concluye que “el acogimiento familiar sigue siendo un cauce para ejercitar la guarda que las leyes atribuyen a las entidades públicas. O dicho de otro modo, el acogimiento familiar no es sino la técnica de la que se sirve la Administración para ejercer, por medio de las personas acogedoras, la guarda de los menores en desamparo”, pág. 180.

¹⁶⁶⁶ AVELLANOSA PEÑA, B., “Instituciones y crianza”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 48, 2009, 167-175, “En ocasiones se pide a las instituciones que adopten el

La razón legal que sirve de apoyo a esta posición es la consideración que hemos venido defendiendo de que la tutela *ex lege* y la guarda administrativa no son sino el ejercicio de una potestad pública¹⁶⁶⁷, lo que supone que la entidad pública titular de la guarda está sujeta al artículo 12.1 de la Ley 30/1992¹⁶⁶⁸, que establece que la “competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes”¹⁶⁶⁹, la entidad pública actúa como Administración pública tal y como se desprende del 172.1 “a la, que en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores”.

En este sentido, y por imposición de un Estado de Derecho, es la Ley la que otorga a la Administración pública facultades de actuación, la habilita para actuar confiriéndola poderes jurídicos para llevar a cabo su acción, así constituye un elemento fundamental de ese Estado de Derecho la delimitación del campo de actuación de cada uno de los entes públicos¹⁶⁷⁰ a través del concepto de competencia administrativa, entendida como “conjunto de funciones de un ente administrativo, la titularidad de cuyo ejercicio se atribuye a un órgano de dicho

papel de “criadores”, es decir que tengan la función de criar a niños, niñas y adolescentes, que por diversas razones no pueden ser criados de otra manera”, pág. 167.

¹⁶⁶⁷SAINZ-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*, vol. I, nº 4 (octubre-diciembre, 2014), Estudios, págs. 107-153: “la declaración de desamparo, que no es otra cosa que una resolución administrativa fruto de un procedimiento de la misma naturaleza, constituye presupuesto necesario para la asunción de la tutela *ex lege* de un menor”, pág. 136.

¹⁶⁶⁸Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁶⁶⁹En la página web de la Consejería de igualdad, salud y políticas sociales de la Junta de Andalucía se informa en relación con el servicio de acogimiento familiar: “Mediante la figura jurídica del acogimiento familiar se delega la guarda de un menor a una persona o familia con la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, si bien la tutela la ostentará la Administración encargada en materia de protección de menores”. <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadsaludypoliticassociales/areas/infancia-familias/acogimiento/paginas/sesion-acogimiento.html#competencias>

¹⁶⁷⁰Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso) de 15 de diciembre de 2010, (nº de recurso 5539/2009), Fundamento de Derecho séptimo: “Las potestades administrativas tienen unos claros límites que deben ser observados en su ejercicio, constituidos, entre otros, por el obligado respeto a los derechos fundamentales (como es el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley reconocido en el artículo 14 CE) y por la necesidad también de cumplir debidamente el mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que contiene el artículo 9.3 CE.

ente”¹⁶⁷¹, que deberán ser ejercitadas por el órgano al que el ordenamiento jurídico se las atribuye, y, en ese sentido, el artículo 172.1 del Código civil atribuye de manera indubitable la competencia exclusiva en la entidad pública, que tenga, en el respectivo territorio, “encomendada la protección de los menores”¹⁶⁷², no precisando el Código civil el órgano concreto por corresponderle a las Comunidades Autónomas la potestad exclusiva en su determinación.

Otra evidencia legal la encontramos en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, que cuando determina las actuaciones de protección a llevar a cabo por los poderes públicos establece que la protección del menor por los poderes públicos deberá realizarse mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, “con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”¹⁶⁷³.

También encontramos justificación a ese razonamiento en la regulación del acogimiento familiar permanente, en el cual la entidad pública podrá solicitar al juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el

¹⁶⁷¹ ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, v. I, Tecnos, Madrid, 1994, el autor señala que la necesaria distribución de la titularidad de las funciones entre las distintas Administraciones públicas responde a la necesidad de racionalizar el trabajo a través de la división del mismo, y esta necesidad se eleva, al nacer el Estado de Derecho, a rango de categoría jurídica al considerarse que ello supone una garantía de los derechos de los ciudadanos, págs. 64 y ss.

¹⁶⁷² Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, artículo 18: “Siempre que estos Tribunales adopten medidas prolongadas de vigilancia, de guarda y educación, o de reforma, ejercerán su acción tutelar sobre el menor de un modo permanente (...) Cuando suspendan el derecho de los padres o tutores a la guarda y educación, lo ejercerán los mismos Tribunales, confiando al menor para su custodia a otras personas o Entidades y asumiendo las facultades que a los padres o tutores competen para autorizar los contratos de aprendizaje o trabajo, la emigración o la inscripción de menor en el Ejército o en la Marina de Guerra o Mercante”.

Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, artículo 116: “El Tribunal que tenga bajo su acción tutelar permanente un menor, será el único a quien corresponde ejercerla (...)

¹⁶⁷³ El Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en relación con el artículo 12.1 solo añade la detección del menor en riesgo: “La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.”

desempeño de sus responsabilidades, que en ningún caso podría ser la representación legal del menor, ni en la situación de guarda solicitada por los progenitores porque estos siguen siendo titulares de la patria potestad o de la tutela (caso este improbable dado el carácter temporal de dicha guarda), ni en el caso del menor sujeto a tutela *ex lege*, porque esa función está unida a la titularidad de la misma; por lo tanto, el legislador no puede sino estar refiriéndose a parte del contenido de la guarda, que la entidad pública no puede delegar en aplicación del artículo 12.1 de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 13 de dicha Ley¹⁶⁷⁴ de la misma que impide a los órganos de la Administración pública delegar el ejercicio de sus competencias a personas o entes que no tengan el carácter de entidades de derecho público.

Por lo tanto, considero que la guarda del menor acogido corresponde a la entidad pública, tanto su titularidad como su ejercicio, y las referencias a la guarda de los acogedores solo puede entenderse asimilando guarda a las actividades más elementales que conllevan el cuidado material y diario del menor, así como a la consideración de los acogedores como colaboradores de la entidad pública, realizando su labor bajo el control y dirección de ésta; y esto es así porque si consideramos que el acogedor tiene el ejercicio exclusivo de la guarda tiene derecho a tomar de manera unilateral todas las decisiones sobre el menor, educación, salud, educación religiosa, formación, decidir las relaciones o contactos de menor con terceros, la posibilidad de restringir sus comunicaciones¹⁶⁷⁵, (acceso a las redes sociales, limitación del móvil, acceso a contenidos de internet, etc.), sobre su desplazamiento a otro país obtención del pasaporte, etc. y la entidad pública tendría, en ese caso, únicamente derecho a ser informado de las decisiones tomadas pero el acogedor no tendrá la obligación de pedir autorización a la entidad pública antes de tomarlas.

¹⁶⁷⁴ Artículo 13. Delegación de competencias. 1. Los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas.

¹⁶⁷⁵ *Vid.* en este campo, MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, principalmente, el capítulo II, donde hace una descripción del estado actual de los riesgos de los medios audiovisuales para el menor, y el papel de los padres en la protección de los menores frente a las consecuencias negativas de un mal uso de las herramientas audiovisuales, (derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad, a la protección de datos, suplantación de personalidad, a la indemnidad sexual, problemas de adicción, etc.), págs. 31-60.

Por otro lado, tampoco debemos identificar guarda con convivencia¹⁶⁷⁶, en primer lugar, es cierto que el menor convive con los acogedores pero esa convivencia no implica la titularidad de la guarda, ya que extinguido el acogimiento por alguna de las causas señaladas en el Código, y manteniéndose vigente la resolución administrativa de protección, la guarda la continua teniendo la entidad pública, además de la posibilidad de que el menor conviva durante periodos de tiempo más o menos amplios con personas distintas de sus acogedores por decisión de la entidad pública, tal y como establece el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁶⁷⁷, en su artículo 172 ter. 3: “La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones”. También es difícil encajar esa identidad entre guarda y convivencia en el caso de un menor institucionalizado, porque si la guarda es ejercida por el director, tal y como sostiene la doctrina mayoritaria, hay que tener en cuenta que ese no es sino el titular de un órgano unipersonal de una persona jurídica pública o privada, que puede, y de hecho no lo hace, habitar en el centro, es más, puede que no resida ni siquiera en la misma localidad donde se ubique el centro. Además si la identificamos con convivencia, entonces, tal y como mantiene GUILARTE MARTÍN-CALERO, la responsabilidad se trasvasa con el menor y esa no es la postura jurisprudencial sobre responsabilidad civil de las entidades protectoras¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁶ Diccionario de la Real Academia, entiende por “convivir”: Vivir en compañía de otro u otros.

¹⁶⁷⁷ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, continuando dicho artículo 172 ter, 3: “A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa.”

¹⁶⁷⁸ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) Sentencia núm. 29/2005 de 17 febrero, Fundamento de Derecho primero, “si bien es cierto que por la adopción de la fórmula de acogimiento residencial, éste “se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor” (Art. 172. 3 del C. Civil), dicha circunstancia no elimina la responsabilidad que como guardador legal tiene, ya que sin

Hay que tener en cuenta que si la entidad pública es titular de la guarda estable (que no permanente) sobre el menor, ello supone el poder de organización y de dirección sobre la vida del menor, y de control sobre ese modo de vida y de sus actividades, por lo que la entidad pública será la responsable de los daños ocasionados por el menor, sin que pueda ser exonerada en el caso en que el daño cometido por el menor sucediese cuando el menor se encontrase fuera de su ámbito material, como es la situación de acogimiento familiar, pues ello no interrumpe la potestad de guarda legal de la entidad pública¹⁶⁷⁹, ya que en este caso no ha existido ninguna resolución administrativa, o judicial en su caso, que suspenda o interrumpa la medida adoptada por el órgano competente en protección de menores, y, en este sentido, la responsabilidad civil por hecho del menor se fundamenta sobre “en la

perjuicio de la responsabilidad en que puede incurrir el director del centro de acogida, como guardador de hecho, sigue concurriendo la responsabilidad de la entidad pública que por ley tiene la tutela y la guarda.

En definitiva el ingreso en el centro no elimina aquella, ya que lo que asume el centro es sólo el ejercicio del acogimiento residencial, pues en definitiva el Instituto Navarro de Bienestar social se convierte por ley en garante del ejercicio de la guarda legal, bien directamente bien a través de los oportunos convenios con quienes concierta la prestación del acogimiento residencial, pero este convenio no altera su responsabilidad legal”

Sentencia Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), 113/2010 de 4 mayo 2010

Sentencias Civ. 2ème 9 décembre 1999, Civ. 2ème 6 juin 2002, y Cass. 2ème civ., 22 mai 2003 que establecen la responsabilidad de la asociación a la que se le ha encomendado a los menores con una resolución de protección aunque el daño a terceros se haya producido estando el menor en casa de los padres o en una familia de acogida fundamentándolo en el artículo 1384, al. 1er, en aplicación de un concepto de guarda jurídica.

GARCÍA RUBIO, M. P., “La responsabilidad civil del menor infractor”, *Revista xurídica galega*, nº. 38, 2003, págs. 39-49, “en el caso de que se reclame la responsabilidad civil del tutor, guardador o acogedor, y estemos en una situación de tutela o guarda administrativa o automática, que corresponde a las Administraciones públicas, así como cuando los menores acudan a centros docentes públicos y quepa apreciar la responsabilidad de los titulares de éstos, el orden jurisdiccional alternativo no es el civil, sino el contencioso- administrativo y la ley aplicable no es el Código civil, sino la mencionada Ley 30/1992. A esta situación parece referirse el art. 61.4 cuando remite al art. 145 de la LPAC, aunque estimo que dicha remisión debería serlo a todo el Título X de esta última ley y no sólo a su art. 145”, pág. 43.

¹⁶⁷⁹ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) Sentencia núm. 29/2005 de 17 febrero, en su Fundamento de derecho cuarto “el hecho de haber confiado a un tercero la custodia (de un menor cuya tutela la había asumido el Instituto Navarro de Bienestar social), no implica el cese de las obligaciones de guarda da la Administración foral (...) pues aun estando fuera de su ámbito material de acogida, seguía estando (el menor) en el ámbito de vigilancia y supervisión de la entidad pública como guardador inmediato”. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pamplona, en sentencia de 28 de abril de 2009, establece la responsabilidad civil de una madre por el hecho de su hija que en ese momento estaba en guarda administrativa a través de acogimiento residencial, “el que en dicho momento la menor estuviera bajo la guarda de tercero (Gobierno de Navarra), no libera a la madre de sus obligaciones educativas, del cumplimiento de las mismas «ex ante»”.

existencia de un deber de educación, de un deber de guarda y custodia, de un deber de usar las facultades de corrección que dichas personas tiene sobre el menor”¹⁶⁸⁰.

Otra cuestión que podemos plantear en relación a su posible identidad con la guarda y custodia compartida de los progenitores es sí cuando el artículo 172 se refiere a la guarda de los menores asumida por la entidad pública se refiere exclusivamente a la guarda o habrá que entender que también asume la custodia del menor por analogía al régimen de guarda y custodia establecido en el Código civil en el artículo 92.5 del Código civil, en los casos de separación, nulidad o divorcio de los progenitores¹⁶⁸¹; la primera cuestión es preguntarse por qué el artículo 172 solo contiene término guarda y no lo une a custodia^{1682, 1683}, y sin embargo la doctrina y la jurisprudencia a unido el término guarda del 172 y ss. con el de custodia, tanto en la doctrina de los Tribunales civiles como en los penales, entendiendo la jurisprudencia de estos últimos que existe una íntima relación entre las situaciones descritas en el artículo 172 del Código civil y la regulación del Código penal del delito de abandono de familia del artículo 229 y 230 así como en el artículo 226 de incumplimiento de los deberes de patria potestad¹⁶⁸⁴, considerando que se produce quebrantamiento

¹⁶⁸⁰ Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) Sentencia nº 82/2009 de 24 septiembre, Fundamento de derecho tercero, el Tribunal señala que el fundamento del nuevo modelo de responsabilidad civil establecido en el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor se asienta en esos presupuestos.

¹⁶⁸¹ Resolución del Defensor del Menor de Andalucía formulada en la queja 12/6001 dirigida a Consejería de Salud y Bienestar Social, Delegación Territorial de Salud y Bienestar Social de Sevilla (Sevilla 16-6-2013), relativa a: Criterios para establecer un acogimiento familiar preadoptivo, señala en antecedentes: “Con posterioridad el Ente Público de Protección asumió la tutela administrativa y consecuente guarda y custodia de la recién nacida emprendiendo actuaciones para decidir lo conveniente atendiendo a su supremo interés como menor”.

¹⁶⁸² La unión de ambos términos es frecuente en relación a las figuras de protección del artículo 172 del Código civil, así el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su sentencia nº 1772/2001 de 4 octubre, en su Fundamento de Derecho 2º, “unido al hecho que la coacusada, a quien manifiesta haber entregado su custodia, presentaba una adicción grave a sustancias estupefacientes e incapacitada para el cuidado de sus propios hijos respecto a los que había cedido la guarda y custodia a la Comunidad de Madrid. Resulta la acreditación del abandono pues no de cercioró de la delegación en el cuidado del menor y de haberlo hecho en su hija sabía que los órganos encargados de la protección a la infancia de la Comunidad Autónoma la había retirado la custodia de sus hijos por lo que aparecía como incapacitada para la guarda encomendada”

¹⁶⁸³ El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, (aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013), señala en su Exposición de Motivos que la guarda y custodia son “términos que se complementan y que no se excluyen”, y las identifica con el “régimen de convivencia y el de las relaciones familiares”, pág. 9.

¹⁶⁸⁴ El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su sentencia núm. 1772/2001 de 4 octubre, el Fundamento de Derecho 2º señala que “tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere

del deber de custodia cuando se produce la ruptura voluntaria de la situación fáctica en la que el menor se halla bajo la vigilancia y cuidado de una persona¹⁶⁸⁵. Tal y como mantuvimos en la guarda y custodia en las situaciones de no convivencia de los progenitores, debemos entender que la guarda la conserva la entidad pública y la custodia como concepto independiente, como sinónimo de tenencia física del menor es asumida por el acogedor.

Esta indefinición de la guarda asumida por la entidad pública y la utilización del mismo término para referirse a la relación jurídica del menor con los acogedores, como no podría ser de otra manera, incide en la aplicación práctica de la regulación de la protección pública de los menores, manifestándose como uno más de los conceptos jurídicos que deben ser conjugados en la actividad protectora de la Entidad pública y que se resiste a constituirse en una categoría jurídica determinada que aporte seguridad y rigor a las medidas tuitivas, permitiendo, en su caso, una posible actuación arbitraria de la entidad pública.

y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogida en el Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor. La conducta atípica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refiere tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código Civil, en su art. 172, refiere la situación de desamparo a 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. Esta situación de desamparo ya supone un riesgo para el menor por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que la leyes protectoras regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar. El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230, tipicidad compatible con las del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código Penal interviene para reprochar conducta provocadora de la situación de desamparo"; doctrina recogida en sentencias posteriores, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo 559/2009 de 27 mayo, en su Fundamento de Derecho 3º.

¹⁶⁸⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 559/2009 de 27 mayo, Fundamento de Derecho 3º, "no se ha producido (...) un abandono del menor, entendido éste como el quebrantamiento absoluto del deber de custodia del mismo, como la ruptura voluntaria de la situación fáctica en la que el menor se halla bajo la vigilancia y cuidado de una persona. No es por ello relevante que el menor haya sido dejado por la madre al cuidado de unos amigos en la casa de éstos".

3.6. LA GUARDA DE HECHO: ACOGIMIENTO FAMILIAR INFORMAL

3.6.1. El acogimiento informal y su impacto en la situación de desprotección

La guarda de hecho nos interesa en este contexto por su relación con el acogimiento informal de menores, entendiendo por tal “toda solución privada adoptada en un entorno familiar, en virtud de la cual el cuidado del niño es asumido con carácter permanente o indefinido por parientes o allegados (acogimiento informal por familiares) o por otras personas a título particular, por iniciativa del niño, de cualquiera de sus padres o de otra persona sin que esa solución haya sido ordenada por un órgano judicial o administrativo o por una entidad debidamente acreditada”, de acuerdo con la definición dada por la Resolución A/RES/64/142 de la Asamblea General de la Naciones Unidas¹⁶⁸⁶.

Esta cuestión en el ámbito de los menores es de vital importancia ya que debe tenerse en cuenta que existe una realidad social que indica que la mayoría de los menores carentes de las personas que tienen atribuidas las funciones legales de patria potestad o tutela son acogidos informalmente por parientes u otras personas¹⁶⁸⁷, y debe valorarse el hecho de que esa circunstancia no sea óbice para que la entidad pública se desentienda de la situación de estos menores, de su protección y de la garantía de sus derechos, pues ello constituiría una dejación de la

¹⁶⁸⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas A/RES/64/142 [*sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*] 64/142. (24 de febrero de 2010) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, III, 28 i). En oposición acogimiento formal dicha Resolución considera como “todo acogimiento en un entorno familiar que haya sido ordenado por la autoridad judicial o un órgano administrativo competente y todo acogimiento en un entorno residencial, incluidos los centros de acogida privados, resultante o no de medidas judiciales o administrativas”.

¹⁶⁸⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas A/RES/64/142, (18 de diciembre de 2009) [*sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*], Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, en su punto “17. Reconociendo que, en casi todos los países, la mayoría de los niños carentes del cuidado parental son acogidos informalmente por parientes u otras personas, los Estados deberían tratar de establecer los medios apropiados, compatibles con las presentes Directrices, para velar por su bienestar y protección mientras se hallen bajo tales formas de acogimiento informal, respetando debidamente las diferencias y prácticas culturales, económicas, de género y religiosas que no estén en contradicción con los derechos ni el interés superior del niño”.

entidad pública de su obligación de garantizar el derecho básico de todo menor de estar bajo la protección de sus progenitores, y subsidiariamente de un tutor o de la entidad pública competente¹⁶⁸⁸.

La guarda de hecho se contempla por la doctrina mayoritaria como una institución privada, a través de la cual una persona física o jurídica¹⁶⁸⁹, por propia voluntad¹⁶⁹⁰, y sin que le asista título jurídico alguno¹⁶⁹¹, por lo tanto sin tener un deber legal de asumirlos, y sin formalidades, asume el ejercicio de los deberes de asistencia y cuidado general de un menor o presunto incapaz ante la ausencia o ineficacia de las figuras de protección específicas que le corresponden de acuerdo con sus circunstancias. A ello hay que añadir que ese ejercicio es continuado¹⁶⁹² aunque transitorio, por lo tanto, no se contempla bajo esta figura la asunción de una guarda puntual¹⁶⁹³, sin entrar a considerar el deber moral o ético de su actuación.

En principio, a pesar de su denominación es considerada como una institución, “querida por el derecho”^{1694, 1695} porque aunque el Código civil no la

¹⁶⁸⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas A/RES/64/142, (18 de diciembre de 2009) [*sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*], Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, en su punto “18. Ningún niño debería quedar privado en ningún momento del apoyo y la protección de un tutor legal u otro adulto reconocido responsable o de una entidad pública competente”.

¹⁶⁸⁹ El Código civil de Cataluña, en su artículo 225.1 señala que “es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quién se dé una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutelar, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen”.

¹⁶⁹⁰ Aunque nuestro Código civil no señala esta característica, creo que es obvia, en este sentido es más significativa la expresión utilizada por el artículo 156 del Derecho Foral de Aragón, que define al guardador de hecho como “la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas

¹⁶⁹¹ DÍAZ ALABART, lo expresa como “careciendo de potestad legal”, DÍAZ ALABART, S., “El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda”, *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, DÍAZ ALABART, S., (direc.), Ibermutuamur, Madrid, 2004, capítulo II, http://www.ibertalleres.com/web_juridica/inicial.htm

¹⁶⁹² Esto no es contradictorio con lo dispuesto en el Código civil de Cataluña que señala su transitoriedad en el artículo 225-2.1, y en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en su artículo 156.

¹⁶⁹³ Guarda puntual que si es contemplada en el Código penal, en el delito de abandono de menores.

¹⁶⁹⁴ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 88.

define, pero si “le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que esta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dado los efectos jurídicos que provoca”, lo que supone que el artículo 303 del Código civil ante “la constatación de la existencia de hecho de una actividad protectora”¹⁶⁹⁶, la convierte en una situación de derecho con unos efectos jurídicos imprecisos pero reales, efectos que se identifican con una clara finalidad de asistencia de menores o presuntos incapacitados, considerándola la doctrina como “una cláusula de cierre de los distintos mecanismos de protección”¹⁶⁹⁷, a pesar de que el Código civil no la

En ese mismo sentido, así ROGEL VIDE, C., “Comentario al artículo 303 del Código civil”, *Comentarios del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, BUBOK, págs. 863 y ss., considera que el término “hecho”, y el constituir una institución no formal, no debe confundir sobre su naturaleza netamente jurídica, en tanto que regulada en la Ley, y a la que se le otorga un tratamiento, en parte, similar a la tutela. *Vid.*, del mismo autor, ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986 y ROGEL VIDE, C., “Sobre la guarda de hecho”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 4, 2003, págs. 579-596.

BERROCAL LANZAROT, A, “La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados”, *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales*. Ponencias y comunicaciones de Congreso internacional la protección de las personas mayores, Córdoba 7-9 octubre 2009, PÉREZ GARCÍA, M. J., (coord.), IDADFE, Madrid, 2009, pág. 2

¹⁶⁹⁵ Sin embargo, YZQUIERDO considera que el hecho de estar regulada en el Código no la convierte en una institución jurídica, YZQUIERDO TOLSADA, M. “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, (Comentarios a la Ley de 24 octubre 1983 de reforma del Código Civil, Título IX y X del Libro I), YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), ICAI, Madrid, 1984, pág. 152.

LETE DEL RIO, J. M., que considera a esta figura ilegal, aunque no alegal, “De la guarda de hecho”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IV, ALBALADEJO M., y DÍAZ ALABART, S., (dirs), EDERSA, Madrid, 1985, pág. 493,

O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil*, T. IV, Derecho de familia, EDERSA, Madrid, 1991, entendía que la tutela de hecho “implica el ejercicio de ella sin derecho, pero bajo la apariencia de tal, no de modo accidental o referida a actos concretos, sino de modo general y constante. Esta teoría no era sino un caso más de los diversos de ejercicio de hecho de un derecho: gestión por una persona que no es tutor, de la persona y del patrimonio de un menor o incapacitado”, pág. 312.

¹⁶⁹⁶ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006, “Esta figura, que carece de definición en el Código Civil, supone simplemente la constatación de la existencia de hecho de una actividad protectora, al que se le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que esta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dado los efectos jurídicos que provoca. Desde el momento en que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, es una guarda de Derecho, pues este la contempla y regula, y que se caracteriza por estar desprovista de forma. Y ello porque la guarda de hecho no deja de tener importantes consecuencias jurídicas”, pág. 9.

¹⁶⁹⁷ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006, “No estamos ante una institución no querida por el derecho. Al contrario, si algo se constata al acercarnos a ello, es que se trata de un mecanismo jurídico de protección de incapaces y menores que posee una gran potencialidad para resolver cuestiones que constantemente se presentan. La misma se configura como una cláusula de cierre de los distintos mecanismos de protección, no debiendo exigirse que el proceso desemboque, para darle validez, en la efectiva declaración judicial de incapacitación”, pág. 88

relaciona¹⁶⁹⁸ entre las figuras de guarda y protección de la persona o bienes, o de ambos del artículo 215 del Código civil, como si hace el artículo 100.2 del Derecho Foral de Aragón¹⁶⁹⁹, que la considera como una figura que puede contribuir a la guarda y protección de la persona y sus bienes junto con las figuras clásicas de la tutela, la curatela y el defensor judicial.

En este sentido, la doctrina mayoritaria considera que el guardador de hecho al ejercer sobre el guardado funciones asistenciales, tanto de su persona como de su patrimonio¹⁷⁰⁰, “alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses, quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores”¹⁷⁰¹, reconociéndose la responsabilidad de facto del acogedor informal¹⁷⁰² pero “la atribución de la guarda de hecho que contempla el artículo 303 del Código Civil, que no genera para los guardadores las obligaciones que integran el contenido de la patria potestad ni

¹⁶⁹⁸ Lo cual es lógico, como señala DÍAZ D’ALABART, ya que el artículo 215 sólo relaciona las instituciones formales, DÍAZ ALABART, S., “El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda”, *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, DÍAZ ALABART, S., (direc.), Ibermutuamur, Madrid, 2004, capítulo II, nota a pie de pág. 81, http://www.ibertalleres.com/web_juridica/inicial.htm

¹⁶⁹⁹ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en su artículo 100: “Instituciones tutelares. 1. La guarda y protección de la persona y bienes o solo de la persona o de los bienes del menor o incapacitado se realizará, en los supuestos previstos en la ley, mediante: a) La tutela. b) La curatela. c) El defensor judicial. 2. A la guarda y protección pueden contribuir la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela”

¹⁷⁰⁰ Libro II del Código civil catalán, en su artículo 225-3. Funciones del guardador de hecho. 1. El guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta. Si asume la gestión patrimonial, debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria. 2. En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela.

¹⁷⁰¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., (direc.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ROGEL VIDE, C., CAFFARENA LAPORTA J., CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Dirección General de Servicios Sociales-SEREM y Fundación General Mediterránea, 1997, pág. 61.

¹⁷⁰² En este sentido, nuestra legislación es coherente con la dispuesta en la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/64/142, (18 de diciembre de 2009) [*sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*], Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, en su punto 77: “El Estado debería reconocer la responsabilidad de facto de los acogedores informales del niño”.

constituye una institución de protección permanente^{1703, 1704} en este sentido, el Derecho Foral de Aragón es más explícito ya que en su artículo 159.1 señala que la actuación del guardador de hecho, en el ejercicio de esa “función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios”¹⁷⁰⁵. Es indudable que entre esas funciones no está comprendida la representación legal del menor¹⁷⁰⁶, facultad que el artículo 154 atribuye exclusivamente a los progenitores, o a quienes legalmente les suplan por resolución administrativa o judicial, pero, sin embargo, artículo 159. 1 de la Ley aragonesa establece que “la realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal”¹⁷⁰⁷, sin embargo en su artículo 91.2 determina que “La asunción de hecho de la autoridad familiar por otras personas no conlleva la suspensión de la de los padres”¹⁷⁰⁸.

Hechas estas consideraciones, y teniendo en cuenta que, en la actualidad, tanto la legislación como la doctrina está reivindicando la utilidad¹⁷⁰⁹ de esta figura y de las actuaciones desarrolladas por el guardador de hecho, tanto en la esfera

¹⁷⁰³ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), sentencia nº 127/2004 de 16 noviembre

¹⁷⁰⁴ Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) Sentencia nº 82/2009 de 24 septiembre. Fundamento de derecho tercero: “La Ley impone a los padres no sólo el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, sino también el de educarlos y procurarles una educación integral, e idéntico compromiso exige a los tutores y a los acogedores e incluso al guardador de hecho al tratarse de una institución tuitiva a la que son aplicables las obligaciones del tutor”.

¹⁷⁰⁵ El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

¹⁷⁰⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de noviembre de 1997, (AC 1997/2330) deniega la legitimación de una abuela, guardadora de hecho de su nieta, para presentar la acción definitiva de alimentos contra uno de los progenitores, porque el Tribunal considero que era inadmisibile que el guardador de hecho asumiere facultades de representación de la menor, lo que si podía era instar la privación de la patria potestad y la constitución de la tutela en su favor o solicitar el reintegro de gastos alimenticios a los que como guardador de hecho le corresponde

¹⁷⁰⁷ El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

¹⁷⁰⁸ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

¹⁷⁰⁹ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006, reivindica la utilidad como elemento esencial en la actuaciones desarrolladas por el guardador de hecho, tanto en la esfera patrimonial y personal del guardado, utilidad que no “debe medirse con un criterio meramente económico, ya que la guarda debe buscar e bienestar personal del menor o incapaz, y esta depende de algo más que de un mero beneficio económico”, pág. 91.

patrimonial y personal del guardado, hay que tener muy presente que la guarda de hecho, como acogimiento informal que es, no es sino una situación fáctica, y coincido con MARTINEZ DE AGUIRRE¹⁷¹⁰ cuando se muestra crítico con las situaciones de guarda de hecho, por considerar que, aunque no se dé una radical desprotección del sometido, es necesario y conveniente la regulación de esas situaciones.

El que exista una realidad social en la cual muchas familias españolas, como consecuencia de la crisis económica, se hayan visto obligadas a dejar a los hijos menores al cuidado de algún familiar^{1711, 1712}, o la existencia de personas que presentando las características del artículo 200 del Código civil, no se ha solicitado¹⁷¹³ su incapacitación legal y, por lo tanto, “no se constituyen los órganos tutelares correspondientes, ni se arbitra el sistema oportuno para la administración de sus bienes y derechos”¹⁷¹⁴, y están siendo atendidas por personas, generalmente

¹⁷¹⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S., (coord.), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, págs. 187-220, con la dificultad que supone regular situaciones de hecho sin convertirlas en situaciones de Derecho, ya que el autor considera que la guarda de hecho no es un órgano tutelar, págs. 206.

¹⁷¹¹ El artículo 172 establece la obligación de la Entidad pública de asumir la tutela de los menores en desamparo.

¹⁷¹² Como expresaba LASARTE esta situación se presenta, en la mayoría de los casos como “el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón”, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, I. Parte general y Derecho de la persona*, Trivium, Madrid, 1995, pág. 258, y que sigue manteniendo en la edición *Principios de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2013, idea que también recoge FÁBREGAS RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006.

¹⁷¹³ Hay que tener en cuenta que el Código civil establece una obligación cualificada a determinadas personas en la promoción de la tutela de las personas que se encuentran en las circunstancias del artículo 200 de mismo texto, así el artículo 228: “Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”. Y el artículo 229: “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.

¹⁷¹⁴ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 junio 2000, recogía esta realidad “Los términos en los que ha sido planteado el recurso requieren el análisis de los hechos, enmarcados en una realidad social frecuente en la época actual, en la que la prolongación de las expectativas de vida de la población y la presencia de determinadas enfermedades propias de la edad senil

parientes, sin título legal no implica que estas no sean situaciones jurídicamente anómalas, teniendo en cuenta que recae sobre una población, presuntos incapaces o menores, que constituyen el segmento de la población más vulnerables, cuyos derechos e intereses deben ser especialmente garantizados por las normas jurídicas¹⁷¹⁵.

En este sentido, es inevitable preguntarse si una realidad social como la que se produce cuando una persona se ocupa voluntariamente de un menor o incapacitado en desamparo o susceptible de ser incapacitado, sin que derive de la obligación legal inherente a una de las figuras de protección que corresponda según las circunstancias, no merecía una regulación legal de más calado y clarificadora de esta institución social y a la vez jurídica, siendo necesario en su regulación la modificación de su denominación¹⁷¹⁶.

No puede obviarse la encomiable labor que, en algunos casos, realizan los guardadores de hecho respecto al cuidado y atención diaria de estas personas¹⁷¹⁷, pero eso no puede justificar el que la política legislativa permita que esa población especialmente vulnerable no sea visible jurídicamente, ese oscurantismo supone privar a esas personas de la puesta en marcha de aquellas instituciones de protección establecidas en el ordenamiento jurídico, con la consiguiente merma de

determinan que determinadas personas que padecen un deterioro físico y psíquico importante, que les impide gobernarse por sí mismas (lo que supone en la práctica una situación de incapacidad prevista en el artículo 200 del Código Civil), no son declaradas legalmente en esta situación, por lo que no se constituyen los órganos tutelares correspondientes, ni se arbitra el sistema oportuno para la administración de sus bienes y derechos, con lo que adquiere gran importancia la figura del guardador de hecho del incapaz”.

¹⁷¹⁵ En este sentido el Código civil de 1889 señalaba en su artículo 203: “Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación. Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados”.

¹⁷¹⁶ En este sentido, DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad, La responsabilidad civil por daños causados por personas en a que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 253.

¹⁷¹⁷ ROBLES SILVA, L., *La invisibilidad del cuidado a los enfermos crónicos: un estudio cualitativo en el barrio de Oblatos*, Editorial Universitaria/UdeG, Guadalajara, Méjico, 2007, señala que “el cuidado está compuesto por acciones e interpretaciones acerca de las necesidades de otro y de cómo deber ser satisfechas, pero también por sentimientos que enlazan acciones y pensamiento, para que como unidad adquieran esa atribución que Ungerson le da la cuidado: «la de hacerse cargo de», que implica trabajo y afecto”, pág. 25.

sus derechos, invisibilidad que, en ciertos casos es propiciada por la persona vulnerable¹⁷¹⁸ o por su guardador de hecho¹⁷¹⁹, por motivos espurios.

Puede defenderse la idea de que la tutela es una institución excesivamente gravosa para una persona que presentando las características del artículo 220 del Código civil tiene una capacidad natural suficiente para llevar a cabo las actividades jurídicas esenciales y no especialmente complicadas, pero eso no implica defender la guarda de hecho¹⁷²⁰, solo supone la necesidad de adaptar las instituciones de guarda y tutela del Código a esas realidades¹⁷²¹, ¹⁷²², es una obligación del legislador regular

¹⁷¹⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, B., “Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad Institucional”, *ZERBITZUAN*, nº 48, diciembre, 2010, págs. 145-152, “al fenómeno de los menores extranjeros no acompañados en España, (...) se une el de los menores ‘mal acompañados’, ambos enmarcados en los movimientos de inmigración irregular, lo cual dificulta su cuantificación y las estrategias de intervención, particularmente en los casos donde los propios menores son quienes deciden mantenerse invisibles y luchan por lograrlo, ajenos a la protección a la que tienen derecho y ante el temor de echar por tierra todo su proyecto migratorio”, pág. 152.

¹⁷¹⁹ Los profesionales que trabajan en la protección de menores son conscientes que en determinados casos el guardador de hecho prefiere mantener la situación fáctica, por motivos no siempre dignos, explotación sexual, económicos, etc.

EMPEZ VIDAL, N., “Menores no acompañados@s con referentes familiares, l@s invisibles del sistema de protección”, *Diez años de cambios en el mundo, en la geografía y en las ciencias sociales, 1999-2008*, X Coloquio Internacional de Geocrítica, Universidad de Barcelona, 26 - 30 de mayo de 2008, <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/26.htm> denomina a algunos de estos menores como “Menores No Acompañados Con Referentes Adultos”, refiriéndose a “los menores han cruzado la frontera como cualquier otro menor no acompañado, pero al llegar al sistema de protección de menores, este se ha dado cuenta de que existía un familiar o un adulto referente, y se han puesto en contacto con él para que se haga cargo del menor, con la amenaza de repatriación en caso de no hacerlo. En estos casos, el acogedor no tiene el consentimiento de la familia biológica”, en realidad, el Estado español no ha delegado la guarda del 172 en estos adultos por entender que no están en situación de desamparo, por lo que el adulto de referencia es un guardador de hecho. La autora expone que “en la mayoría de casos recogidos, durante el periodo de trabajo de campo 2001-2008, así como en las diferentes entrevistas realizadas a 8 profesionales que trabajan con MNA, cuando el Gobierno descubre que el menor tiene referentes adultos, sea cual sea la situación de estos, es invitado a abandonar las dependencias de protección de menores, con la amenaza de repatriación (...) en caso de no irse con el familiar, así como este último se ve forzado a aceptar, independientemente de su situación personal”, que en muchos casos es irregular y sin un estudio de la idoneidad de ese familiar de referencia. Esta situación impide a los menores regularizar su situación, ni pueden beneficiarse de la repatriación con sus familias de origen, a través de la medida de “reagrupamiento familiar”.

¹⁷²⁰ SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”, *SIGLO CERO, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, v. 42 (1), nº 237, 2011, págs. 21-32, defiende que “nuestro sistema jurídico deberá revisar los procesos de modificación de la capacidad y los modelos de representación y guarda de las personas con discapacidad” (...) y se refuercen instituciones ya existentes, como la guarda de hecho, e incorporen nuevas figuras como la asistencia. No cabe otra solución coherente con la afirmación de la autonomía como principio y horizonte normativo de la Convención”, pág. 29, no puedo coincidir con el refuerzo de la guarda de hecho.

¹⁷²¹ Situaciones estas como la que describe FÁBREGAS RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006, cuando describe la realidad

las posibles soluciones legales a estas situaciones en las que deben protegerse los intereses personales y patrimoniales de la persona con una discapacidad intelectual pero con una capacidad natural básica a través de figuras novedosas o de adaptación a las contempladas en el Código civil¹⁷²³, ya que considero que la guarda

de muchas personas :“Supongamos una persona humilde que carece de bienes, vive en un pueblo donde todos le quieren, y administra bien una pensión que recibe, ahorrando incluso. O un anciano internado en una residencia, sin bienes en el exterior, cuya pensión va al pago de la misma, quedándole sólo unos euros para sus propios gastos. En estos casos, la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no esté ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Hay causa de incapacidad, pero no motivo para incapacitar ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas.

¹⁷²² Desde mi punto de vista no es la guarda de hecho la figura que debe ser reforzada, sino la curatela y en ese sentido reproduzco la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja nº 81/2003, de 6 marzo, que en su punto 5º, entiende que el Síndrome de Down que tiene (...), una deficiencia de carácter psíquico, que no impide de modo pleno a dicho sujeto el gobernarse por sí misma ex artículo 200 CC. Ha podido constatarse que la misma tiene un trabajo, percibiendo un salario por ello. Tiene una vida autónoma, en el sentido de que es capaz de acudir sola a su puesto de trabajo utilizando los servicios públicos, así como que se desplaza por la ciudad sin la compañía de otro sujeto que la oriente y tiene un conocimiento, que se estima suficiente, de la realidad social. Asimismo, el lenguaje utilizado es correcto y se desprende estar plenamente capacitada para mantener relaciones intersociales sin que la deficiencia mental que ostenta suponga una incapacidad en el sentido más absoluto del término. A ello hay que añadir que la incapacidad nunca puede presumirse; es más, al no poder ser declarado nadie incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 CC), es el actor en primera instancia, y también en esta segunda, quién debió de acreditar y lograr la plena convicción del tribunal de que (...) es plenamente incapaz, aspecto éste que, entendemos, no ha quedado acreditado. Hablar de incapacidad absoluta equivale a hacerlo de muerte jurídico-civil (STS 31 de diciembre de 1.991). Sin embargo, sí es cierto que la deficiencia psíquica (...Síndrome de Down), de carácter persistente, hace necesario que se adopten una serie de medidas protectoras, exclusivamente en su interés, tendentes a garantizar su buen gobierno personal y patrimonial del que posea o pudiera poseer. Dicha enfermedad implica que se estime una incapacidad de carácter parcial. Así, acreditada su plena autonomía para llevar a cabo ciertas actividades de la vida cotidiana, se estima que resulta de aplicación la institución de la curatela para lograr el objetivo que este tribunal estima acorde, conforme determina el artículo 215.2º del CC, al contemplar la posibilidad que la guarda y protección de la persona y bienes de los incapacitados pueda realizarse mediante la curatela (arts. 286-293 CC). Esta institución tiene por objeto la protección de la persona, a ella sujeta, no mediante una situación de amparo y representación permanente, sino mediante la intervención del curador sólo en ciertos actos de la vida del tutelado de especial trascendencia, complementando su capacidad. Ello es así porque el llamado a la curatela no es un incapaz absoluto, sino una persona que carece de capacidad de obrar plena, pudiendo darse el caso de incapacidad parcial. Debe decretarse, por consiguiente, la incapacitación parcial de la misma, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 del Código Civil, precisar los contornos de ésta, es decir, su extensión y límites, toda vez que de lo indicado hasta ahora se desprende que dicha declaración debe ser limitada, abarcando eso sí, tanto el aspecto patrimonial como el personal de la misma; a cuyo fin y efecto deberá constituirse y quedar sometida a curatela, rehabilitándose la patria potestad de sus padres, (artículos 287 y 289 CC)”.

¹⁷²³ Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, por el que se aprueba el *Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad*, presentado por el Ministerio de Sanidad y Política Social, reconoce que, aunque nuestro ordenamiento jurídico ya tenía incorporados los derechos reconocidos por la Convención, es necesario su adaptación al espíritu de la misma por lo

de hecho no viene a resolver los problemas que se le plantea a ese segmento de la población en el ámbito del tráfico jurídico, dejándolas desasistidas frente a cuestiones de carácter patrimonial¹⁷²⁴ o personal.

que considera necesario una revisión de las figuras del tutor y del curador, introduciendo el concepto de “persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones”, pág. 34.

ASÍS ROIG, R., (dir.); BARRANCO AVILÉS, M. del C., PALACIOS RIZZO, A., CUENCA GÓMEZ, P., (Coords.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, FUNDACIÓN ONCE diciembre de 2008, en concreto y en relación con el artículo 12 de la Convención, “Debe partirse de la base de que ciertos tipos de personas con discapacidad, aun teniendo capacidad de obrar –que se presume plena en toda persona mayor de edad– pueden precisar para el ejercicio de dicha capacidad ciertos mecanismos de apoyo. Desde esta perspectiva, debe modificarse la figura de la incapacitación – cuya propia denominación parece incompatible con la Convención – a fin de configurarla como un mecanismo dirigido a articular medidas de apoyo y no como un mecanismo dirigido a “limitar” o “restringir” las posibilidades de actuación de las personas. (...) Sin perjuicio de que deba pensarse en diseñar en el futuro un sistema que, teniendo presente el respeto a la voluntad y preferencias de la persona, regule de manera integral, mediante la creación de nuevas figuras jurídicas, tanto los supuestos en que cabe la prestación de apoyo en la toma de decisiones como aquellos, excepcionales, en que tal mecanismo no es viable, de momento, debe configurarse la curatela, que como se ha dicho, equivale a un sistema de “apoyo en la toma de decisiones”, como el mecanismo al que el juez debe acudir como regla general a la hora de articular medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar.”, págs. 98 y ss.

En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ LATA, N., SEANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho privado y Constitución*, nº 24, 2010, págs. 11-66, que reivindican modelos de representación y guarda de las personas con discapacidad más adaptados a las necesidades reales de los individuos.

¹⁷²⁴ Esta realidad es fácilmente constatable a través de los medios de comunicación, en este sentido, “El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi) ha reclamado hoy al Gobierno y a la UE un marco regulatorio “eficaz” que garantice los derechos de los consumidores con discapacidad contra los abusos y fraudes en servicios y productos financieros. Con motivo del Día Mundial de los Derechos de los Consumidores, que se conmemora hoy, el Cermi ha subrayado, en un comunicado, que las personas con discapacidad, fundamentalmente, las que necesitan apoyos para la toma de decisiones, son consumidores “colocados en posición de extrema vulnerabilidad”. Esta situación, les hace, según el Cermi, ser víctimas propicias para los abusos financieros, sin que la normativa “les proteja suficientemente”. Así, ha señalado que en los últimos años han sido “continuas” las quejas y reclamaciones de personas con discapacidad involucradas en episodios de abusos y fraudes financieros, “viéndose inducidas a adquirir productos y servicios mediante engaño, mala fe o información falseada o incompleta de los riesgos que asumían adquiriéndolos o contratándolos”. Esta situación tiene un impacto “devastador” entre el colectivo, a quien el ordenamiento jurídico “no depara ninguna protección reforzada” contra los abusos, dejando a este en una situación “enormemente precaria, que agrava su vulnerabilidad social”, ha resaltado el Cermi”, EFE, <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2014-03-15/>

En este sentido, el periódico digital Las provincias, publicó el día 8 de febrero de 2014: “El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia ha condenado a Bankia a devolver 4.200 euros a D.C.Z., una mujer de 40 años que tiene reconocida una minusvalía del 65% por trastorno mental por esquizofrenia paranoide, teniendo serios problemas de comprensión”. <http://www.lasprovincias.es/v/20140208/economia/bankia-devolvera-euros-discapacitada-20140208.html>

Sin embargo, la tendencia es a dar mayor protagonismo a esta figura de contornos tan poco precisos y de una acusada inseguridad jurídica, para el guardador y para el guardado, así como para terceros, sin que ello se lleve aparejado una voluntad legislativa de regular de una manera coherente esta figura; de esta relevancia dan fe las normativas autonómicas que se han dictado en desarrollo de la Ley de la Dependencia crean un auténtica confusión, otorgando al guardador de hecho auténticas funciones de representación legal¹⁷²⁵.

A nivel estatal, la Ley 1/2009 de reforma del Registro Civil¹⁷²⁶, da un auténtico espaldarazo a esta figura de hecho, al disponer en su Disposición adicional única la legitimación del guardador de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la guarda de hecho¹⁷²⁷, el que se

¹⁷²⁵ El principado de Asturias en Resolución de 25 de enero de 2010, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se aprueba el modelo de solicitud para el reconocimiento de la situación de dependencia y el modelo de solicitud de la revisión de la situación de dependencia y de las prestaciones del sistema, señala respecto a los datos del representante de la persona que lo solicita, si actúa como representante legal o voluntario.

Decreto 18/2011, de 25 de febrero, del Consell, por el que se establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas en situación de dependencia, en su Artículo 7 Iniciación 1. “El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia se iniciará a instancia del interesado, de su representante legal o de su guardador de hecho, señalando esa misma distinción en el modelo de solicitud”.

Orden FAM/824/2007, de 30 de Abril, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones de Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia, en su Artículo 4.– Documentación. “La solicitud ha de ir acompañada, en todo caso, de los siguientes documentos, mediante originales o copias compulsadas: a) Documento Nacional de Identidad (DNI) del interesado. Cuando el interesado actúe por medio de representante, se acompañarán, además, el DNI de éste y, según se trate de representación voluntaria o legal, el documento acreditativo de la representación y/o la sentencia judicial que contenga el nombramiento de tutor, así como, en su caso, autorización judicial de ingreso en centro residencial”, sin embargo en modelo aprobado se contempla, con una técnica jurídica cuestionable, la figura del guardador de hecho ya que en la solicitud se ha de acompañar de la declaración del representante en casos de presunta incapacidad,

¹⁷²⁶ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

¹⁷²⁷ Disposición adicional única: “1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las

le den semejantes prerrogativas no deja de ser preocupante en un ámbito que afecta a la privacidad del menor y de sus progenitores existiendo en nuestro sistema jurídico instituciones jurídicas creadas para la protección de la persona y patrimonio de menores y de presuntos incapacitados con una regulación exhaustiva de sus derechos y obligaciones, y sometidas a un control y a una responsabilidad por su actuación¹⁷²⁸; por otro lado, de acuerdo con la reforma efectuada por la Ley 1/2009 se da acceso al Registro civil a esta figura a los efectos de publicidad registral¹⁷²⁹, al establecer que previa “petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz”¹⁷³⁰, siendo esta cuestión distinta ya que, del tenor literal de la disposición legal, la anotación se produce una vez que la existencia de la figura es conocida y controlada por el juez.

Hechas estas consideraciones, la cuestión que se plantea es si la figura del acogedor familiar informal que hemos identificado como guardador de hecho tiene la virtualidad necesaria para evitar que el menor sea declarado en desamparo, cuando el guardador le proporcional una protección integral, para ello es necesario establecer la relación entre la regulación del guardador de hecho del artículo 303 del

Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones”.

¹⁷²⁸ Vid., ALFONSO RODRÍGUEZ, E., La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores, *Actualidad Civil*, vol. 2, nº 17, 1995, págs. 317-331.

¹⁷²⁹ MORETÓN SANZ, M. F., “El guardador de hecho y reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas “bajo su responsabilidad”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S., (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 849-890, esta reforma “permite dar publicidad registral del cargo” de guardador de hecho, pág. 889.

¹⁷³⁰ Nueva redacción del artículo 38, en su punto 6º, Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

Código civil y el artículo 172.1 segundo párrafo que define qué se entiende por menor en situación de desamparo.

Cuestión que debe ser enfocada desde la responsabilidad de la entidad pública cuando tenga conocimiento de que un menor se encuentra en una situación de acogimiento informal, ya que como hemos mantenido en otras ocasiones esta responsabilidad pública es holística, constituye un deber de protección integral de los menores, y si, en último extremo, el acogimiento informal reúne las circunstancias necesarias para provocar una situación de desamparo¹⁷³¹, es claro que esta cuestión no es resuelta por el artículo 172 de Código civil, el artículo pormenoriza las posibilidades de incumplimiento, imposible o inadecuado, pero en la cuestión aquí planteada lo que cabe preguntarse si la “privación de la necesaria asistencia moral o material”, es independiente del incumplimiento de los deberes o es acumulativo¹⁷³²

Antes de entrar en el núcleo del análisis es necesario distinguir lo que entendemos por acogedor informal de otras figuras similares, con las que tiene en común que todas responden a la “expresión legal «persona encargada de su guarda» (...) concepto (...) (que) ha de interpretarse (...) de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección”¹⁷³³, por lo

¹⁷³¹ RICHARD MISRAI, S., “La protection des droits de l’enfant d’un parent détenu”, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Presse Universitaires d’Aix-Marseille, Marsella, nº XXXVI-139, 2011-4, págs. 1711-1722, considera que mientras los niños se encuentre sin protección parental por razón de la encarcelación de uno o de los dos padres, tiene derecho a la protección del Estado, pág. 1722, aunque la madre encarcelada, ejerciendo su autoridad parental puede decidir tener al menor en su compañía, comunicándose al otro progenitor, pág. 1713,

¹⁷³² SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El nuevo régimen de la familia, IV. Acogimiento y adopción*, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, “si para que exista desamparo en sentido legal, ha de haber incumplimiento productor de inasistencia o basta que haya incumplimiento (aunque se preste una asistencia subsidiaria), o que haya desasistencia (pese al cumplimiento de los deberes)”, pág. 35.

¹⁷³³ Sentencia del Tribunal Supremo 1138/2003 de 12 de septiembre (Sala de lo Penal), referente a los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular Generalitat de Cataluña, contra la sentencia dictada el 22 de marzo de 2002 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, que absolvió a X del delito de abandono de menor del que era acusado, porque convivía con la madre del menor y era el encargado de cuidarlo mientras la madre se ausentaba por motivos laborales; fundamento de derecho tercero.

que constituye un concepto más amplio del que damos al acogedor informal y con la advertencia de que no consideramos acogimiento informal el que se produce cuando los progenitores no pueden transitoriamente cuidar directamente a los hijos o por razones de formación o terapéuticas encomiendan a otra persona, física (a veces un pariente o allegado) o jurídica, la atención necesaria conforme a los usos sociales, o la finalidad de la encomienda¹⁷³⁴, pues en estos casos estamos ante el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad a través de persona interpuesta que asume, de manera continuada pero temporal, la asistencia del menor¹⁷³⁵, manteniendo en todo caso los padres la potestad sobre el modo de organización de la vida del menor y el control sobre la actividad que el tercero despliega sobre el menor¹⁷³⁶, y en este sentido coincide con la Fiscalía¹⁷³⁷ que estas situaciones no deben identificarse con la guarda de hecho contemplada en el 303 del Código civil.

¹⁷³⁴ Internado, Centros terapéuticos, campamentos, estancias en casa de amigos o parientes, por ocio o estudios, etc.

¹⁷³⁵ CARRASCO, M. M., "Protección penal de la filiación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 2010, nº 12-06, págs. 06:1-06:30, señala que "el tipo del art. 220.2 CP exige expresamente la concurrencia de un elemento subjetivo además del dolo, consistente en la finalidad de alterar o modificar la filiación del hijo. Con ello quedan fuera del tipo ocultaciones o entregas del hijo que pueden tener otros fines lícitos, como la entrega del hijo para que pase unas días con otros familiares. Además, permite diferenciar la entrega de hijo del delito de abandono de menores, en cuanto que al quedar éste bajo la custodia de terceras personas para aparentar una filiación legítima, el resultado de peligro para el menor exigido en el abandono de menores no se produce", pág. 06:12

¹⁷³⁶ No obstante, incluso en estos casos hay que matizar, así el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) nº de recurso 4999/1990, de 11 de diciembre de 1992, Fundamento de Derecho primero: "El Tribunal de instancia, por su parte, dice en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida que los hechos que se declaran probados reúnen los requisitos imprescindibles para su integración en el delito de detención ilegal (art. 480 C.P.), de cuya infracción puede ser sujeto pasivo cualquiera, excepto los menores de siete años, "en cuyo caso en nuestro Ordenamiento Positivo se aplicará el art. 484 del Código Penal, de forma que este delito constituye ley especial respecto del de detención ilegal del art. 480 del C. Penal", "consistiendo su requisito objetivo en sustraer al menor de siete años de la custodia de aquéllos que lo tenían legalmente, siendo indiferente el medio empleado, que en este caso, tanto puede ser la proyección del extremado autoritarismo de la abuela sobre toda la familia, como la vía de hecho consistente en que se hace cargo de la niña, sin derecho de custodia, al año de nacer, la priva de su libertad ambulatoria e impide el acceso a ella del resto de la familia" (v. FJ 4º)." Tercero: "El relato fáctico de la sentencia recurrida pone de manifiesto que Eloy y Dolores permitieron que su hija Araceli –menor de siete años- permaneciese desde muy corta edad en la casa y al cuidado de su abuela materna, pese a que ésta le mantenía atada y habitualmente desnuda, y, como dice el fundamento de Derecho octavo de la sentencia recurrida, conociendo esta situación de inseguridad para la menor, sus padres no hicieron nada para eliminarla".

¹⁷³⁷ Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores

No obstante, y debido al oscurantismo del Código civil sobre la legalidad de cesión de los progenitores de parte del ejercicio de la patria potestad en terceros, desde la reforma de la 21/1987¹⁷³⁸, de *lege ferenda* considero oportuno que el legislador regule la validez de acuerdos directos¹⁷³⁹ entre una tercera persona privada y los progenitores sobre la crianza¹⁷⁴⁰ de un hijo menor.

Siendo necesario establecer las condiciones de esa delegación de parte del contenido de la patria potestad, lo cual no implicará su renuncia permitiéndose, por lo tanto, fragmentarla entre los progenitores y un tercero privado, lo que vendría a regularizar determinadas situaciones en las cuales los progenitores, por distintas causas, no pueden ejercer determinadas funciones, o las situaciones en las cuales los menores están siendo cuidados, con la anuencia de los progenitores, por terceras personas que carecen de las prerrogativas derivadas de un título jurídico, pudiendo servir como marco de esas delegación lo establecido en el Código civil respecto al convenio regulador.

Dentro de esa regulación se deben contemplar como requisitos básicos de su validez, la necesaria ratificación de la delegación por la Entidad pública que tenga competencias en menores, a la cual le corresponderá determinar la idoneidad de la

¹⁷³⁸ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989, aunque no coincido con el autor en algunas de sus apreciaciones, entiendo que plantea una problemática que treinta años después sigue siendo válida y no resuelta.

¹⁷³⁹ LEROYER, A.-M., "Autorité parentales et contrat", (capítulo V), *Le contractualisation de la famille*, FENOUILLET, D., DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., (dirs), Économica, París, 2001, considera que la renuncia o cesión de la autoridad parental son percibidos no tanto como una amenaza para el hijo menor sino como un atentado al símbolo de Padre, imagen, transcendente, sabia y justa, pág. 154.

¹⁷⁴⁰ FORNÓS I BARRERAS, A., "La crianza: su importancia en las interacciones entre padres e hijos", *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 31/32, 2001, págs. 183-198, "concepto/definición de crianza, vamos a quedarnos con la definición de: la crianza como el proceso en el tiempo y en el espacio que permite tener cuidado del niño hasta que se hace adulto. Este proceso exige por parte de los padres o tutores un gran esfuerzo físico y emocional. Este proceso es necesario dada la inmadurez física y emocional del ser humano al nacer, ya que éste no puede satisfacer por sí mismo sus propias necesidades", pág. 187.

ROSABAL-COTO, M., "Creencias y prácticas de crianza: el estudio del parentaje en el contexto costarricense", *Revista costarricense de psicología*, enero-diciembre, 2012, v. 31, nº 1-2, págs. 65-100, "Como primer aporte se introduce el término "parentaje" en sustitución de los términos "crianza" y "patrones de crianza", que tradicionalmente se han utilizado para definir el "ser padres", a la actividad parental relativa a creencias y prácticas tendientes al cuidado, la atención, así como a "educar" o instruir a niños y niñas por parte de personas adultas. Con el uso del anglicismo *parenting* se busca coincidir con el sentido del concepto, que en la literatura más reciente se le da al fenómeno", pág. 66.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., "Réflexions critiques d'une juriste sur la «parentalité»", *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, París 2012,

persona delegada y mantendrán la supervisión del ejercicio de la misma y que esa delegación no sea contraria al interés del menor.

La ubicación sistemática del reconocimiento de estos pactos de delegación sería el Título VII, de las relaciones paterno-filiales, en el Capítulo primero, Disposiciones generales, ya que en este caso no es una medida contemplada para menores en situación de riesgo. En este sentido puede servir de referencia las reglas sobre la asunción por terceros de la autoridad familiar del Derecho civil aragonés o la regulación de la *tarde de tires* del derecho francés¹⁷⁴¹.

3.6.2. Diferencias con otras figuras

3.6.2.1. Diferencias con el cónyuge o asimilado del progenitor custodio

Hay que tener en cuenta que en la actualidad muchos menores viven en el contexto de las denominadas “familias reconstituidas”, en las cuales, el cónyuge o asimilado del progenitor tiene la calificación jurídica de guardador de hecho, como señalaba el Tribunal Supremo, en su sentencia 1745/1972¹⁷⁴², estas situaciones plantea “un interesante problema” en relación con el guardador de hecho, entendiendo el Tribunal “que tal guarda, aún sin estar conferida legal o judicialmente, implica un cierto título autoritario nacido de la mera convivencia familiar, por más que quien la ejerce no esté unido al menor por vínculos de sangre,

¹⁷⁴¹ Artículo 377 (modificado por la Ley n° 2010-769 du 9 juillet 2010): *Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.*

Artículo 377-1: *La délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales. Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire.*

¹⁷⁴² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1745/1972 de 11 de diciembre, 4º Considerando, el condenado tenía una situación de convivencia con la madre, esquizofrénica y de la que era proxeneta, iniciada cuatro o cinco meses antes de la comisión del delito.

pero cuya potestad de facto sirve para distinguir tal situación de la que implica el mero encargo”¹⁷⁴³.

Entiendo que, aunque puedan ser calificados de guardadores de hecho¹⁷⁴⁴, esta no es una situación asimilable al acogimiento informal del menor, aquí no estamos ante la inhibición por parte de los progenitores de los deberes inherentes a la patria potestad, ya que son los progenitores los que ejercen sus funciones directamente. El menor está integrado en el seno de su familia bien con un solo progenitor o bajo el régimen de custodia compartida, por lo que la figura del cónyuge del progenitor, si bien puede coadyuvar al cuidado y asistencia del menor, no tiene autonomía en el ámbito personal y patrimonial del menor¹⁷⁴⁵.

Cuestión distinta, es que de *lege ferenda* sería conveniente que la posición de los miembros de las familias reconstituida fuese regulada de manera urgente por el legislador estatal confiriendo a esa persona determinados facultades en relación con el hijo menor del cónyuge o asimilado, tal y como ya ha realizado el legislador catalán regula la participación del cónyuge del progenitor o asimilado, en ese momento custodio, en la toma de decisiones sobre la vida diaria del menor, así como es lógico aquellas decisiones necesarias en caso de riesgo inminente del menor¹⁷⁴⁶, regulando incluso la posibilidad de que, excepcionalmente, el juez le

¹⁷⁴³ Se trata de determinar el sujeto pasivo de los delitos tipificados en el párrafo 2º del artículo 488 del Código penal de 1944, Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1745/1972 de 11 de diciembre, 5º Considerando.

¹⁷⁴⁴ ROCA DE AGAPITO, L., “Abandono de menores”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 8 (2012), UNED, “aunque no faltasen razones de justicia material para incluir a las parejas de hecho entre los sujetos activos del tipo agravado, sin embargo el principio de legalidad lo impide. También

parece discutible que, a través de la figura del guardador de hecho, se llegue a admitir tal posibilidad. Esta persona sólo podría ser castigada por el tipo básico (del delito de abandono de menores del 229.1 del Código penal), siempre y cuando se diesen los demás requisitos, claro está”, pág. 236.

¹⁷⁴⁵ Del creciente papel que se le asigna a estos da fe la jurisprudencia principalmente en el tratamiento del derecho a relacionarse con el menor después de la separación, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2010, señala un régimen de visitas al compañero sentimental del progenitor adoptante, en virtud de la relación existente entre el menor y el compañero del padre.

¹⁷⁴⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículo 236-14. Facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor.

1. El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria.

atribuya las responsabilidades parentales sobre el menor, cuando fallece el progenitor que tenía atribuida la custodia en exclusiva. Y en cualquier caso el cónyuge o asimilado del progenitor difunto que no tuviese la custodia podrá solicitar un régimen de relación con el menor¹⁷⁴⁷. También el legislador aragonés¹⁷⁴⁸ ha regulado las incidencias en la autoridad familiar en las situaciones de existencia de padrastro o madrastra del menor.

3.6.2.2. Diferencia entre acogedor informal y cuidador informal

Tampoco podemos asimilar al acogedor informal, como acogedor de hecho, con las personas que asumen la labor de cuidado del menor, con “los llamados cuidadores informales”, en expresión de FÁBREGAS¹⁷⁴⁹, porque como continua este

2. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable prevalece el criterio del progenitor.

3. En caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, de todo lo cual debe informar sin demora a su cónyuge o conviviente. Este debe informar de ello al otro progenitor.

¹⁷⁴⁷ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículo 236-15. Atribución de la guarda del hijo en caso de muerte del cónyuge o conviviente en pareja estable.

1. Si muere el progenitor que tenía atribuida la guarda de forma exclusiva, el otro progenitor la recupera.

2. La autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo lo requiere y se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor.

b) Que se escuche al otro progenitor y al menor de acuerdo con lo establecido por el artículo 211-6.2.

3. El cónyuge o conviviente del progenitor difunto a quien no corresponda la guarda de acuerdo con el apartado 2, si el interés del hijo lo justifica, puede solicitar a la autoridad judicial que le atribuya un régimen de relación, siempre y cuando haya convivido con el menor durante los dos últimos años.

¹⁷⁴⁸ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, artículo 85 Autoridad familiar del padrastro o la madrastra: 1. El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad.

2. Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar.

¹⁷⁴⁹ FÁBREGA RUIZ, C. F., “Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, pág. 221

autor¹⁷⁵⁰, el cuidador al que nos referimos solo asume el cuidado material del menor, siendo su actuación más restringida que el guardador de hecho que, además de asumir ese cuidado material, toma decisiones de manera autónoma sobre la asistencia general de la persona del menor además de, en su caso, asumir la labor de administración y gestión de bienes¹⁷⁵¹, funciones estas que excede de los cometidos del cuidador.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1745/1972 de 11 de diciembre¹⁷⁵² ya distinguía ambas figura distingue entendiendo que el cuidador encargado puntualmente de la guarda del menor, es un “término que ya gramaticalmente está indicando una relación de dependencia o de representación a nombre de otro, en resumen, falta de autonomía en la custodia del menor, de la que, por el contrario, goza el verdadero guardador de hecho; (...) el encargado es un mero ejecutor de la custodia que le ha sido encomendada, en tanto que el guardador –nombre ya cargado de resonancias histórico-jurídicas– es el que toma la iniciativa de aquélla, por tener para ello un cierto título ejecutor”¹⁷⁵³. Concepto que el Tribunal Supremo vuelve a considerar en su sentencia 1138/2003¹⁷⁵⁴ de 12 de

¹⁷⁵⁰ FÁBREGA RUIZ, C. F., “Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, “Y no lo son porque la guarda de hecho, además de procurar la prestación del cuidado material por sí mismo o por un tercero, realiza una labor de administración y gestión de bienes que la cuidadora puede o no hacer (no en vano su origen clásico se enraíza en la tradicional figura de la gestión de negocios ajenos). No deben pues identificarse jurídicamente ambas figuras sin crear problemas y confusiones de difícil solución práctica pág. 222

¹⁷⁵¹ Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 junio 2000, entiende que “la figura del guardador de hecho del incapaz, (es una) institución jurídica asimilada tradicionalmente con el gestor de negocios ajenos y sometida a su régimen jurídico”.

¹⁷⁵² Sentencia Tribunal Supremo 1745/1972 (Sala de lo Penal) de 11 de diciembre, Considerando 4º.

¹⁷⁵³ Sentencia Tribunal Supremo 1745/1972 de 11 de diciembre, continuando la sentencia en su 5º considerando que “el recurrente no era un ocasional guardián del menor, sino que por su convivencia con la madre ostentaba aquella autoridad familiar -fáctica, ya que no jurídica- a que se refiere el artículo 452 bis, e), lo que basta para alcanzar la agravación de guardar de hecho, a que se refiere el artículo 488, párrafo segundo, del Código Penal”, de tal modo que la ruptura de la custodia por el abandono entraña mayor gravedad y responsabilidad en este último supuesto.

Sin embargo, la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo penal) de 29 de octubre de 1991 se refiere al guardador de hecho como "cuidador de hecho "pues "al convivir bajo un mismo techo, hacer vida marital y tener acogidos a los descendientes de uno y otro, la responsabilidad de cuidado y los deberes inherentes a la paternidad también correspondían al varón (cuidador de hecho), al haber éste aceptado voluntariamente tal convivencia".

¹⁷⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1138/2003 de 12 de septiembre, referente a los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos

septiembre, considerando que el cuidador, “lo que vulgarmente se llama un «canguro»”, carece de la autonomía o facultad de decisión propia en la forma que debe desempeñar la tarea, ya que actúa sometido a los mandatos de los progenitores.

Parte de la doctrina francesa se plantea si no sería conveniente la regulación del padrinazgo del menor “*le parrainage d’enfant*”, como medida intermedia entre “*l’assistance éducative*” y el acogimiento, dado que puede darse aunque el menor continúe conviviendo con su familia, actualmente es una situación de hecho, todavía no reglamentada pero que está siendo utilizada, y la define al padrino como un tercero, un apersona ajena a la familia que consiente en acoger regularmente al menor en su domicilio, aportándole un sostén educativo y afectivo. Para los autores el padrino puede dar lugar a una delegación de la autoridad parental, en virtud del artículo 377 del *Code civil*, y en caso de separación de los padres se puede decidir confiar al menor a su padrino, en realidad esta figura podía estar incluida en la expresión “tercero digno de confianza” del artículo 375.3 de *Code civil*, por lo que le serían de aplicación todos aquellos textos en los que se hace alusión a un tercero. Al requerimiento solicitando que se regulase en el Código civil, como una institución de protección de los menores, los autores se extrañan de la respuesta del Ministro de Justicia rechazando la petición ya que esta figura no tiene carácter obligatorio a la que no cabe dar un valor jurídico ya que se trata de un compromiso moral, de orden privado, procedente de una costumbre^{1755, 1756}.

por el Ministerio Fiscal y la acusación particular Generalitat de Cataluña, contra la sentencia dictada el 22 de marzo de 2002 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, que absolvió a D. Jose Daniel del delito de abandono de menor del que era acusado, que convivía con la madre del menor y era el encargado de cuidarlo mientras la madre se ausentaba por motivos laborales; Fundamento de Derecho tercero, considera que no es un mero “canguro” del menor, “sino ante algo más, por haber existido una continuidad en el ejercicio de esa guarda de David –mientras la madre desempeñaba su trabajo–, aunque no existiera autonomía o facultad de decisión propia en la forma en que el acusado tenía que desempeñar esta tarea, ya que había de someterse y se sometía de hecho a los mandatos de dicha progenitora”.

¹⁷⁵⁵ BUFFELAN-LANORE, Y., LARRIBAU-TERNEYRE, V., *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, París, 2013, pág. 1064.

¹⁷⁵⁶ HAUSER, J., “Personnes et droits de la famille”, en los comentarios jurisprudenciales, en concreto de la sentencia Civ. 1^o, 15 févr. 2012, n^o 11-10.344 habla de los *tiers «parrain» et le droit de visites*, señalando que se buscará en vano la presencia del *parrainage* en los textos jurídicos o en las mejores obras de Derecho de menores, pero si existen rastro de esta figura en la jurisprudencia ya que solicitan el derecho a relacionarse con el menor, en esta sentencia el Tribunal reusa dicho derecho y señala que “*les liens créés par le parrainage ne pouvaient justifier l’octroi d’un droit de visite, fut-il*

3.6.2.3. Confusión del acogedor familiar del artículo 173 y el acogedor familiar informal

Por otro lado, es necesario reseñar la confusión, que a mí criterio, existe en la jurisprudencia y en la doctrina entre la guarda de hecho y los acogedores familiares del artículo 172 del Código civil¹⁷⁵⁷, confundiéndose ambas situaciones¹⁷⁵⁸, al no tener en cuenta que, en el acogimiento familiar del artículo 172 y 173 del Código civil, los acogedores actúan en virtud de un título jurídico concreto, el convenio celebrado entre la entidad pública y los acogedores, y en su caso los progenitores o el tutor¹⁷⁵⁹ o por decisión judicial.

La figura del acogimiento familiar es una figura netamente jurídica y formal¹⁷⁶⁰, así no se entienden determinadas decisiones judiciales, tales como el

médiatisé, lequel plaçant l'enfant au centre de conflit était contraires à son intérêt", RTDciv., abril-junio, nº 2, 2012, pág. 309 (29)

¹⁷⁵⁷ Confusión que también se produce respecto a la cesión de la guarda a terceros, en los casos de crisis familiares, con intervención de juez, bien por decisión del mismo, (artículo 103.1ª in fine del Código civil), o por homologación de convenio regulador, (artículo 90.1 A), ROCA TRÍAS, E., "Artículo 90", *Comentario a las reformas del derecho de familia*, AMOROS GUARDIOLA, M., (direc), v. I, Tecnos, Madrid, 1984, "la guarda y cuidado de los hijos puede atribuirse a uno de los progenitores, supuesto normal, o a un tercero (...) La dificultad que plantea esta posibilidad se producen sobre todo en resolución a las funciones que ejerce el guardador que sea tercera persona", guardador que la autora parece identificar con la guarda de hecho como se desprende de su nota a pie de pág. 33, pág. 553.

Considero que en estos casos no puede hablarse de guarda de hecho, existe una intervención judicial, que confiere título jurídico al guardador.

¹⁷⁵⁸ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derecho de Familia*, T. II, Civitas, 1988: "la guarda aparece con una institución de perfiles multidisciplinarios frente a cualquier clase de necesidad, desamparo o abandono del menor; el acogimiento se perfila como una clase específica de guarda del menor de carácter transitorio y constitución formal, que busca situar al menor en un ambiente familiar apto para el pleno desarrollo de su personalidad", pág. 159, y continua el autor: "La guarda es un situación de hecho de intervención inmediata ante una necesidad perentoria del menor, mientras que el acogimiento es una medida de integración de menor desamparado en un ambiente de carácter familiar. (...) Para este autor hay dos tipos de guarda la guarda administrativa por entidad pública a solicitud de quien ejerce la patria potestad o por decisión judicial (art. 172.2) y la guarda privada bajo la vigilancia de la entidad pública por persona que lo acojan (art. 173 del CC, acogimiento informal distinto del regulado en el art. 173 de CC. (...) el cuidado solícito de un menor si no está juridificado y vigilado administrativamente no es una relación de "guarda" del menor", sino de convivencia (y eventualmente de guarda de hecho), la convivencia no da por sí mismo derecho a la guarda del menor, que es una competencia originariamente pública", pág. 160

¹⁷⁵⁹ En ese mismo sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés", *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S., (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 623-650, que no puede identificarse "la guarda de hecho el acogimiento familiar o residencia del menores, que no son más que las vías a través de las cuales puede desarrollarse la guarda administrativa o la tutela administrativa automática (...) que se caracterizan por ser instituciones eminentemente formales", pág. 638.

¹⁷⁶⁰ ROCA DE AGAPITO, L., "Abandono de menores", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 8 (2012), UNED, también considera a los acogedores familiares como guardadores legales a

Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca de 26 de mayo de 2004¹⁷⁶¹ en el que establece que el padre (residente en Argelia), no es sujeto activo del delito de sustracción de menores, al considerar que los denunciantes eran guardadores de hecho de su hija, cuando la figura jurídica bajo la que estaba al menor en territorio español era la de acogimiento familiar temporal por razón de los estudios, confundiendo el tribunal la justificación legal de la no existencia del delito de sustracción de menores, “no dándose por consiguiente los requisitos del tipo exigido en el referido artículo 225bis del Código Penal a no tener confiada los denunciantes la guarda y custodia” de la menor ni haber sido suspendidos “sus progenitores de la misma por resolución judicial o administrativa”, siendo incorrecto porque, si bien es cierto que los padres no habían sido suspendidos de la patria potestad, los acogedores familiares si tienen la guarda de la menor en virtud del convenio establecido, por lo la justificación que se encuentra en que en el acogimiento familiar las partes pueden desistir unilateralmente de dicha relación sin necesidad de alegar causa, por lo que los progenitores pueden negarse al reintegro de la menor a la familia de acogida aunque está lo reclamase¹⁷⁶².

Siguiendo en esa misma línea de argumentación, también considero errónea la conclusión de la Audiencia Provincial de Cádiz, confundiendo al acogedor familiar, que tiene ese estatuto en virtud del título que le atribuye el propio tribunal, de un menor sometido a tutela *ex lege*, con un guardador de hecho de cuando señala la “la coexistencia de la tutela por la Delegación Provincial (...) con la guarda por los recurrentes”, no implica “una situación extraña a nuestro ordenamiento, toda vez que el artículo 158 del Código Civil” permite al “juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal” dictar “«las demás

efectos de la determinación del sujeto activo del delito de abandono de menores en su tipo agravado del artículo 229.2 del Código penal, pág. 236.

¹⁷⁶¹ Auto de la Sección 1ª de la Audiencia provincial de Cuenca de 26 de mayo de 2004 (referencia Aranzadi JUR 2004/174518) el relato del *factum*: una menor argelina en situación de acogimiento familiar temporal con una familia española, para que curse los estudios en nuestro país, que no regresa a España después de una visita a su familia en Argelia; los acogedores presentan una denuncia contra el padre de la menor por sustracción de menores, porque se considera que los acogedores son guardadores de hecho.

¹⁷⁶² Sin embargo, GARCÍA PERÉZ, O., “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret*, 4/2010, pág. 18, después de un estudio exhaustivo de la jurisprudencia penal entiende que para que se produzca el delito de sustracción de menores de 225bis debe producirse una lesión del bien jurídico protegido entendido como el régimen de guarda y custodia o de convivencia habitual.

disposiciones que considera oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios», entre ellas la atribución de la guarda de hecho que contempla el artículo 303 del Código Civil¹⁷⁶³. En este caso, el acogedor familiar es la persona o personas que ha decidido el juez, contando con la declaración de idoneidad de la entidad pública, siendo en este caso una situación legal de guarda ejercida por un tercero por decisión judicial y bajo su control.

Esa misma confusión se da con la situación de acogimiento institucional, situación en que la primera premisa es común a la situación de acogimiento familiar, menores cuya guarda legal la asume la entidad pública derivada de la tutela *ex lege* o a solicitud de los progenitores, parte de la doctrina¹⁷⁶⁴ y la jurisprudencia entienden que la materialización de esa guarda a través de una institución o centro supone una guarda de hecho, tal y como lo expresa la Audiencia Provincial de Navarra¹⁷⁶⁵ “de conformidad con lo establecido en el Art. 172 del C. Civil dicho Instituto (entidad pública competente en materia de protección de menores) asumió la tutela del menor, como guardador legal, (...) y surgiendo la responsabilidad plena de la entidad pública, y si bien es cierto que por la adopción de la fórmula de acogimiento residencial, éste «se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor» (Art. 172. 3 del C. Civil), dicha circunstancia no elimina la responsabilidad que como guardador legal tiene, ya que sin perjuicio de la responsabilidad en que puede incurrir el director del centro de acogida, como guardador de hecho, sigue concurriendo la responsabilidad de la entidad pública que por ley tiene la tutela y la guarda”.

¹⁷⁶³ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), sentencia nº 127/2004 de 16 noviembre.

¹⁷⁶⁴ DURANY PICH, S., “Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2000, “Por último, es guardador legal la institución pública que acoge a un menor que se encuentra desamparado por causa de fuerza mayor de carácter transitorio (art. 172 CC y 165 CF). Y el de guardador de hecho la persona física o jurídica que ha acogido transitoriamente a un menor que se encuentra desamparado por quien tiene la obligación de tenerlo bajo su cuidado, o a cualquier persona que puede ser declarada incapaz o pueda estar sujeta a curatela (art. 303 CC y art. 253 CF)”, pág. 5.

¹⁷⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) núm. 29/2005 de 17 febrero, Fundamento de Derecho cuarto.

3.6.3. El acogimiento informal y las obligaciones impuestas por el artículo 172 a la entidad pública

Circunscrito el acogimiento informal a aquellas situaciones en las que el “sujeto activo” no se encuentre en los casos anteriormente descritos, es decir, cuando de una manera permanente, una persona sin título jurídico para ello, ajena o no al círculo familiar, asuma la guarda de un menor por la inactividad de los progenitores¹⁷⁶⁶, la cuestión radica en determinar la responsabilidad de la entidad pública a este respecto.

En primer lugar, y en aras a la protección integral del menor, la primera consecuencia es que la constatación por parte de los poderes públicos de la existencia de un menor en acogimiento informal implica necesariamente la activación de la obligación de actuación de los poderes públicos con la finalidad de proteger al menor, por lo que deberán analizar, supervisar, controlar y calificar dicha situación, promoviendo la constitución de una institución de protección estable, habida cuenta que la situación en la que se encuentra el menor, aun estando cuidado, es amparada por una figura que no puede considerarse como institución tutelar¹⁷⁶⁷, la guarda de hecho es una situación fáctica solamente tolerada por el

¹⁷⁶⁶ A sensu contrario, Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) de 2 de julio de 2010, Fundamento jurídico séptimo: “El desinterés y la despreocupación de los progenitores pueden ser causas de la privación la patria potestad, siendo causa de privación la omisión por los progenitores de los deberes de asistencia material y moral a su hijo menor desde los primeros meses de su vida (SSTS 24 abril 2000 y 23 mayo 2005). No se puede considerar que la madre no haya asistido moralmente a su hija, ya que estuvo con ella durante su primera etapa. Y también prestó apoyo moral a su hija cuando la entregó a los organismos públicos visitándola semanalmente. Durante una primera parte, desde que dejó la niña en acogimiento-en el año 2004-, la madre visitó a su hija”.

¹⁷⁶⁷ Puede afirmarse que existe un derecho a la función y consecuentemente a las prerrogativa- de autoridad o de gestión- que implican la función que le corresponden bien por designio de una norma jurídica concreta o bien por decisión de un órgano que, entre sus funciones se encuentra comprendida la competencia de escoger a la persona que realizará la función, en cualquiera de los dos supuestos existe un acto de investidura de dicha función, por lo que la persona puede reclamar, como derecho *erga omnes* de ser nombrada o de mantenerse en posesión del título y de la realidad de la función; la condición de titular de la función, considerada en sí misma, representa un valor no de goce pero sí de pertenencia, ligada al sujeto, que es precisamente aquel a quien se ha atribuido la competencia como servicio que debe realizar en interés del otro, la titularidad no viene definida, en este caso, como un derecho subjetivo para sí, sino como suyo; *vid.*, en ese aspecto, DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, (reimpresión de la edición de 1952), págs. 231-232

ordenamiento y “preordenada a su extinción”¹⁷⁶⁸, es una relación social que sólo de manera genera efectos jurídicos de manera colateral, no contiene los elementos básicos que definen una relación jurídica¹⁷⁶⁹, y sólo podría considerarse relación jurídica, desde una concepción del derecho libre, prescindiendo del elemento formal, “para poner el acento en el aspecto social: relación jurídica sería en esta dirección, una relación social valiosa o socialmente reconocida, y como tal merecedora de protección”¹⁷⁷⁰

Con independencia de otras soluciones jurídicas tendentes a regularizar la situación del menor¹⁷⁷¹, la cuestión la reconducimos hacia la obligación que atribuye el artículo 172.1 a la entidad pública, es decir, si la constatación de un acogimiento informal supone causa de la declaración de desamparo del menor, teniendo en

¹⁷⁶⁸ Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, pág. 7

¹⁷⁶⁹ Entendiendo por tal la situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece institucionalizada y orgánicamente regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, que la considera, además, como cauce idóneo para la realización de una función social merecedora de la tutela jurídica, *vid.* DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, v. I, Tecnos, Madrid 1995, págs. 284 y ss.

¹⁷⁷⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de Familia, v. 2º, LA CRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A, RIVERO HERNANDEZ, F., Bosch, Barcelona, 1989, pág. 78

Vid. OSUNA FERNANDEZ-LARGO, A., “Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 5, 1988, págs. 55-80, que analiza entre otros a EHRLICH, autor que defiende que el Derecho está en la sociedad, no en la doctrina científica, en las leyes o en los tribunales, por lo que “las teorías jurídicas deberán construirse sobre los comportamientos sociales y las asociaciones originarias o derivadas que constituyen el tramado social. Sólo en lo social y por medio de lo social se configura el derecho real”, pág. 64.

CAMPOS, R., “Aportes estratégicos a la teoría del derecho frente al pluralismo jurídico”, II Jornadas Nacionales de Teoría General del Derecho y Estrategia Jurídica (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2 y 3 de septiembre de 2013 / Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4 de septiembre de 2013), págs. 7-12, www.centrodefilosofia.org.ar/investigacionydocencia47.htm: “hacia fines del siglo XIX, y en los albores del nacimiento de la sociología, la rebelión antiformalista encabezada entre otros por el segundo Ihering y la llamada Escuela del Derecho Libre propició una reformulación del concepto moderno del Derecho y del orden de prelación de sus fuentes. El Derecho, ahora entendido como “lucha” por los derechos subjetivos o como “Derecho viviente” (...) Según Ehrlich, la verdadera ciencia del Derecho o teoría general sería la sociología jurídica, en la medida en que permite conocer el Derecho “viviente”, es decir, el que verdaderamente opera en la realidad, en paralelo o incluso en oposición con el Derecho formalizado por el Estado”, pág. 8.

¹⁷⁷¹ Solución que vendrá determinada por la casuística, así cabe la constitución de una guarda judicial como medida cautelar, de acuerdo con los artículos 158 y 216 del Código civil, con independencia que por lo dispuesto en el artículo 228 del Código el juez inicie desde el momento en que tenga conocimiento de una situación de hecho la constitución de la tutela, teniendo en cuenta que el artículo 299 bis dispone que cuando se tenga conocimiento de que una persona deba ser sometida a tutela, en tanto no recaiga la resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asume su representación y defensa el Ministerio Fiscal.

cuenta que la situación fáctica del acogimiento informal ya supone la existencia de un incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que le corresponden a los progenitores de acuerdo con el 154 del Código civil o de los tutores derivados del artículo 269.

La respuesta sólo puede ser positiva, declaración de desamparo y asunción de la tutela *ex lege*, en aquellas situaciones en las que el guardador de hecho priva, a su vez, al menor de la necesaria asistencia moral o material. Pero no presenta unos contornos tan nítidos cuando el menor está recibiendo la asistencia moral o material necesaria de aquel que no tiene por Ley la obligación legal de hacerlo, siendo un tema controvertido, para la jurisprudencia y para la doctrina, y ante el cual el Código civil y la Ley Orgánica 1/1996 guarda silencio.

Considero, teniendo en cuenta el interés del menor, que la situación de acogimiento informal debe dar lugar a la declaración de desamparo del menor, aunque el guardador de hecho cuide de él¹⁷⁷², ¹⁷⁷³.

La situación de desamparo del 172.1 se conjuga respecto a las relaciones entre el menor y los progenitores o tutores, que son los que tienen atribuidos “los

¹⁷⁷² En la consideración de que la guarda de hecho constituye causa de declaración de desamparo se postulan, entre otros, la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, después de considerar que la guarda de hecho genera un “vínculo extremadamente débil entre el menor y sus guardadores”, mantiene que la situación del menor bajo guarda de hecho, “implica la necesidad de que los poderes públicos se preocupen de supervisar tal situación”, por lo tanto se apoya, cuando la guarda de hecho es asumida por personas ajenas a al círculo familiar, que por las razones que fueren, hubiese asumido la guarda, si se constata que los progenitores no existen, no pueden o no quieren la “opción de promover la declaración de desamparo”.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006, pág. 12.

IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, “Los guardadores de hecho no son destinatarios de más deber legal que el regulado en el artículo 229 del Cc. De suerte que si éstos no conocen deber legal alguno referente al cuidado y protección de la persona del menor guardado, como se deriva de los artículo que el Código civil destina a su regulación, difícilmente pudo el legislador (sin crearlos previamente, cosa que no hizo) incluirlos entre los que contempla el párrafo segundo del artículo 172.1 del Cc.”, pág. 173.

¹⁷⁷³ PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*, Observatorio de la Infancia de Andalucía, Junta de Andalucía, Granada, 2014, para este autor, refiriéndose al acogimiento de menores por parientes cercanos, cuando esta es la opción legal preferente: “por citar también sólo un ejemplo de factores de riesgo, las personas acogedoras en familia extensa presentan un panorama de edad, nivel de salud y habilidades educativas más preocupante que las de familia ajena, recibiendo además menos ayuda profesional. Algunos de estos hechos han encontrado confirmación en la investigación sobre menores en acogimiento en familia extensa llevada a cabo en la provincia de Granada”, pág. 25.

deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores” (172.1 2º párrafo), y cuando estos privan al menor “de la necesaria asistencia moral o material” (172.1 2º párrafo, *in fine*) el menor queda en situación legal de desamparo; por lo tanto, desde la técnica jurídico civilista, para que se produzca la consecuencia jurídica de declaración de desamparo es indiferente que, ante el incumplimiento, imposible o inadecuado de los padres o tutores, un tercero proporcione al menor asistencia porque su conducta no forma parte de la supuesto de hecho del 172.1; si este tercero abandona al menor, podrá dar lugar a otro tipo de consecuencia penales.

Por otro lado, en nuestro sistema jurídico no se contempla el acogimiento familiar privado de menores, cuestión está que sí está contemplada respecto a los mayores de edad, por lo tanto, los progenitores o el tutor no pueden establecer por propia iniciativa y sin la intervención de la entidad pública la cesión de la guarda del menor.

El reconocimiento de que el menor sometido a acogimiento informal está en una situación de desamparo, es además de una cuestión de técnica jurídica, una cuestión que afecta al fundamento esencial de la protección del menor, y en este sentido no es suficiente constatar el hecho de que un menor vive con un adulto, compartiendo el mismo domicilio, ni tampoco apelar a que entre ambos puede existir un cariño, y que tanto sus necesidades materiales como morales están cubiertas, y obviar la inseguridad jurídica¹⁷⁷⁴ en la que se encuentra el menor así como las consecuencias legales de esa situación en la responsabilidad de los padres titulares de la patria potestad¹⁷⁷⁵, o en su caso de los tutores, del guardador de hecho¹⁷⁷⁶ y de la entidad pública.

¹⁷⁷⁴ Aquí no se está aludiendo a la seguridad jurídica como sinónimo de previsibilidad de las decisiones futuras que debe adoptar el juez o la entidad pública, por lo tanto, no estamos entendiendo el ordenamiento jurídico como un sistema completo, limitándose la labor del operador jurídico, que deba adoptar la decisión sobre el menor, a la aplicación de un mero silogismo, deduciéndose *a priori* la solución, pues “la propia variabilidad del Derecho y las cambiantes necesidades de la realidad social sobre la que produce sus efectos, hace que sea necesaria una constante labor de adaptación y transformación”, SEGURA ORTEGA, M., “Kantorowicz y al renovación jurídica”, *Dereito*, v. II, nº 2, 1993, págs. 113-130, pág. 130

¹⁷⁷⁵ Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), Sentencia nº 193/2005 de 8 junio, relativa al delito de abandono de un menor de edad por parte de la persona encargada de su guarda, en concreto, una madre deja a cargo de tercera persona a su hija de cuatro meses con la promesa de recogerla en unos días, hecho que no se produjo, por lo que fue necesario la declaración de

El desamparo del menor desde una concepción integral de la protección viene caracterizado por la ausencia de “los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad”¹⁷⁷⁷,¹⁷⁷⁸ y considero que esa debe ser la interpretación del artículo 172.1, segundo párrafo¹⁷⁷⁹.

Como ya hemos planteado en otros contextos de este trabajo, el cambio de paradigma en la concepción de la protección del menor supone que la protección debe centrarse en sus derechos, son los derechos del menor los que deben ser garantizados y en el acogimiento informal se está conculcando uno de los derechos básicos del menor, del que tanto ha hablado la doctrina y la jurisprudencia, el derecho del menor a vivir con los progenitores y, cuando ello no puede ser, a estar bajo la protección de la entidad pública en otra unidad de convivencia, por lo que, en cualquier circunstancia, el menor acogido de manera informal está en una situación de riesgo lo suficientemente grave para justificar la declaración de desamparo, peligro derivado del comportamiento de los padres, que se inhiben de su obligación de protección jurídica del menor y de la inexistencia de relaciones

desamparo y la consiguiente asunción de la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública competente, en su Fundamento de Derecho 1º, señala que “a raíz de aquellos hechos tuvo que hacerse cargo de la niña la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, dado que la madre (la acusada) trabajaba en un club de alterne, no atendiendo a su hija, y siendo falso el domicilio que había dado para su localización, todo lo cual ha desembocado en que por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid, en el Procedimiento núm. 990/2002 de Constitución de Acogimiento, con fecha 16 de abril de 2004 se aprobara la constitución del acogimiento de la menor María Consuelo, resolución confirmada por otra de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 02-12-2004”.

¹⁷⁷⁶ Cuyo comportamiento, en muchos casos, supone una elusión, como mínimo, de los procedimientos legales de tutela o de acogimiento familiar.

¹⁷⁷⁷ DE PALMA DEL TESO, A., “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, *Marco jurídico de los Servicios Sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pág. 274

¹⁷⁷⁸ Artículo 19.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño: “los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

¹⁷⁷⁹ Hay que tener en cuenta que la tipificación de las conductas atentatorias de los deberes inherentes a la patria potestad o la tutela del artículo 229 del Código penal, y en su caso del delito del 226 de abandono de menores, considerados estos delitos blancos en cuanto su consideración debe ser contemplada desde la óptica de las normas civiles que regulan las funciones de la patria potestad y la tutela. Es indudable que la declaración de desamparo del artículo 172 no constituye una penalización de la conducta de los obligados, pero en determinadas circunstancias esa conducta se subsume en los delitos contemplados en el Código penal, *vid.* en este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C., (dirs.), *Comentarios al Código Penal, parte especial*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 1176 y ss.

personales de los padres¹⁷⁸⁰, elemento clave en la creación de una relaciones afectivas entre las dos partes¹⁷⁸¹.

Es más, considero que la no actuación de la entidad pública, en estos supuestos, supone un ejercicio defectuoso de las funciones de protección que el artículo 172 le atribuye, aquí no puede alegarse la inactividad de la entidad pública por la actuación de buena voluntad (o aparente buena voluntad) del guardador de hecho, no puede achacarse a la entidad un exceso de celo¹⁷⁸², dado que el guardador de hecho no tiene ningún control sobre la situación, y los progenitores han hecho dejación de sus funciones.

Por lo tanto, la guarda de hecho en realidad constituye un claro riesgo para el menor y un incumplimiento por parte de los progenitores, tutores o poderes públicos de sus obligaciones para con el menor¹⁷⁸³ y como consecuencia, la

¹⁷⁸⁰ BARCIA LEHMANN, R., "Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio", *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 26, 2013, nº 2- diciembre, págs. 9-37 : "Asumiendo que la regla óptima, en un sistema de asignación unilateral o exclusivo, es el interés superior del niño, el cuidado personal se otorgará al padre con mayores habilidades parentales. Sin embargo, si se favorece una regla de asignación de facultades y derechos exclusivos a uno de los padres, según el interés superior del niño, paradójicamente se puede estar violando dicho principio. Por cuanto un sistema de esta clase ignora los aportes que puede realizar a la vida del niño o adolescente el padre excluido de la asignación, aun cuando sus habilidades parentales sean menores. La relación entre ambos principios, a este respecto, se hace evidente, por cuanto el principio de igualdad de los padres desarrolla la personalidad del niño y del adolescente. En efecto, una regla de asignación exclusiva, como la precedente, por sí sola violenta el principio del interés superior del niño, sobre todo si el Derecho no concede una serie de facultades y derechos al padre porque no se le concede la asignación exclusiva", pág. 12

¹⁷⁸¹ DELAPORTE-CARRÉ, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008, "El desinterés se presenta bajo la forma de una ausencia de relaciones entre el menor y sus padres. Esta ausencia de relación constituye un doble peligro para el menor, que está en peligro primero como consecuencia del comportamiento de los padres, ya que nadie asegura la protección jurídica del menor, y en segundo lugar, porque la ausencia de relación con los padres es nefasta para el equilibrio y el desarrollo del menor. Este segundo aspecto del peligro debe ser matizado, de hecho el menor puede encontrar un equilibrio conviviendo con otra persona, pero en este caso el peligro es de otra naturaleza, proviene de la ausencia de estabilidad sobre el plan jurídico del menor que está acogido por un tercero que no tiene ninguna autoridad sobre él", págs. 65-66 (epígrafe 97)

¹⁷⁸² Tampoco cabe hablar de no cabe hablar de desviación de poder, el fin está determinado, la protección integral del menor y la técnica para llevar a cabo ese fin viene definida por el Código, declaración de desamparo, *vid.* MARTÍNEZ USEROS, E., "Desviación de poder", *Revista Anales Universidad de Murcia*, 1955-1956.

¹⁷⁸³ En nuestro ordenamiento jurídico no cabe declarar a un menor en acogimiento familiar abandonado por sus progenitores, tal y como si ocurre en el sistema francés, *vid.* Cour de cassation 1e chambre civile 3 décembre 2014, nº de pourvoi: 13-24268, que se plantea la declaración de abandono de un menor y su adaptabilidad estando en situación de acogimiento familiar por una *assistante maternelle*.

declaración de desamparo está justificada porque el que tiene la obligación legal de asistencia no cumple con su obligación¹⁷⁸⁴, y el acogedor informal no tiene obligación legal de asumir esa carga¹⁷⁸⁵, y, en este sentido, no puede hacerse recaer la protección del menor en el voluntarismo de un tercero, los derechos y deberes, las funciones que aseguran la protección del menor, les corresponden a los progenitores titulares de la patria potestad o a los tutores, y si estos no ejercen los deberes inherentes a la patria potestad, la obligación de protección le corresponde al Estado¹⁷⁸⁶, de acuerdo con el artículo 172 del Código civil¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁴ En este caso estamos ante un inacción de titular legal de la función, que está faltando a su deber legal cuando voluntariamente deja sin ejercer las funciones que le han sido encomendadas, cuando “por pereza o debilidad los que tiene el caso de dirigir, aconsejar, de vigilar, desertan de su oficio”, DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, (reimpresión de la edición de 1952), pág. 255.

¹⁷⁸⁵ CARRASCO, M. M., “Protección penal de la filiación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, nº 12-06, págs. 06:1-06:30, en relación al concurso del delito del 220 del Código penal con los delitos del 226 y 229 del mismo texto legal, considera que en relación “al abandono de familia (art. 226 CP) o de menores (art. 229 CP), hay que entender que no se afecta la vida o seguridad del menor por cuanto éste no se abandona al cuidado de nadie, sino que se entrega para que el tercero asuma la guarda y custodia y los deberes inherentes a la patria potestad. No puede interpretarse de otra manera la finalidad de alterar o modificar la filiación. No obstante, un sector doctrinal defiende la existencia de un concurso ideal entre el delito de abandono de familia (art. 226 CP) y el de entrega de hijo, en la medida en que los deberes asistenciales propios de la patria potestad se han incumplido por los padres, aunque se haya entregado el hijo a un tercero que los asume”, pág. 06:14

¹⁷⁸⁶ La Administración pública es la titular de la responsabilidad de garantizar al menor una protección integral, SCHMIDT-ASSMANN, E., “El Derecho Administrativo General desde una Perspectiva Europea”, *Justicia Administrativa*, nº 13, octubre, 2001, expresaba la idea de que aunque haya habido un acercamiento del Estado al Derecho privado, es Estado sigue ostentado la titularidad de la responsabilidad general que garantiza los derechos de los administrados, pág. 24.

¹⁷⁸⁷ PANTOJA GARCÍA, F., “El fiscal como defensor del menor (la posición del menor ante la ley a través de la defensa que del menor ejerce el Ministerio Fiscal)”, *Cuadernos de Psiquiatría y Psicoterapia Infantil SEPYPNA*, 1995, págs. 73-89: “En efecto, la Ley atribuye a la Administración, a través de las Entidades Públicas con competencia en la protección de menores, la primera decisión en cuanto al alcance y naturaleza de las medidas a adoptar. Estas Entidades Públicas, hoy día entidades dependientes en su totalidad –salvo los caso de Ceuta y Melilla– de las Comunidades Autónomas, son las encargadas de estudiar la situación del menor y en concreto de valorar la situación de desamparo como incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para los progenitores o tutores, o bien cuando el menor queda privado de la necesaria asistencia material o moral. Esta decisión es, evidentemente técnica, es decir ha de adoptarse con rapidez y eficacia según que los Asistentes Sociales, Educadores o Psicólogos, o incluso otros profesionales como los Médicos, aprecien en el menor alguna circunstancia que responda a la definición legal aludida, o que en cualquier caso, haga precisa una intervención en favor del menor. La Ley faculta en estos casos a las Entidades Públicas a adoptar la llamada Tutela Automática, que supone de hecho un vaciamiento del contenido de la patria potestad, quedando el menor en guarda de una Institución dependiente de la Entidad Pública, en tanto se solucionan los problemas que originaron la decisión de la tutela o bien se arbitra alguna de las medidas previstas en la Ley como son el acogimiento o en su caso la adopción”, pág. 78.

A esa justificación se añade el derecho del menor a una situación jurídica estable¹⁷⁸⁸, a que ejerzan sus funciones aquellos que la tienen atribuidas por imperativo legal¹⁷⁸⁹; mantener una situación de hecho genera “un grave déficit de seguridad jurídica”¹⁷⁹⁰, se produce una dispersión de responsabilidad entre los distintos titulares de los deberes de asistencia que concurren en la persona del menor, y de seguridad asistencial¹⁷⁹¹ se favorece el fraude de ley, o se amparan

¹⁷⁸⁸ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, Artículo 45.– Derechos especiales de los menores protegidos. El menor, en relación con la actividad de protección de la Administración y junto a los derechos que el ordenamiento jurídico y esta Ley

reconocen a todos los niños y adolescentes, será titular específicamente de los siguientes: g) A la seguridad jurídica y emocional proporcionadas por una tramitación formalmente reglada, sin dilaciones innecesarias, que impida la prolongación de las medidas de carácter provisional, evite las intromisiones en la esfera de su intimidad más allá de lo estrictamente preciso y restrinja al mínimo imprescindible las limitaciones a su capacidad de obrar y las interferencias en su vida y en la de su familia, asegurando la autorización y el control judicial de las medidas que afecten a sus derechos fundamentales”.

¹⁷⁸⁹ En este sentido, hay Comunidades autónomas que han sido más precisas que el Código civil, estableciendo como causa de la declaración de desamparo el supuesto de que no sean lo progenitores los que asistan al menor:

Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia, considera en su artículo 61.2 situaciones de desprotección grave con desamparo, entre otras, o) “Cualesquiera otras situaciones de desprotección que conlleven una privación de la necesaria asistencia a la persona menor y tengan su origen en el incumplimiento o en el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de guarda o supongan la inexistencia de la colaboración mínima por parte de los padres, madres o las personas que ejerzan la tutela o guarda para garantizar la seguridad de la misma”.

Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears, en su artículo 63.2 establece que con independencia de la situación descrita en el punto 1, (la que se produce de hecho), señala como causa en la letra e) “Cualquier otra situación de desprotección que suponga la privación de la necesaria asistencia a la persona menor de edad y que tenga su origen en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de guarda, y que aconseje o haga necesaria la separación de la persona menor de edad del contexto familiar”.

¹⁷⁹⁰ Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, pág. 10

¹⁷⁹¹ PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*, Observatorio de la Infancia de Andalucía, Junta de Andalucía, Granada, 2014, “la respuesta a los problemas de la familia se busca en el interior de la familia, el argumento fundamental tiene que ver con la lealtad familiar, con la inmediatez del apoyo y la ayuda, con la continuidad de relaciones y la ausencia de ruptura de lazos y conexiones. En esta lógica, la implicación de la familia es un asunto de la familia, algo que afecta a su esfera privada y en lo que nadie tiene por qué meterse mientras no se vulnere ningún derecho o se cometa alguna ilegalidad. La intervención del sistema de protección de infancia se considera justificada en la medida en que el bienestar de un niño o una niña se encuentra amenazado o incluso vulnerado. Ocurre, sin embargo, que la inmediatez y cercanía de las relaciones familiares lleva muchas veces a la familia a resolver el problema de sus jóvenes miembros sin la intervención de las entidades públicas, que con mucha frecuencia entran en escena para formalizarlo sólo cuando el acogimiento es ya una realidad de hecho. En el estudio llevado a cabo en Andalucía, esto afecta al menos al 60% de los acogimientos en familia extensa, siendo la realidad absolutamente mayoritaria que el sistema de protección confirma y oficializa la relación que se había establecido

directamente conductas delictivas¹⁷⁹², que exige que sea la entidad pública la que a través de la declaración de desamparo, asuma el título jurídico de tutor¹⁷⁹³ que la habilita para realizar todas las actuaciones conducentes a garantizar la evaluación y concreción del interés del menor en esta situación, solución coherente con el principio básico de que cualquier medida que se adopte sobre el menor debe dentro de los postulados legales, aunque la situación de hecho comporte los mismos beneficios al menor¹⁷⁹⁴.

Puede alegarse que es una medida excesivamente drástica para la situación de un menor en acogimiento informal, y que pueden arbitrarse figuras de protección menos invasivas¹⁷⁹⁵, pero hay que tener en cuenta que la tutela *ex lege* está concebida como un institución de carácter excepcional¹⁷⁹⁶ y eminentemente

informalmente. Sobre este hecho se volverá un poco más adelante, dadas sus importantes implicaciones de cara a la intervención profesional”, pág. 25.

¹⁷⁹² Artículo 221.1 del Código penal: “Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, (...)”;

Artículo 226.1: “El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes (...)”;

Artículo 229.1: “El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, (...). 2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, (...)”.

¹⁷⁹³ Hay que tener en cuenta que la inacción de la Entidad pública en estas situaciones, no puede ser constitutiva de un delito de abandono, en el sentido de que las personas jurídico públicas no entran dentro del sujeto activo del artículo 31.5 del Código penal, *vid.* en este sentido, DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas”, *REDUR*, nº 11, diciembre 2013, págs. 149-167; pero sí lo podrá ser, en último término, el funcionario público encargado de la protección de menores en virtud del 172.1 del Código penal, que además tendrá una pena accesoria, la inhabilitación especial para empleo o cargo público.

¹⁷⁹⁴ Jurisclasseur, LexisNexis, (nº 11/00950: JurisData: 2011-023498) par un jugement du 26 oct. 2011 *le Tribunal de grande instance de Bayonne, a rendu un jugement selon lequel l'autorité parentale étant déjà exercée de fait conjointement par la mère et sa partenaire pacée, il était de l'intérêt des enfants que cette situation soit juridiquement consacrée et il a ordonné une délégation générale et partagée de l'autorité parentale exercée par la mère au bénéfice de sa partenaire. Le jugement n'est pas définitif.*

¹⁷⁹⁵ LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Bosch, Barcelona, 1990, considera que “no puede verse en el art. 172.1 una solución a todos los problemas olvidando o arrebatando las que se ofrece desde otras figuras”, pág. 50.

¹⁷⁹⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas [*sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*] 64/142. (24 de febrero de 2010) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, II. B. 14: “La separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el

temporal, que responde a un determinada necesidad de protección del menor¹⁷⁹⁷, por lo que no tiene vocación de permanencia¹⁷⁹⁸, cuya finalidad es proporcionar la seguridad jurídica y la protección social que requiere la situación concreta de un menor cuando los que tenían la obligación legal no la ejercen y ello provoca una desasistencia, en tanto se arbitran otras soluciones legales de carácter permanente¹⁷⁹⁹, si no fuese posible la reunificación familiar, hay que recordar que la tutela *ex lege* fue concebida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre en su Preámbulo: “Como complemento del acogimiento familiar y de la adopción y como

menor tiempo posible. Las decisiones relativas a la remoción de la guarda han de revisarse periódicamente, y el regreso del niño a la guarda y cuidado de sus padres, una vez que se hayan resuelto o hayan desaparecido las causas que originaron la separación, debería responder al interés superior del niño, ateniéndose a los resultados de la evaluación prevista en el párrafo 49 *infra*”

¹⁷⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 84/2011 de 21 de febrero de 2011, Fundamento de Derecho cuarto: “La protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (Art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales”.

¹⁷⁹⁸ En este sentido, se ha producido una evolución negativa, tanto legislativa como doctrinal, hacia la consideración de la tutela *ex lege* como un recurso permanente, involución que ya se detecta en la Ley Orgánica que introdujo el acogimiento “permanente” y han desaparecido de las actuales legislaciones autonómicas de protección del menor la expresión de “tutela provisional”, en una clara confusión entre una situación definitiva por imposibilidad de que el menor pueda vivir con los padres, con el recurso de la tutela *ex lege*, por ejemplo, en Castilla y León el derogado Decreto 57/1988, de 7 de abril de Castilla-León, desarrollado en virtud del traspaso de competencias en protección de menores de la Administración central, en el artículo 15 lo establecía de manera clara y explícita: “Si resultara una situación de desamparo, lo acordará expresamente, asumirá la tutela provisional y tramitará la definitiva prevista en los arts. 231 y 239 del Código Civil”; y sin embargo en la legislación actual esa característica de provisionalidad hay que rastrearla e interpretarla, así, el artículo 86.4 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, en relación a la guarda asumida por la entidad pública, derivada de la tutela o por solicitud de los padres, dispone: “El ejercicio de la guarda de un menor durará el tiempo imprescindible mientras perduren las circunstancias que dieron lugar a su asunción. Y en 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 de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, en su artículo 5 b), a los efectos de este Decreto y para delimitar la actividad administrativa se entenderá por: “Menor tiempo posible: el plazo razonablemente más breve teniendo en cuenta las exigencias que se deriven de la gravedad objetiva de la situación de desprotección, las consecuencias que ella determine en el menor, la percepción que éste tenga de la variable temporal de acuerdo con su desarrollo, los requerimientos que planteen sus necesidades y circunstancias individuales y las posibilidades, alternativas y condiciones disponibles para asegurar una intervención eficaz, ya sea ésta provisional y urgente, o definitiva”.

¹⁷⁹⁹ No vamos a entrar aquí, por no ser este el objeto de este trabajo, sobre las dificultades conceptuales de la transformación de la tutela *ex lege* en tutela ordinaria, en virtud del farragoso artículo 239 del Código civil

paso previo para la regulación más clara de ambas instituciones, la presente ley da normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados. Cambiando el criterio a que respondía el anterior artículo 239, se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de los menores”.

La protección integral no se agota con su sostenimiento material y afectivo¹⁸⁰⁰, no se le protege por su situación irregular, si no por su entidad como sujeto de derechos y obligaciones, y en la vida del menor existen muchas situaciones jurídicas que le atañen y en las que es necesaria la actuación de aquellos que ostentan su representación legal¹⁸⁰¹, por eso, desde mi punto de vista, no puede

¹⁸⁰⁰ Así lo señala la jurisprudencia penal, entendiendo que cuando se habla de deberes de asistencia, el legislador no se refiere únicamente a las obligaciones alimentarias o de matiz económico, sino que, antes bien, engloba, dentro de la expresión legal, a todos los deberes, y, tratándose de hijos menores, a los de tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos, Sentencia Tribuna Supremo (Sala de lo penal) de 18 de mayo de 1987

¹⁸⁰¹ Basta un recorrido por cualquier ámbito para señalar la necesidad del ejercicio de sus funciones por parte de los representantes legales del menor, si no queremos que se dé una desprotección del mismo, sin ser exhaustivo, es preciso recordar la intervención de los representantes legales del menor en relación con los datos personales de estos, *vid.*, ANDREU MARTÍNEZ, M. B., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, principalmente el Capítulo III, en el que analiza, al hilo de la capacidad del menor para consentir el tratamiento de sus datos personales, los deberes legales de sus representantes legales en el marco del artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, en el que se exige el consentimiento de su representantes legales (padres o tutores) para el tratamiento de sus datos de carácter personal, y el capítulo VII, dedicado a el ejercicio por los menores de los derechos en materia de protección de datos, en el que la autora establece que a pesar de que el mayor de 13 años tiene capacidad para consentir, ello no excluye una determinada participación de los representantes legales en el acceso o conocimiento de la información personal del menor, fundamentada en el derecho/deber de velar por el menor comprendido en el artículo 154 del Código civil, pág. 156.

En el campo educativo, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, en su artículo 1 q): “La libertad de enseñanza, que reconozca el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos, en el marco de los principios constitucionales”. O en su artículo 21.3, en relación con la evaluación final de Educación Primaria: “El resultado de la evaluación (...) se hará constar en un informe, que será entregado a los padres, madres o tutores legales”. En su artículo 24, Organización del primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria, en relación con las asignaturas optativas que deberán cursar los alumnos, en su punto 3 se señala que la elección corresponde a “los padres, madres o tutores legales (...)”, o en su punto 4.b) deberán cursar “Religión o Valores Éticos, a elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, del alumno o alumna”. El artículo 25, en relación con la organización del cuarto curso de Educación Secundaria Obligatoria, en su punto 1 “Los padres, madres o tutores legales o, en su caso, los alumnos y alumnas podrán escoger cursar (...) una de las dos siguientes opciones: a) Opción de enseñanza académica para la iniciación al Bachillerato, b) Opción de enseñanzas aplicadas para la inicialización a la Formación Profesional”.

utilizarse el peligroso razonamiento de que la labor del guardador de hecho pueda ser enmarcado en el ejercicio de la parentalidad¹⁸⁰², considerando que puede ser ejercida por cualquiera de manera indiscriminada, ello desvanece la figura jurídica de los progenitores o tutores, como titulares de la patria potestad o responsabilidad parental o del cargo tutelar respectivamente, concretadas en unas funciones legales

Y a nivel autonómico, por ejemplo en Castilla y León, la Orden EDU/137/2012, de 15 de marzo, por la que se regula el proceso de admisión en las Escuelas Infantiles para cursar el Primer Ciclo de Educación Infantil en la Comunidad de Castilla y León, en su artículo 3.1: “Pueden solicitar plaza en las escuelas infantiles los padres, tutores o representantes legales de los niños (...); y en el artículo 3.3: “Podrá solicitarse plaza para niños en trámites de adopción o acogimiento condicionada a la presentación de la filiación del niño en el momento de formalizar la matrícula”. Y el 3.4 exige que al menos uno de los padres, tutores o representantes legales del niño del que se solicita plaza escolar, así como el propio niño, se encuentren “empadronados en alguno de los municipios de la Comunidad de Castilla y León en el momento de formular la solicitud”.

También la Orden EDU/721/2008, de 5 de mayo, por la que se regula la implantación, el desarrollo y la evaluación del segundo ciclo de la educación infantil en la Comunidad de Castilla y León., en su artículo 16.1 dispone que “Los maestros tutores informarán por escrito, al menos trimestralmente, a los padres o tutores legales de los alumnos, sobre los progresos y dificultades detectados en la consecución de los objetivos establecidos en el currículo, sobre el proceso de integración socioeducativa y, si procede, sobre las medidas de apoyo y refuerzo educativo que, con conocimiento de las familias, hayan sido adoptadas”. Y en las Disposiciones adicionales, Segunda: “La Consejería de Educación adoptará las medidas necesarias para garantizar que, al inicio del curso, los padres o tutores legales de los alumnos puedan optar por que éstos reciban o no enseñanzas de religión”.

Y en el Decreto 51/2007, de 17 de mayo, por el que se regulan los derechos y deberes de los alumnos y la participación y los compromisos de las familias en el proceso educativo, y se establecen las normas de convivencia y disciplina en los Centros Educativos de Castilla y León, en su artículo 45.1 determina que: “El proceso de acuerdo reeducativo es una medida dirigida a gestionar y solucionar los conflictos surgidos por la conducta o conductas perturbadoras de un alumno, llevada a cabo mediante un acuerdo formal y escrito, entre el centro, el alumno y sus padres o tutores legales, en el caso de alumnos menores de edad, por el que todos ellos adoptan libremente unos compromisos de actuación y las consecuencias que se derivarán de su desarrollo. (...) Artículo 46.2: “Los procesos de acuerdo reeducativo tienen carácter voluntario. Los alumnos y los padres o tutores legales, en su caso, ejercerán la opción de aceptar o no la propuesta realizada por el centro para iniciar el proceso. De todo ello se dejará constancia escrita en el centro” y en el 46.3: “Se iniciarán formalmente con la presencia del alumno, de la madre y el padre o de los tutores legales y de un profesor que coordinará el proceso y será designado por el director del centro”. Y en el artículo 50.4, en relación con la incoación del expediente sancionador, que dicha “se comunicará al instructor y, si lo hubiere, al secretario, y simultáneamente se notificará al alumno y a sus padres o tutores legales, cuando este sea menor de edad, (...) y en cuanto a la notificación de la resolución del expediente sancionador, el artículo 53.3 exige que la resolución se notifique “al alumno y, en su caso, a sus padres o representantes legales (...)”.

¹⁸⁰² DENIS, P. “Entre familia y parentalidad: algunas consecuencias de las discontinuidades relacionales”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEYPNA, nº 49, 2010, págs. 79-90: “A su vez y de forma paralela, la familia ha cambiado considerablemente, tanto desde el punto de vista de su papel en el conjunto social como de su funcionamiento interno, cuando existe. Observamos asimismo en los textos legales que la noción de parentalidad va ocupando el lugar de la noción de familia”, pág. 80.

ineludibles para los padres, o en su caso, tutores y/o entidad pública¹⁸⁰³; la reivindicación de que los acogedores informales ejercen la parentalidad permite eludir la protección jurídica establecida en el Código¹⁸⁰⁴, es defender la desregularización en un ámbito en la que el Estado debe controlar, por las especiales circunstancias de vulnerabilidad de los menores¹⁸⁰⁵.

Desregularización que choca frontalmente con el control¹⁸⁰⁶ que los poderes públicos ejercen sobre la patria potestad o la tutela, instituciones que desarrollan sus funciones bajo la atenta mirada del Estado, así como el control que, paradójicamente, cesaría cuando por negligencia o por interés hacen dejación de sus funciones en un tercero que carece de título habilitante, en este sentido, amparar y defender el acogimiento familiar informal supone dar a “los progenitores una

¹⁸⁰³ Como recuerda la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), sentencia nº 127/2004 de 16 noviembre: “la guarda de hecho que contempla el artículo 303 del Código Civil, (...) no genera para los guardadores las obligaciones que integran el contenido de la patria potestad ni constituye una institución de protección permanente”.

¹⁸⁰⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., “Réflexions critiques d’une juriste sur la «parentalité»”, *Mélanges en l’honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, París 2012, señala que la utilización de la noción de parentalidad, construida desde las sociología y la psicología, no aportan elementos verdaderamente positivos al Derecho, “al contrario, esta noción indeterminada que permite eludir los términos precisos de padre madre o de autoridad parental es propicia a todo tipo de manipulaciones e instrumentalización. Con ella se desvía la atención del menor y de su interés, que no se tiene en cuenta, hacia los adultos, que según las circunstancias, reivindican los «derechos» sobre un niño, o se les reprocha que no asumen su responsabilidad” (traducción personal), págs. 58.

¹⁸⁰⁵ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/64/142, (18 de diciembre de 2009) [*sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*], Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, en su punto 78: “Los Estados deberían elaborar medidas especiales apropiadas a fin de proteger a los niños en acogimiento informal contra el abuso, el descuido, el trabajo infantil y toda forma de explotación, con particular atención al acogimiento informal ejercido por personas sin vínculo familiar, o por familiares no conocidos previamente por el niño o lejos del lugar de residencia habitual del niño”

¹⁸⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 19 mayo de 2005 Condena a los padres de los menores de edad, “faltando a sus obligaciones como progenitores, han permitido que el mayor de los dos niños dejara de acudir a sus clases en 45 sesiones de un total de 187 de las habidas hasta el 3 de marzo de 2003, y no han llevado a la pequeña al colegio en un total de 54 sesiones de las 187 habidas hasta la misma fecha. Ha existido una actitud de inhibición, falta de colaboración o pasividad por los padres, ya que tenían que haberse esforzado por cumplir con la obligación de escolarización y asistencia a clase que les compete en base a la minoría de edad. (...) En el delito que enjuicamos, el sujeto activo es quien ejerza la patria potestad, y el sujeto pasivo los hijos o descendientes menores, siendo la acción o dinámica comisiva, el incumplimiento de los deberes de asistencia, cuyo concepto es amplio y no se circunscribe exclusivamente a lo estrictamente material o económico, inherentes al matrimonio, a la patria potestad o a la tutela, sino que se extiende a los demás deberes asistenciales, como lo son, la unidad de domicilio, la atención a los hijos menores o incapacitados, la educación y formación integral de éstos. (...) El incumplimiento de los deberes de asistencia para con menores o incapaces, es un delito configurado como omisión de deberes asistenciales, como norma penal en blanco, que ha de integrarse con el C.C., abarcando, como ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 1985, tanto los de orden ético, moral o espiritual, como los de índole económica”.

«patente de corso» para incumplir muchos de sus deberes paternos, sin que ello les acarree sanción alguna, en tanto en cuanto tengan disponibles a esos presuntos «bomberos» o apagafuegos”¹⁸⁰⁷, que la doctrina y las normativas legales quieren convertir a los acogedores informales, “mientras estos cumplan la función que en teoría se les quiere asignar (...) los padres no se verán afectados por expedientes administrativos de desamparo, lo cual (...) no deja de suponer un contrasentido si se piensa en los principios generales”¹⁸⁰⁸, que presiden la protección pública de menores^{1809 1810}.

Cuestión distinta a todo lo aquí expuesto, es que la guarda de hecho, tal y como está regulada en nuestro ordenamiento, tiene “desde el punto de vista axiológico una naturaleza neutra”¹⁸¹¹, no presupone una valoración negativa ni positiva de la misma, ni de la actuación del guardador, el artículo 303 se limita a constatar “la existencia de un guardador de hecho”, por lo que nada obsta a que, si el menor tiene una relación afectiva y los cuidados necesarios con el guardador de hecho, la entidad pública como tutora *ex lege*, previa valoración de su idoneidad y

¹⁸⁰⁷ ARÍAS DÍAZ, D., “Reflexiones acerca de la ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos, *La Ley*, año XXVI, nº 6184, de 7 de febrero de 2005, págs. 1738-1739, la autora se refiere a las relaciones de los menores con los abuelos pero sirve como argumento en este contexto, pág. 1738.

¹⁸⁰⁸ ARÍAS DÍAZ, D., “Reflexiones acerca de la ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos, *La Ley*, año XXVI, nº 6184, de 7 de febrero de 2005, págs. 1738-1739, pág. 1738.

¹⁸⁰⁹ De un amanaera muy gráfica lo expone la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), en su sentencia nº 127/2004 de 16 noviembre “si bien las dificultades con que la madre se encontró tras dar a luz a la menor y al hermano mellizo de ésta, le impedían hacerse cargo directamente de sus hijos, en lugar de haber procedido a informarse de que simplemente acudiendo al Ayuntamiento de Algeciras podía resolver su problema, prefirió el camino más corto y expeditivo de dejarlos, quedando la niña con los hoy recurrentes, quitándose del medio dicho problema, comportamiento complementado por la actuación de los recurrentes que cuando menos de irresponsable debe calificarse, al saltarse la normativa que regula la materia, (...) (que) desconociendo, o conociendo pero no aceptando, el procedimiento establecido y la competencia de la Junta de Andalucía para atender a los nacidos cuando los padres no pueden hacerse cargo de ellos, (...), procedió por las buenas a hacerse cargo de la menor, asumiendo respecto de las mismas unos deberes que nadie le había conferido legalmente”

¹⁸¹⁰ Es indudable que no comparto la postura de LLEBARÍA cuando afirmaba que “no existe beneficio alguno para quien con intención de desinteresarse del menor, lo entrega a un tercero. ¡Ojala todos los que tuvieran tan deplorable intención, procedieran al menos de la misma manera (...) esencialmente porque no veo desamparo alguno del menor, que será cuidado y atendido por aquel tercero” porque no es cuestión de desconfianza hacia esa figura de hecho sino mero cumplimiento de lo establecido en las normas de patria potestad y tutela, LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. (Estudio sistemático dela Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 50.

¹⁸¹¹ Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, pág. 8.

siguiendo las formalidades exigidas por el artículo 173 y 173 bis del Código civil y la legislación autonómica competente, le instituya como acogedor familiar¹⁸¹², incluso en la consideración de que ha sido “irregular e incluso ilícito nacimiento de la relación de la menor con los guardadores”¹⁸¹³, ¹⁸¹⁴ de hecho.

¹⁸¹² Resolución aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas A/RES/64/142, (18 de diciembre de 2009) [*sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*], Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, en su punto 75: Con objeto de que las condiciones de acogida en el acogimiento informal por familias o personas sean apropiadas, los Estados deberían reconocer la función desempeñada por ese tipo de acogimiento y adoptar medidas adecuadas para que se ejerza de forma óptima sobre la base de una evaluación de los entornos particulares que pueden necesitar especial asistencia o supervisión

¹⁸¹³ Como se realiza en la sentencia nº 127/2004 de 16 noviembre, de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), en su Fundamento de Derecho cuarto, en la que el juez entrega a la menor a los acogedores de hecho porque aunque “los guardadores ahora recurrentes aparte de incurrir al menos en las infracciones graves del artículo 56 e) e i) de la Ley de 20 de abril de 1998 sobre Derecho y Atención al menor, conociendo, (...), que su obligación era la de ponerla a disposición de la autoridad, actuaron de manera solapada para conseguir la adopción de Filomena a través de procedimientos ajenos al legalmente establecido, pues como ya se ha dicho forzosamente tenía que conocer las competencias atribuidas en esta materia a la Junta de Andalucía. Y por último cierto es igualmente que tampoco los padres biológicos de la menor cumplieron con sus hijos los ineludibles e intransferibles deberes que la normativa legal les impone pretendiendo desligarse de dichos deberes de la forma más rápida, sin que pueda admitirse como excusa el desconocimiento de nuestra legislación”.

¹⁸¹⁴ Los antecedentes de este caso pueden resumirse: menor nacida en España al mes de haber llegado su madre como inmigrante ilegal, y que es confiada por la madre a una familia de la zona, cuando ella se traslada a otra localidad para trabajar, sin que reclame posteriormente a la menor, que queda bajo la guarda de hecho de la familia que, en un momento determinado comparecieron en los Servicios sociales del Ayuntamiento para informarse de las posibilidades de adoptar a la menor. La menor está perfectamente atendida y cuidada por la familia que la acoge, e incluso el hecho de que uno de los cónyuges fuese médico, le reportó un indudable beneficio, ya que la menor nació con un grave problema de salud. La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), Sentencia nº 127/2004 de 16 noviembre, en su Fundamento de Derecho tercero y ante Ante la pretensión de los recurrentes de “que en el presente caso no puede decirse que haya desamparo, porque no se dan los requisitos legales establecidos (en el artículo 172.1) ni tampoco los que la jurisprudencia dictamina. Sin embargo el análisis de los antecedentes revela lo contrario, (...). Resulta indudable por ello que por parte de los padres biológicos no se han cumplido en ningún momento respecto de la menor los deberes que el artículo 154.1º del Código Civil impone a los padres como consecuencia de la patria potestad que a los mismos corresponde, deberes de carácter personalísimos que en modo alguno pueden delegarse en terceras personas. (...). (la madre) prefirió el camino más corto y expeditivo de dejarlos, quedando la niña con los hoy recurrentes, quitándose del medio dicho problema, comportamiento complementado por la actuación de los recurrentes que cuando menos de irresponsable debe calificarse, al saltarse la normativa que regula la materia, (...) (y) el procedimiento establecido y la competencia de la Junta de Andalucía para atender a los nacidos cuando los padres no pueden hacerse cargo de ellos, (...), procedió por las buenas a hacerse cargo de la menor, asumiendo respecto de las mismas unos deberes que nadie le había conferido legalmente. Por ello la menor, con independencia de que los recurrentes se hubieran hecho cargo de ella, no estaba bajo la patria potestad de sus padres por las razones dichas, ni tampoco bajo tutela alguna, con lo que aunque de hecho la misma recibía todo tipo de medios por parte de sus guardadores, es lo cierto que esta situación no se había producido a través del cauce legal establecido en los artículos 172 a 174 del Código Civil, mediante la intervención de la entidad pública, lo que autoriza a afirmar que se encontraba en situación legal de desamparo, y a concluir, coincidiendo con el juez a quo, que la

Sin embargo, un sector mayoritario de la doctrina considera que el artículo 172.1 del Código civil exige que el comportamiento por dejación de sus funciones de los obligados dé lugar a la situación de hecho¹⁸¹⁵ de quedar privado el menor de la necesaria asistencia moral o material, por lo tanto, si el menor recibe esa asistencia de personas distintas de aquellas que tienen la titularidad en virtud de un título jurídico, el menor no se encontraría en situación de desamparo, por lo que la Entidad pública no podrá asumir su tutela¹⁸¹⁶. Esta postura doctrinal se ve

resolución de la Comisión Provincial de medidas de Protección decretando legalmente tal situación de desamparo de la menor no procedió sino a aplicar la legalidad vigente”.

¹⁸¹⁵ Con respecto a la expresión “de hecho”, suscribo las palabras de TAVARES, J., “Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 40, nº 3, 1987, págs. 753-770: “la interpretación debe ser algo más de lo que implica la semiótica. Aunque la teoría del lenguaje procura vincular escrito y realidad, contribuyendo con sus propias leyes y enunciados de principios al esclarecimiento de lo escrito, no es, sin embargo, todavía suficiente para descifrar todo el contenido de la ley”, pág. 756

¹⁸¹⁶ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, considera que en cualquier caso, sea por incumplimiento de los deberes de sus titulares o por delegación de esas facultades a un tercero, si el menor está sometido a la guarda de hecho, y estas personas le proporcionan esa necesaria asistencia moral o material, no habrá situación de desamparo, en este caso “deberá constituirse la tutela conforme a las normas ordinarias, sin que intervenga la Entidad pública, ya que dicho menor no estaría desamparado”, pág. 111.

En ese mismo sentido:

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989, en su defensa de la legalidad de la delegación privada de parte del contenido de la patria potestad, mantiene que “incluso aunque exista intención evidente, expresa o tácita, de los progenitores de abandonar la hijo, no habrá tampoco tal «desamparo», siempre que, casualmente o previsto al efecto, exista alguien que se ocupe del menor”, pág. 146.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S., (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 623-650, considera que si el guardador de hecho realiza su función de una manera correcta no ha lugar a la declaración de desamparo, nota a pie de página, 550, pág. 625.

HERAS HERNÁNDEZ, M. del M., “La tutela legal del artículo 239 del Código civil. El concepto de desamparo”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, señala también que si “la asistencia material y moral se prestase por un guardador de hecho, que asume tales funciones sin obligación legal, no cabe duda de que no procede apreciar el desamparo, habida cuenta de que la guarda lo excluye”, pág. 184.

FÁBREGA RUIZ, C. F., “Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, “la afirmación de considerar la guarda de hecho como representación legal sabemos que no deja de plantear problemas, ya que no se encuentra recogida expresamente como tal en nuestra legislación. No obstante, creemos que si es posible deducirla del artículo 304 CC puesto en relación con el principio fundamental informador en esta materia que es el del mayor interés del incapaz”, pág. 203.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 45, 2003, págs. 56, también defiende la

respaldada por algunas normativas autonómicas¹⁸¹⁷, así en la Comunidad Valenciana, al establecer las situaciones que pueden dar lugar a la declaración de desamparo, considera que no concurre situación de desamparo si el menor tiene cubierta sus necesidades materiales o morales por el guardador de hecho¹⁸¹⁸.

Por otro lado, al ser la guarda de hecho del artículo 303 del Código civil una institución caracterizada por su provisionalidad que ampara una situación transitoria, cabría admitir el acogimiento familiar informal como manifestación de la guarda de hecho enmarcándolo en un deber general de protección de un menor¹⁸¹⁹

inexistencia de desamparo cuando el menor está, “aunque sólo sea de hecho, bajo la guarda de un tercero”.

¹⁸¹⁷ Normativas más cercanas a la legislación preconstitucional que a los principios que rigen la protección del menor en el siglo XXI, así el artículo 82 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por el Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de una manera algo oscura, dispone que “cuando resultare comprobada en la información la existencia de un hecho de los que dan motivo para la suspensión de derecho de guarda y educación de un menor de dieciséis años, pero dicha suspensión no fuese necesaria por tratarse de un guardador de hecho que no esté investido de tal facultad, el Tribuna podrá ordenar que el menor sea retirado de su compañía y adoptar, además, las medidas que estime necesarias de internamiento o colocación en familia”.

¹⁸¹⁸ Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, modificado por Decreto 28/2009, de 20 de febrero, en el artículo 24. 2: “No concurre situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral y material. Cuando las direcciones territoriales competentes en materia de protección de menores tengan conocimiento de la existencia de una guarda de hecho respecto de un menor, en la que no se aprecie situación de desamparo o cualquier otra circunstancia que justifique la intervención de la entidad pública en el ejercicio de sus funciones protectoras, notificará al Ministerio Fiscal la existencia de dicha guarda de hecho, a los efectos de lo previsto en el artículo 228 del Código Civil. Asimismo, se informará a los guardadores de hecho de su obligación de promover la constitución de la tutela en los términos previstos en el artículo 229 del Código Civil”.

Extremadura, considera también que la guarda de hecho no constituye desamparo, y ello se deduce *sensu contrario* de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, en su artículo 6: “Se considerarán situaciones de desamparo, en todo caso valorables por la autoridad administrativa, las siguientes: (...) c) el trastorno mental grave de los padres o guardadores de hecho, que impida el adecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación.

d) la drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que forman parte de la unidad familiar, en especial, de los padres o guardadores de hecho”. Sin embargo en su letra g) “cualquier otra situación de desprotección que traiga su causa en el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de protección establecidos por las Leyes, siempre que ello incida en la privación de la necesaria asistencia moral o material”.

¹⁸¹⁹ Artículo 195. 1 del Código penal: “El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, (...), GÓMEZ TOMILLO, M., “Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. Especial consideración de los delitos de los arts. 226, 229, 230, de la falta del art. 619 CP y de sus relaciones concursales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 4 (2010) UNED: “En el caso del art. 195 CP, el delito de omisión de socorro, el particular sustituye al Estado que no puede llegar a todos los rincones; se convierte en agente suyo a fin de garantizar unos bienes jurídicos para cuya protección es competente en virtud del contrato social. En el caso del art. 226 puede plantearse

ante la ausencia o incumplimiento de los progenitores, dentro del deber general de protección que le corresponde a cualquier persona¹⁸²⁰, pero limitando esa situación a un plazo prudencial, y eso supone exigir al legislador estatal que establezca un plazo para que el guardador de hecho notifique a la autoridad responsable la situación del menor, cuestión esta de *lege ferenda* que no sería sino cumplir con lo señalado la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que los Estados miembros se han comprometido a incorporar a sus ordenamientos jurídicos¹⁸²¹.

legítimamente por qué el Estado impone con la pena criminal a ciertos familiares la salvaguarda de la dignidad de la persona. Parece que se parte de la idea de que la familia es un grupo de personas primario y que por sí misma es fuente de unos deberes jurídicos de actuar a favor de quienes la integran. Tales deberes, pues, son indelegables en el Estado o, dicho de otra forma, el contrato social no excluyó a favor del Estado el deber de proteger al resto de miembros de la familia, como ocurre con las demás sujetos que integran la Sociedad. De hecho, en España, el art. 50 CE reconoce la existencia de tales deberes familiares”, págs. 179-180.

ROCA DE AGAPITO, L., “Abandono de menores”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 8 (2012), UNED, entiende que cuando el Código penal tipifica el abandono de menores en el artículo 229.1, el sujeto activo es cualquier persona que asuma la custodia material del menor o incapaz, porque desde ese momento “se colocan en posición de garante respecto de la seguridad de éstos. Y dicha posición se fundamenta tanto desde un punto de vista material, porque los menores e incapaces son personas especialmente vulnerables y dependientes de un adulto que les proteja, como desde un punto de vista formal, porque el deber de velar por ellos proviene de la propia ley (padres, tutores, guardadores), por contrato (delegación de éstos) o por injerencia (apoderamiento ilícito o gestión de negocio ajeno sin mandato)”, pág. 238.

¹⁸²⁰ Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia penal considera garante de la seguridad y asistencia de persona del menor a todo aquel que se encuentre físicamente con el menor, incluso su secuestrador, como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), 1016/2006, de 25 de octubre de 2006, en su Fundamento de Derecho primero “El acusado, con su actuar precedente, la sustracción del vehículo en el que se encontraba la menor, la colocó en una situación de riesgo que le obligaba a garantizar la indemnidad de su seguridad física. No lo hizo el acusado, quien abandonó a la menor en un descampado, desprotegida frente a los riesgos inherente a la situación de desvalimiento en que la colocó. Como acertadamente señala el Ministerio fiscal, de haberse producido un resultado lesivo, en la integridad física o en la vida de la menor, no se dudaría de la autoría, por comisión omisiva, de quien estaba en posición de garante, esto es el acusado respecto a las situaciones de riesgo en que pudiera encontrarse la menor, precisamente por la conducta del acusado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 942/2003 de 30 de junio de 2003, en la que se condena a una persona a cuyo cargo había dejado la madre a dos niñas de corta edad, porque “se despreocupó por completo de las niñas, obviando su presencia, y dedicándose exclusivamente a satisfacer su antedicha adicción, consumiendo, además de la referida heroína un número no precisado de pastillas de Trankimazín, pero en todo caso superior a tres, lo que determinó se sumiera en un estado de absoluta inconsciencia, no ya para vigilar a las niñas, sino incluso para percatarse de lo que ocurría a su alrededor”, con el resultado de agresión sexual de las menores por personas desconocidas, en su Fundamento de derecho primero: “No creemos necesario un gran alarde de razonamientos, ya que el delito de quebrantamiento de custodia de menores es un delito de omisión, que pone en peligro la salud y la integridad física del menor que sufre el abandono o falta de cuidados por parte de la persona que se responsabiliza de su guarda y custodia; y en su cuarto “nos encontramos ante una situación de custodia temporal de unos menores, que exige una dedicación permanente durante todo el tiempo en que se desempeña.

¹⁸²¹ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/64/142, (18 de diciembre de 2009) [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)], Directrices sobre

De hecho, esta opción ya ha sido incorporada por el legislador catalán en el artículo 225-2, que establece que el guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tiene la obligación de cuidarlo tiene un plazo de setenta y dos horas desde que se inició la guarda para ponerlo en conocimiento de la entidad pública competente o al juez¹⁸²². Sin embargo, la legislación aragonesa¹⁸²³ la refleja de manera parcial, ya que se limita a establecer la obligación de poner en conocimiento del juez o del Ministerio Fiscal la situación fáctica, sin establecer plazo.

En este sentido, la protección de los derechos del menor cuando los padres entregan a terceros o se desentienden de ellos, no solo no ha evolucionado sino que ha sufrido un claro retroceso, hay que recordar que la Ley del 12 de agosto de 1904 de Protección a la Infancia y Represión de la mendicidad, en su artículo 2º establecía, a los efectos de control y vigilancia por parte de la administración, que los “padres o tutores que encomienden la lactancia o crianza de sus hijos o pupilos a personas que no vivan en su propia casa, deberán dar cuenta de este hecho, dentro del tercer día, a la Junta local que se establece en la presente ley y a la Alcaldía donde radique la persona a quien el niño se encomiende. Igual obligación alcanza a los directores de las Inclusas. Unos y otros deberán expresar en su declaración el nombre y domicilio de la persona a quien encomienden el niño, afirmando además, bajo su responsabilidad, que la nodriza, cuando tal hubiere, está provista del libro a

las modalidades alternativas de cuidado de los niños, punto 76: “las autoridades competentes deberían alentar a los acogedores informales a que notifiquen la modalidad de acogimiento”.

En este sentido la Ley nº 17.823, de 7 de septiembre de 2004, Código de la niñez y la adolescencia en Uruguay, artículo 132 (Entrega de niños y adolescentes): “El que entregue a un niño o adolescente a persona ajena a la familia biológica y quien o quienes lo reciban, deberán comunicarlo al Juez de Familia dentro de las cuarenta y ocho horas. El Juez adoptará en forma urgente las medidas de protección necesarias y solicitará informe psicológico y social respecto a las posibilidades de mantener al niño o adolescente en su familia de origen. En caso afirmativo, dispondrá las medidas de apoyo familiar que se requieran para asegurar la permanencia de este vínculo filial. De lo contrario, deberá proceder conforme se dispone en el artículo siguiente”

¹⁸²² Libro de familia Cataluña Artículo 225-2. Obligación de comunicar la guarda. 1. El guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda.

¹⁸²³ Código foral de Aragón, artículo 157: “El guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal”.

que se refiere el artículo 8¹⁸²⁴, o incluso, en épocas anteriores, así en la Novísima Recopilación de Castilla¹⁸²⁵ ya se daba orden a los administradores de la Casas de expósitos para que controlasen la entrega de los menores a personas con las seguridades y formalidades necesarias, y que pudiesen mantenerlos y darles un oficio.

4. DERECHOS COMO USUARIO DEL SERVICIO DE ACOGIMIENTO FAMILAR

Desde el momento en que se produce la adjudicación del servicio y se formaliza la misma a través de la firma del compromiso de acogimiento, el menor adquiere la situación jurídica de usuario de dicho servicio lo cual implica el nacimiento de aquellos derechos inherentes al mismo, derechos que son correlativos a las obligaciones de la entidad pública, de los acogedores, y también, en determinados aspectos, a los progenitores o tutores, porque todos ellos están implicados en el servicio público de acogimiento, son partes del mismo¹⁸²⁶; la formalización del acogimiento exige a las partes, principalmente a la entidad y a los acogedores, la disposición de los medios materiales y el desarrollo de las actividades específicas que sean necesarias para cumplir con la finalidad señalada para ese acogimiento familiar concreto¹⁸²⁷.

¹⁸²⁴ El incumplimiento de este mandato estaba sancionado con multa.

¹⁸²⁵ Ley III, Título XXXVII, Libro VII de la Novísima Recopilación de Castilla, (Real Orden de Carlos III de 2 de junio de 1788), Cuidado de los Rectores de las casas de expósitos en la educación de estos, para que sean vasallos útiles, manda que “Los Rectores o Administradores de las casas de niños expósitos del Reyno pongan el mayor cuidado en saber quien saca de ellas las criaturas, cuidando con particular atención, que á los niños se les dé la debida educación y enseñanza, para que sean vasallos útiles, y que no se entreguen, sino es con las seguridades y formalidades necesarias, á personas que los mantengan, y enseñen oficios y destinos conveniente a ellos mismos y al Público (...)

¹⁸²⁶ MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, señala que “según se desprende del artículo 173.2 del CC, hay que incluir dentro del término *partes* a todos los sujetos a quienes se les haya requerido el consentimiento, esto es la entidad pública, los acogedores, los progenitores o tutor del menor, y el propio menor”, pág. 185.

¹⁸²⁷ ARROYO JIMÉNEZ, L., “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *InDret* 1/2015, “la decisión administrativa conlleva la adjudicación de un derecho público subjetivo y, en esa medida, tiene un efecto constitutivo de esa posición jurídica en la esfera del beneficiario”, pág. 31.

Esta pluralidad de obligados respecto al menor acogido obliga a un estudio diferenciado de los derechos del menor frente a los acogedores, frente a la entidad pública titular de la guarda e, incluso, frente a sus progenitores o tutores aun siendo conscientes, dada la complejidad de este servicio, que en determinadas situaciones es difícil deslindar de una manera clara y contundente las obligaciones de cada uno.

El Código Civil establece los instrumentos necesarios para determinar los derechos que le asisten al menor cuando su situación ha desembocado en una resolución administrativa en el marco del artículo 172¹⁸²⁸, o utilizando la terminología de las legislaciones autonómicas de servicios sociales, el Código civil nos ofrece la cartera de prestaciones a las que el menor va a tener derecho cuando se ha decretado como medida de protección específica el acogimiento familiar. El artículo 173 del Código civil establece el contenido técnico del servicio, que no es sino un servicio relacional que se realiza sobre todo, (aunque no únicamente) a través de relaciones interpersonales entre los agentes de la prestación del servicio y el menor¹⁸²⁹.

Con independencia de las obligaciones establecidas en el Código civil, que se imponen a todas las Comunidades de régimen civil común, las legislaciones autonómicas sectoriales han complementado, en mayor o menor medida, los derechos que asisten al menor bajo acogimiento familiar, tanto desde la regulación de las obligaciones de la entidad pública como la de los acogedores respecto al menor acogido provocando, como es regla general en la protección de menores, una desigualdad legal y material de los menores en función de su lugar de residencia.

Esta situación ha querido ser paliada por el actual Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸³⁰ que, en un intento de reunificación de la protección de los menores, aborda una regulación

¹⁸²⁸ Que se corresponderá con lo dispuesto en el artículo 172, 172 bis y 172 ter del Código civil, según el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸²⁹ FANTOVA AZCOAGA, F., "Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, pág. 50.

¹⁸³⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

de los derechos y deberes del menor acogido, de la entidad pública y de los acogedores más pormenorizada a través de la incorporación a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de dos artículos, el 20 bis y 21 bis, que en el caso de prosperar el Proyecto van a tener un escaso impacto, dado que estos artículos tiene la condición de Ley ordinaria, por lo tanto supletoria de la legislación de las Comunidades Autónomas y con virtualidad solo en aquellos derechos y obligaciones que no hayan sido regulados por las Comunidades Autónomas. Pero en cualquier caso nos interesa su contenido porque es, en realidad, una recapitulación de lo ya establecido en las normas autonómicas, y nos proporciona una visión global de los derechos que le asisten al menor como usuario del servicio de acogimiento, así el nuevo artículo 21 bis, bajo el epígrafe de “Derechos de los menores acogidos”, establece que:

“1. El menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a:

a) Ser oído en los términos del artículo 9 y, en su caso, ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo de acuerdo con la normativa aplicable, y en función de su edad y madurez. Para ello tiene derecho a ser informado y notificado de todas las resoluciones de formalización y cese del acogimiento.

b) Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo.

c) Dirigirse directamente a la Entidad Pública y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento.

d) Relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública.

e) Conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas.

f) Recibir con la suficiente anticipación la información, los servicios y los apoyos generales que sean necesarios para hacer efectivos los derechos de los menores con discapacidad.

2. En los supuestos de acogimiento familiar, tiene, además, los siguientes derechos:

a) Participar plenamente en la vida familiar del acogedor.

b) Mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y siempre que lo consintieren el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, la familia de acogida y la de origen.

c) Solicitar información o pedir, por sí mismo si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar”.

4.1. DERECHOS DEL MENOR ACOGIDO ANTE LA ENTIDAD PÚBLICA

Es indudable que el menor protegido tiene, en virtud de su situación jurídica, derecho a prestaciones técnicas propias del servicio público de acogimiento familiar; en primer lugar, es titular de los derechos subjetivos que le confiere su posición de interesado en el procedimiento de diagnóstico y evaluación de su situación de desamparo o de desprotección, con la consiguiente resolución determinando, en su caso, su situación jurídica de menor acogido y de los recursos que puedan aplicarse a la misma que, en nuestro caso, será la prestación de acogimiento familiar.

En la fase posterior, y teniendo en cuenta las disposiciones del Código civil y el estudio de las normativas autonómicas sectoriales, podemos señalar que el menor, una vez decretado su acogimiento familiar y como prestación previa, tendrá un interés legítimo en que la entidad pública realice las gestiones necesarias para proporcionarle un acogedor idóneo¹⁸³¹. Simultáneamente, el menor tiene derecho a

¹⁸³¹ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 9. “Derechos de los menores:

1. Los menores susceptibles de acogimiento familiar tendrán derecho a que la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura realice las gestiones necesarias para proporcionarles, en el menor tiempo posible, la convivencia con una familia adecuada, favoreciendo su acogimiento y procurando que se encuentren en su entorno, preferentemente en el seno de su familia extensa, salvo que ello resulte contrario a los intereses de los propios menores”.

que la entidad pública ejecute las medidas de acuerdo con el Plan del Caso, o plan de atención “entendida como la prescripción que el personal facultativos realizará a partir de diagnóstico”¹⁸³².

Como usuario de un servicio público el menor tiene derecho a que la gestión administrativa de esta actividad, de indudable complejidad por el número de recursos humanos y técnicos involucrados y los distintos niveles de intervención, familia de acogida, menor, familia de origen¹⁸³³, se desarrollen de acuerdo con el principio de coordinación y eficacia¹⁸³⁴ de todos los servicios técnicos especializados correspondientes, así como de los servicios públicos necesarios¹⁸³⁵.

Por otro lado, al menor bajo medida de acogimiento le corresponde el derecho a que la entidad pública realice la actividad necesaria de control, seguimiento y evaluación de la ejecución de la medida así como la revisión del Plan del Caso^{1836, 1837} de su situación dado que la protección del menor es un proceso

¹⁸³² FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, pág. 59.

¹⁸³³ PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*, Observatorio de la Infancia de Andalucía, Junta de Andalucía, Granada, 2014, en la intervención en el “acogimiento familiar, (...) los focos tienen que multiplicarse, pues las realidades a iluminar y sobre las que intervenir son más numerosas (familia del menor, familia acogedora, relaciones entre la una y la otra) y frecuentemente más complejas (...). Además, el horizonte temporal está cargado de mayor incertidumbre respecto a la evolución del caso, a la duración de las relaciones, a lo que espera tras la finalización del acogimiento o tras la mayoría de edad, etc. Todo ello explica que, en efecto, el acogimiento familiar sea una medida de protección caracterizada por una especial complejidad”, págs. 14-15.

¹⁸³⁴ *Vid.* Resolución del Defensor del Menor de Andalucía formulada en la queja 11/5606 de 14 agosto de 2012 dirigida a Consejería de Salud y Bienestar Social, Delegación Territorial de Sevilla. Relativa a: Coordinación entre entidad colaboradora de integración familiar, familia acogedora y equipo tutelar en el proceso de acople del menor con su nueva familia.

¹⁸³⁵ FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, pág. 60

¹⁸³⁶ Ley 14/2002, de 25 julio 2002. Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 71. Seguimiento de la ejecución y revisión del Plan de Caso.

Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 9. 3, en relación con los derechos de los menores: “Plan de intervención individualizado y seguimiento del proceso de acogimiento”.

¹⁸³⁷ Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de Castilla y León, el artículo 52 1, en relación con el seguimiento del acogimiento, dispone:

“Mediante el seguimiento se procurará constatar la evolución del menor en todos los aspectos de su atención, integración y desarrollo, y particularmente en relación con su progreso físico, su

dinámico, tanto en lo que respecta a él como a su familia¹⁸³⁸, por lo que debe darse la respuesta idónea en cada momento¹⁸³⁹.

4.1.1. El derecho del menor al plan de retorno familiar

Una vez formalizado el acogimiento familiar debe plantearse una cuestión fundamental, ¿tiene el menor como usuario del servicio un derecho subjetivo perfecto a que la entidad pública establezca un plan de retorno a su familia de origen?¹⁸⁴⁰

Aquí no se trata de analizar el derecho del menor a ser retornado a su familia de origen cuando las circunstancias que condujeron al acogimiento familiar han desaparecido o al menos se han aminorado, lo que se plantea es si forma parte del

proceso educativo y de aprendizaje, las relaciones con los acogedores, las relaciones con la familia de origen, la integración social y el desarrollo emocional, detectando los problemas o dificultades que puedan existir en cada área, determinando los progresos experimentados desde la anterior evaluación y planificando los objetivos a conseguir a corto y medio plazo”.

FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, “si bien desde el punto de vista metodológico, entendemos que el diagnóstico, el seguimiento y la evaluación serían la misma actividad, para la persona usuaria el seguimiento y evaluación se configuran como una prestación diferente de la de diagnóstico. Nos referimos a la actividad que, de forma paralela a la ejecución de plan de atención, va procesando información y permitiendo emitir juicios al respecto”, pág. 59.

¹⁸³⁸ Aunque referida a la privación de la patria potestad analiza el carácter estático o dinámico de la valoración de las circunstancias que dan lugar al desamparo, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 315/2014 de 6 junio de 2014, Fundamento de Derecho segundo: “La sentencia (recurrida) no deja de ser una expresión meramente formal de una doctrina contradictoria sobre el carácter estático o dinámico de la medida de privación de la patria potestad, simplificando el problema sobre cómo y cuándo concurrir una causa de privación de la patria potestad, conforme al artículo 170 del CC, y sin atender de una forma específica e individualizada al interés superior y preferente de un menor que se encontraba incurso en una situación de verdadero riesgo, abandono y desprotección, tanto material como moral, en el corto espacio de tiempo que convivió con sus padres, desde que su nacimiento (...), en que tuvo que intervenir la Administración alertada por los servicios médicos debido a los graves y distintos traumatismos sufridos por causa imputable a sus progenitores. Además lo hace sin descalificar jurídicamente los elementos fácticos tenidos en cuenta por el juzgador de instancia (“visión estática”).”

¹⁸³⁹ PADIAL ALBÁS, A., “Los retos del acogimiento en el sistema de protección catalán”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, PADIAL ALBÁS, A. M., (coord.), Ediciones Universitat de Lleida, Lleida, 2012, “en interés del niño, niña adolescente protegido, el acogimiento, al igual que cualquier otra medida de protección puede ser objeto de revisión, modificación, incluso extinción, ya que la continuidad de la medida adoptada en un principio dependerá de la evolución del menor”, pág. 74.

¹⁸⁴⁰ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “Acogimiento familiar versus paternidad: el derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2000, págs. 1489-1497.

decálogo de derechos subjetivos que le corresponden como usuario del servicio de acogimiento, la existencia de un “plan de retorno” elaborado y aprobado por la entidad pública para la situación concreta del menor acogido y su familia.

Es indudable y no cuestionable el derecho del menor a retornar¹⁸⁴¹ con su familia de origen cuando se den las condiciones precisas, es coherente con el contenido del derecho y el deber de los padres a vivir con el menor y al respeto a la vida familiar establecido entre otros el artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁸⁴² y con el artículo 9.2 de la Convención de Derechos del Niño¹⁸⁴³; tal y como mantiene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸⁴⁴ la posibilidad de retorno forma parte del contenido del derecho al respeto a la vida familiar establecido en el artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; la “desintegración de una familia”¹⁸⁴⁵, por una decisión de los poderes públicos es una “medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del

¹⁸⁴¹ Coincido con MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 15, pío de pág. 1, cuando se decanta por la palabra retorno y no por “reinserción” que es la utilizada en el artículo 172.4 del Código civil, sin embargo el término persiste en la nueva redacción del artículo 173 bis dada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸⁴² Artículo 8.1 del Convenio de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹⁸⁴³ Convención de Derechos del Niño Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 20 de diciembre de 1990, considera fundamental que los menores vivan con su familia de origen “como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros”; y en su artículo 9.1 establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

¹⁸⁴⁴ En relación con el artículo 8 de la Convención en asuntos españoles, *vid.* Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, 18 de junio de 2013; K.A.B. c. ESPAÑA, nº 59819/08, 10 de abril de 2012; Saleck Bardi c. ESPAÑA, nº 66167/09, 24 de mayo de 2011; P.V. c. ESPAÑA, nº 35159/09, 30 de noviembre de 2010.

¹⁸⁴⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, de 18 de junio de 2013, punto 71.

niño y tener bastante peso y solidez (...)”¹⁸⁴⁶, y esa decisión de la entidad pública de asumir la guarda de un menor debe ser considerada, en principio, como una medida provisional, temporal, “que se suspenderá en cuanto las circunstancias lo aconsejen, y todo acto de ejecución debe concordar con un objetivo último: reunir de nuevo al padre por lazos de sangre y al hijo”¹⁸⁴⁷.

Y con esta consideración se recoge en la nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 dada por el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁴⁸, como uno de los criterios generales del interés superior del menor la posibilidad de retorno a la familia de origen, dando a esta posibilidad el rango de Ley orgánica: “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. 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”¹⁸⁴⁹.

Y así parece recogerse en el artículo 172.4 del Código civil¹⁸⁵⁰, que establece que con las medidas de acogimiento familiar “se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su inserción en la propia familia y, en consonancia con esa disposición, las normativas de protección autonómicas, de una manera u otra, recogen esta cuestión aunque de su redacción parece deducirse que se genera un interés legítimo del menor a que esto sea así, y no un auténtico derecho subjetivo.

¹⁸⁴⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, de 18 de junio de 2013, punto 71.

¹⁸⁴⁷ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, 18 de junio de 2013, punto 71.

¹⁸⁴⁸ Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸⁴⁹ Artículo 2 c) de la Ley Orgánica 1/1996 según el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸⁵⁰ En la nueva redacción del artículo 172 ter 2, dada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, se mantiene prácticamente la misma redacción: “Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia”.

La duda surge, por ejemplo, de la conexión entre el citado artículo 172.4 y el planteamiento realizado en el artículo 173 bis, 2º del Código civil, regulando el “acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. (...)”¹⁸⁵¹, denominando permanente a un recurso que por definición es temporal y si las circunstancias aconsejan el no retorno del menor al domicilio familiar es obligación de la entidad pública solicitar la constitución de la tutela ordinaria o en su caso propiciar la adopción de menor¹⁸⁵², o incluso la emancipación si se cumplen los requisitos de edad y capacidad económica.

O la redacción del nuevo artículo 19 bis de la Ley Orgánica 21/1996 dada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁵³, que en su punto 3 señala como no podía ser de otro modo, que “Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor”. Pero añade que en el acogimiento familiar, “deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo

¹⁸⁵¹ Esta denominación sigue estando reflejada en la nueva redacción del artículo 173 bis, c) dada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015: “Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor”

¹⁸⁵² NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pág. 312.

¹⁸⁵³ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”¹⁸⁵⁴.

También ofrece dudas, la sentencia del Tribunal Supremo 315/2014 de 6 junio de 2014, que parece justificar el no retorno del menor porque la familia de acogida le proporciona mayores cotas de bienestar¹⁸⁵⁵ cuando establece que “en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, 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, es necesario atender, entre otras circunstancias, al 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”¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵⁴ Artículo 19 bis, 3 de la Ley Orgánica 21/1996 según Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸⁵⁵ Coincido con CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2000, págs. 1489-1497, pág. 1491, considera peligroso el no realizar el retorno del menor a sus padres biológicos porque el menor se encuentra integrado de en el entorno de los acogedores, y su separación puede constituir un trauma.

¹⁸⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 315/2014 de 6 junio de 2014, Fundamento de Derecho segundo.

En ese mismo sentido, Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 7/2000, de 14 de abril 2000, considera legítima la petición de la madre de revocación del expediente de adopción pero deniega el retorno de la menor porque se encuentra plenamente integrada en el seno de la familia de acogida, Fundamento de Derecho cuarto: “si bien merece a la Sala el mayor respeto la actuación de la madre biológica, así como el esfuerzo que ha llevado a cabo para insertarse en una situación personal y socio-laboral en relación a la cual nadie duda que sería también del todo digna y apta para el correcto desarrollo de la menor, lo mismo se ha de decir de sus padres adoptivos. Y, en estas delicadas disyuntivas decisorias, sobre todo vista la cognición limitada inherente a la casación, este Tribunal no puede sino corroborar la sentencia recurrida, que es ejemplar jurídicamente y que, al igual que la de primera instancia, pone todo el énfasis en el bien de la menor, desde el convencimiento que, considerando su edad (cinco años en la actualidad), un cambio de ámbito familiar tan repentino podría generarle daños psicológicos de intensidad, visto su arraigo en un cosmos familiar (el de la familia adoptante, el único conocido por ella desde que tenía un mes de edad) en el que se ha demostrado que se encuentra feliz, integrada del todo, segura y con perspectivas de un óptimo crecimiento y maduración global. Y todo ello no puede ser puesto en riesgo si se tiene en mente, como ha de ser, la siempre prevalente perspectiva de la menor, prioridad ya recogida legalmente en textos de tan alta significación como la Constitución Española (art.39), y los Convenios Internacionales de Nueva York y Convención de las Naciones Unidas de 1989”.

Es indudable que, en cualquier caso, el análisis de esta cuestión debe ponerse en íntima relación con el interés superior del menor, tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse nuestra jurisprudencia, así, la sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, en la ponderación del interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica, sienta la siguiente doctrina: “El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas (...) y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (...), y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre. Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»). Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción

familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»)¹⁸⁵⁷.

En cualquier caso, de acuerdo con las anteriores consideraciones queda establecido que el derecho al retorno le corresponde al menor en función de su interés y no al derecho de los progenitores de volver a convivir con él¹⁸⁵⁸, y que la decisión de la entidad pública de asumir la guarda de un menor debe ser considerada, en principio, como una medida provisional, temporal, “que se suspenderá en cuanto las circunstancias lo aconsejen, y todo acto de ejecución debe concordar con un objetivo último: reunir de nuevo al padre por lazos de sangre y al hijo”¹⁸⁵⁹.

Pero la cuestión planteada sigue siendo la misma, ya que para que se produzca la hipotética vuelta del menor a su familia de origen se deben haber corregido aquellas deficiencias del ejercicio de la patria potestad que dieron lugar a la desprotección, y eso no se resuelve por el mero transcurso del tiempo, es

¹⁸⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio, en su Fundamento de Derecho sexto. Ponderación del interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica.

¹⁸⁵⁸ Aunque referido a las relaciones de uno de los progenitores con el hijo, la argumentación legal es aplicable a los menores acogidos y su relación con la familia de origen, sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, RAW et AUTRES c. FRANCE, nº 10131/11, 7 de marzo 2013, epígrafe 79: “*S’agissant de l’obligation pour l’Etat d’arrêter des mesures positives, l’article 8 implique non seulement le droit d’un parent à des mesures propres à le réunir à son enfant (ibidem) mais aussi le droit de l’enfant à des mesures propres à le réunir à son parent (...)*”.

Y en el epígrafe 80: “*Cette obligation des autorités nationales n’est toutefois pas absolue, car il arrive que la réunion d’un parent à ses enfants vivant depuis un certain temps avec l’autre parent ne puisse avoir lieu immédiatement et requière des préparatifs. La nature et l’étendue de ceux-ci dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l’ensemble des personnes concernées en constituent toujours un facteur important. Les autorités nationales doivent s’évertuer à faciliter pareille collaboration. Une obligation pour elles de recourir à la coercition en la matière ne saurait être que limitée: il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés de ces mêmes personnes, et notamment des intérêts supérieurs de l’enfant et des droits que lui reconnaît l’article 8 de la Convention. Dans l’hypothèse où des contacts avec les parents risquent de menacer ces intérêts ou de porter atteinte à ces droits, il revient aux autorités nationales de veiller à un juste équilibre (...). Il y a lieu de plus de garder à l’esprit dans ce contexte que l’intérêt supérieur de l’enfant s’oppose en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à son encontre (...). Il peut en outre parfois commander que l’enfant ne soit pas séparé du parent avec lequel il se trouve ou qu’il ne soit pas retourné au parent qui le réclame (...)*”.

¹⁸⁵⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, 18 de junio de 2013, epígrafe 71.

necesaria una actuación positiva de la entidad pública en la familia de origen y con el menor para restablecer las condiciones necesarias para su retorno¹⁸⁶⁰.

En cualquier caso, la familia de origen necesita ser reorganizada materialmente, se ha roto la convivencia por un comportamiento parental lesivo para el menor y son los progenitores los que deben intentar superar sus deficiencias¹⁸⁶¹ para poder hacer efectivo el retorno del menor, pero para ello es esencial la ayuda de las Administraciones Públicas a la familia mientras el menor está en acogimiento¹⁸⁶², para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su condena a España de por sentencia de 18 de junio de 2013, considera que el hecho de asumir la guarda del menor por deficiencias en el comportamiento parental genera para la entidad pública una obligación positiva de tomar las medidas necesarias con el fin de facilitar el reagrupamiento de la familia, obligación que nace desde el momento en que el menor pasa una situación de protección pública¹⁸⁶³.

De esa actividad positiva o pasiva de la Administración se deducirá el enfoque y finalidad que, en realidad, se atribuye a este servicio público, si se opta

¹⁸⁶⁰ Defensor del Menor de Andalucía, Resolución de 19 de junio de 2013, formulada en la queja 12/3494 relativa a: Recomendamos un profundo análisis crítico de la función protectora ofrecida a dos hermanos durante ocho años, ante la solicitud de la familia de la intervención del Defensor para que se produjera la reintegración familiar ya que manifestaban que las circunstancias que motivaron la intervención protectora sobre los menores habían cambiado considerablemente, resultando por ello procedente su reintegración, pero el Defensor considera que no cabe “una nueva derivación del caso al Equipo de Tratamiento Familiar, puesto que la inviabilidad de la reunificación se fundamenta no sólo en variables de tipo social, sino en déficits de tipo estructural y no modificables en la progenitora, la cual no representa una alternativa para sus hijos”.

¹⁸⁶¹ DE PABLOS RODRÍGUEZ, P., PÉREZ MARTÍN, M., “Trastornos en las funciones parentales, efectos en el desarrollo del psiquismo: un problema transgeneracional”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 31/32, 2001, págs. 173-182, a este respecto mantienen que “Integrando en el marco coercitivo el contexto clínico tratamos de contribuir a la evolución de los sistemas de protección a la infancia y la adolescencia. Dicho marco coercitivo espontáneamente se establece, por el encuentro entre la función de control social de la institución y ansiedad persecutoria que genera en estas familias, en las que se minoriza o se niega el sufrimiento, el conflicto, los efectos destructivos de las situaciones abusivas para todos los miembros de la familia. Trabajamos las medidas tutelares como situaciones excepcionales, y no arbitrarias, previamente hemos establecido el proceso de tratamiento psicoterapéutico en el que reorganizar la capacidad de regulación interna de la estructura de interacciones del grupo familiar”, pág. 176.

¹⁸⁶² Sentencia nº 481/2010 de 30 de abril de 2010 del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso) Cataluña, Fundamento de Derecho séptimo, se condena a la entidad pública porque entre otras irregularidades en la resolución de desamparo, “No parece haber habido intervención administrativa sobre el núcleo parental”, ni plan de retorno, lo que ha impedido la posibilidad de crear vínculos entre los progenitores y el menor.

¹⁸⁶³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, nº 28775/12, 18 de junio de 2013, punto 71.

por un modelo de sustitución de la familia de origen¹⁸⁶⁴, y otorgar al menor otros “padres” o si, en realidad, se concibe el acogimiento familiar como un recurso temporal para restablecer las circunstancias que llevaron a tener que separar al menor de su familia biológica, proporcionado la entidad pública los medios necesarios a ambas partes¹⁸⁶⁵ a fin de intentar, al menos, obtener ese resultado¹⁸⁶⁶.

Como ya hemos podido comprobar en otros ámbitos, las disposiciones que regulan la protección del menor abordan esta cuestión desde formulas lingüísticas abiertas, imprecisas, para permitir a la entidad pública un importante margen de apreciación de la oportunidad para actuar en ese sentido¹⁸⁶⁷, sin una apuesta clara

¹⁸⁶⁴ Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de Castilla y León, en su artículo 4 en relación con la finalidad general del acogimiento familiar: “El acogimiento familiar, en tanto forma de ejercer la guarda como medida de protección, tiene por finalidad general proporcionar al menor, para quien se haya acordado la separación de su familia en razón de la situación de riesgo o desamparo en que se encuentre, una atención sustitutiva o complementaria en un contexto familiar o de convivencia adecuado, atribuyéndose al efecto su guarda a persona o personas determinadas”.

¹⁸⁶⁵ ABELA, A., BERLIOZ, G., “Apoyo a la parentalidad de los niños en riesgo de exclusión”, *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, DALY, M. (ed.), Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012, “No basta con manifestar compasión por los niños en riesgo de exclusión social, también debemos ocuparnos de sus padres y trabajar con ellos para ayudarles a responsabilizarse”, pág. 103.

¹⁸⁶⁶ MANCIAUX, M., “La résilience: un regard qui fait vivre”, *Études*, 2001/10, t. 395, págs. 321-330, entre esos códigos conducta se van incorporando los de empoderamiento y resiliencia, su interés en este contexto es justificado, ya que supone que ante el reconocimiento de la existencia de problemas, estos deben ser abordados de manera constructiva desde el empoderamiento de las personas directamente implicadas en la situación problemática, reforzando sus propios recursos, porque “*La résilience est la capacité d’une personne ou d’un groupe à se développer bien, à continuer à se projeter dans l’avenir, en présence d’évènements déstabilisants, de conditions de vie difficiles, de traumatismes parfois sévères*”, pág. 321

¹⁸⁶⁷ Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, del País Vasco, en su artículo 61.3 sobre el ejercicio de la guarda a través de acogimiento familiar señala que: “Durante el ejercicio de la tutela la administración pública competente podrá promover: “Junto con la medida de acogimiento que se establezca, podrá aplicarse un programa de intervención familiar a la familia de origen, con el fin de mejorar las condiciones de convivencia en el hogar en aras de la posible reintegración del niño, niña o adolescente en su hogar familiar, en los términos referidos en el artículo 55”.

La Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, cuando determina los criterios de actuación las situaciones de desprotección establece en su artículo 44. c): “Cuando sea precisa la separación del menor de la familia se dispondrán recursos alternativos, considerando su retorno con la familia en cuanto las circunstancias lo permitan. Si la separación es definitiva, se gestionará su incorporación, en el más breve plazo, a otro núcleo familiar lo más adecuado a sus necesidades y características, así como lo más estable posible, procurando entonces, siempre que no resulte perjudicial para ellos, que los hermanos permanezcan juntos, que puedan mantenerse contactos con el grupo de origen y con otras personas significativas. En ambos casos se garantizará al menor una calidad de vida y una educación mejores de las que tendría en su propia familia”.

por la exigencia de un plan de retorno ni de las actuaciones concretas que deben ser llevadas a cabo¹⁸⁶⁸.

Las normas jurídicas de protección¹⁸⁶⁹ deberían establecer de una manera nítida, como derecho subjetivo del menor acogido, no solo la elaboración por parte

Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, cuando determina los derechos especiales de los menores protegidos señala en su artículo 45, f) que tendrán derecho: “A un plan de integración definitiva, segura y estable y al acceso prioritario a los recursos públicos para, sobre la base de aquél, cubrir adecuadamente sus necesidades físicas, emocionales, cognitivas, educativas y sociales”. Y en el 45, h): “A permanecer en su familia siempre que sea posible y, caso de haber sido separado de ella, a que se considere su retorno a aquélla en cuanto las circunstancias lo permitan y, si ello no fuera viable, a incorporarse cuanto antes a otro núcleo familiar, así como a mantener contactos con el grupo de origen y con otras personas significativas para él, siempre que ello no interfiera o perjudique la finalidad protectora”.

Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, artículo 76. 1, respecto a los criterios generales para la aplicación de las medidas y actuaciones de protección: “Se entenderán prioritarias las medidas y actuaciones de apoyo a la familia dirigidas a promover el bienestar y el desarrollo del menor en su medio familiar de origen, preservar la integración familiar y evitar la separación o, si ésta se produjo, procurar la reunificación una vez se hayan superado, compensado o aminorado suficientemente las circunstancias que la determinaron”.

La Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, en su regulación de las medidas de apoyo a la familia, en su artículo 77:

“1. El apoyo a la familia, orientado esencialmente a evitar la separación y a procurar el retorno si la misma se hubiese producido, tiene como objetivo proporcionar a ésta las ayudas económicas, materiales, de apoyo social, educativas y terapéuticas, que, activadas en grado y por tiempo razonables, permitan la mejora del medio familiar y la atención de las necesidades del menor en condiciones mínimas adecuadas.

2. El apoyo se llevará a cabo mediante la intervención técnica de los servicios básicos y especializados dependientes de las Entidades Locales, así como de los especiales de la Administración de la Comunidad Autónoma o que puedan ser dispuestos por la misma, y podrá integrar, como principales o complementarias, una o varias de las medidas y actuaciones enumeradas en el artículo siguiente”.

Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, exige la cooperación de la familia beneficiaria, así en su artículo 79:

“1. La familia que resulte beneficiaria de las medidas y actuaciones de apoyo vendrá obligada a cooperar en la consecución de los objetivos fijados para la intervención.

2. La ausencia de una cooperación mínima por parte de la familia beneficiaria o la obstaculización al desarrollo de las medidas y actuaciones podrán fundamentar el cese de las mismas y la consideración sobre la posible adopción de otras, incluida la declaración de desamparo”.

¹⁸⁶⁸ Por ejemplo, la Ley catalana de Servicios sociales no lo contempla, aunque sí señala el plan para los menores institucionalizados, DE PALMA DEL TESO, A., “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, *Marco jurídico de los Servicios Sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pág. 264.

¹⁸⁶⁹ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 9.3, f) “Derechos de los menores: A recibir apoyo en las diversas fases de preparación, acoplamiento y adaptación a la nueva situación que conlleva la medida de acogimiento familiar, así como en su caso, ante una posible reunificación familiar, o bien el paso a otra medida de protección”.

Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de Castilla y León, artículo 7.3, en relación con las facultades, deberes y derechos de los padres o tutor del menor:

de la entidad pública de un plan de retorno, sino de la prestación de los servicios sociales acordes con las medidas de intervención que sean necesarias para él y su familia, a fin de preparar al menor y a la familia de origen a una nueva convivencia, cuando el interés del menor aconseje su retorno, actuación que deberá canalizarse a través de la coordinación de los servicios sociales especializados con la necesaria la colaboración de los servicios de base¹⁸⁷⁰, ¹⁸⁷¹.

Así se refleja en el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁷² en el nuevo artículo 19 bis, 1: “Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individual de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar”, estableciendo en el artículo 19 bis, 2 que: “Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados”.

“Los padres o tutor del menor acogido tendrán los siguientes derechos específicos, cuyo ejercicio sólo podrá ser suspendido cuando sea contrario al interés del menor, resulte perjudicial para su desarrollo o integración, u obstaculice la acción protectora:

a) A mantener con su hijo o pupilo las relaciones que contemple el régimen de visitas acordado para el caso, en la forma y con la periodicidad que expresamente se establezcan.

b) A participar en la planificación y desarrollo del acogimiento, siempre que lo permita la naturaleza y finalidad de la acción protectora.

c) A recibir los apoyos generales dispuestos para promover su aceptación de la separación y del acogimiento.

d) A recibir los servicios y apoyos específicos que el Plan de Caso haya previsto en los supuestos de separación provisional para permitir y favorecer el retorno del menor”.

¹⁸⁷⁰ RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012, “cada entidad pública, ha de garantizar —asignando agentes y recursos— la asunción de esta tarea fundamental centrada en la preparación de la familia de origen para colaborar para la buena marcha del acogimiento”, pág. 19.

¹⁸⁷¹ SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe sobre los derechos del niño*, Síndic de Greuges de Catalunya, Diciembre 2013, “para poder decidir de acuerdo con el interés superior del niño en cuanto al retorno, la Administración debe garantizar mecanismos de apoyo y supervisión técnicos, económicos, próximos y accesibles en la preparación para el retorno y en la etapa de inicio de la reanudada convivencia. Asimismo, se debe garantizar que en el núcleo familiar al que vuelve exista el deseo y la motivación para el retorno del niño o el adolescente, y la capacidad para cubrir sus necesidades materiales y afectivas y para preservarlo de cualquier tipo de negligencia o maltrato”, pág.35.

¹⁸⁷² Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

Ahora bien, es cierto que esa obligación de la entidad pública se agota en la redacción del plan¹⁸⁷³, la comunicación del mismo a los progenitores y la puesta a disposición de estos los medios materiales, económicos o personales necesarios para llevar a cabo la reorganización familiar, pero no puede imponerles dicha intervención, la eficacia de estas medidas dependen de los medios ofertados por la entidad pública y del compromiso de los progenitores, e incluso del menor acogido, de aceptarlos y adecuar su comportamiento a lo que se exige en el plan; actualmente, este modelo de intervención social se basan en un proceso participativo de los destinatarios¹⁸⁷⁴, de tal suerte que los planes de retorno, al igual que otros planes de atención, se diseñan como un contrato, lo que ha supuesto que tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el de otros países se esté produciendo la contractualización de determinados servicios sociales^{1875, 1876}.

La no aceptación por parte de padres o tutores del plan de intervención, conllevará la declaración de desamparo del menor, en el supuesto de que no

¹⁸⁷³ ZATTI, K. B., "Le placement d'enfants en Suisse. Analyse, développement de la qualité et professionnalisation", *Rapport d'expert sur mandat de l'Office fédéral de la justice*, juin 2005, "Les parents nourriciers sont reconnus comme prestataires d'un service public. Les lois règlent également les procédures de planification de l'aide. Les services auxquels est confié le placement d'enfants doivent établir un programme d'aide par écrit", pág 22.

¹⁸⁷⁴ FANTOVA AZCOAGA, F., "Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, pág. 59.

¹⁸⁷⁵ CAPELIER, F., "Enjeux et particularités de la contractualisation en protection de l'enfance : l'exemple du projet pour l'enfant", *Sociétés et jeunesses en difficulté*, nº13- Printemps 2012, con la aprobación en Francia de la Ley de 5 de marzo de 2007 de reforma de la protección de la infancia se instaura el "proyecto para el menor", este documento se enmarca en un movimiento más extenso de contractualización de la acción social, que tiene como objetivos principales garantizar una individualización en la toma de responsabilidades y la participación de los usuarios en las medidas que les conciernan. En este marco, el proyecto para el menor ha de permitir un seguimiento individualizado del menor, garantizando al mismo tiempo la participación de los padres en la toma de responsabilidad siempre que sea posible. El establecimiento de la contractualización, y en especial del proyecto para el menor, origina nuevas problemáticas jurídicas ligadas al sentido y contenido de estos documentos".

¹⁸⁷⁶ TORRENTS MARGALEF, J., "El marco jurídico de la activación de los demandantes de desempleo", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2006, 24, núm. 2, págs. 21-36, "Al tener que manifestar su voluntad previa a comprometerse a cumplir unas obligaciones de determinado comportamiento, se está produciendo un rasgo típico de la contractualización en la actual prestación de la Seguridad Social. Ahora bien, la suscripción de esta especie de contrato debería implicar también para el desempleado una serie de derechos que la ley no contempla; es decir, se trataría de las obligaciones para la contraparte del contrato, que no es otra que los servicios públicos de empleo. Por tanto, aunque no hay un reconocimiento expreso en la norma, el compromiso de actividad debe ir acompañado del derecho de los beneficiarios a que se pongan a su disposición los medios necesarios y adecuados para su efectiva inserción laboral", pág. 34.

estuviese ya bajo esa situación, tal y como señala el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que aunque referida a la situación de riesgo puede ser aplicada por analogía al la situación de menores en guarda, en la nueva redacción del artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996¹⁸⁷⁷, en concreto en el 17. 10 se establece que: “La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor”

4.1.2. El derecho a un régimen de comunicación con su familia

Forma parte de las medidas para facilitar el retorno de menor acogido a su familia de origen que se mantengan las relaciones familiares¹⁸⁷⁸ a través del derecho/deber a mantener el contacto con el menor^{1879, 1880}, porque como establece el Tribunal Supremo en su sentencia 663/2013 “si conforme al artículo 160 del CC los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del artículo

¹⁸⁷⁷ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L., *La frustración de derecho de visitas*, Reus, Madrid, 2014.

¹⁸⁷⁹ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, artículo 9.3 Derechos de los menores: “Una vez formalizada la medida de acogimiento familiar los menores tendrán los siguientes derechos:

a) A mantener contacto con su familia de origen, salvo que exista para el menor un grave riesgo de sufrir perjuicio físico, psíquico o emocional. Sin embargo, se podrá acordarla suspensión del contacto durante la vigencia de la medida, con carácter cautelar, previa audiencia de la familia de origen y de los menores, en su caso, instando de forma inmediata la correspondiente resolución judicial.

¹⁸⁸⁰ Vid., DELAPORTE-CARRÉ, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008, págs. 133 y ss.

172,1 CC”¹⁸⁸¹ siempre que ello no sea contrario a su interés,¹⁸⁸² derecho que no puede ser suspendido o privado por resolución de la entidad pública, ya que de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo 663/2013, “la medida de impedir la relación de (una menor acogida con su progenitora) es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada”¹⁸⁸³.

El régimen de visitas del menor acogido debe contemplarse cuando ello no atente a su interés ya que el acogimiento es compatible con la conservación de los vínculos afectivos entre los miembros de la familia¹⁸⁸⁴ y, en todo caso, este derecho

¹⁸⁸¹ Sentencia Tribunal Supremo 663/2013, de 4 noviembre de 2013, Fundamento de Derecho segundo, continuando el Tribunal “.

¹⁸⁸² Defensor del Menor de Andalucía, Resolución de 19 de junio de 2013, formulada en la queja 12/3494 relativa a: Recomendamos un profundo análisis crítico de la función protectora ofrecida a dos hermanos durante ocho años: “Además dicho acogimiento residencial se producía con un amplio régimen de visitas a la familia de cuyo deficiente cuidado y hábitos de vida se les pretendía proteger. El régimen de visitas establecido incluía pernoctas en el domicilio familiar, logrando con ello un alto grado de integración de los menores con su familia pero con el efecto negativo de imbuirlos de una dinámica familiar que es reiteradamente calificada como desfavorable en los informes obrantes en los expedientes de protección. Destaca que no sea hasta que se produce un incidente con riesgo incluso para la vida de los menores, publicitado en los medios de comunicación, cuando se decide una restricción de dicho régimen de visitas”.

¹⁸⁸³ Sentencia Tribunal Supremo 663/2013, de 4 noviembre de 2013, Fundamento de Derecho segundo, continuando el Tribunal “lo que no ocurre en este caso, en el que no existiendo norma autonómica de cobertura, se otorga esta competencia a la administración competente por extensión y sin fundamento, en vez de declarar su nulidad por no contar, para acordarla, con la debida autorización judicial”. Y previamente razona: “Según el artículo 161 del Código Civil la competencia para suspender el derecho que a los padres corresponde de visitar y relacionarse con un menor acogido es exclusiva competencia de los órganos judiciales, sin que dicho precepto haya sido expresa o tácitamente derogado por ningún otro de igual o superior rango, y sin que prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa.

Y si bien este artículo 161 tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores -STS 11 de febrero 2011-, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa; así los artículos 3, 9 y 18 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaura como principio fundamental el interés superior del niño y obligan a los Estados Partes a respetarlo y tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas garantizando el derecho del niño a relacionarse con ambos padres; así también el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”.

¹⁸⁸⁴ Artículo 13, e) del Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de Castilla y León, el acogimiento es “compatible con la conservación de los vínculos afectivos del menor con su familia siempre que ello no sea contrario a su interés, resulte perjudicial para su desarrollo o integración, u obstaculice la

del menor forma parte de sus derechos de la personalidad¹⁸⁸⁵, siendo su finalidad el mantener la vinculación progenitor/hijo y reforzar los lazos afectivos para poder hacer efectiva la reunificación familiar, aunque, en la práctica, la materialización de esos contactos sea compleja por las circunstancias que acompañan al comportamiento de los progenitores o del propio menor, dados los antecedentes de desestructuración familiar que han conducido a la ruptura de la convivencia, pero incluso pueden estar mediatizadas por la actitud de los acogedores, sin obviar las dificultades de realizarlas en un entorno físico adecuado¹⁸⁸⁶.

El mantenimiento de un régimen de contactos periódicos con los progenitores debe servir, también, para el reforzamiento de las responsabilidades de los progenitores, de las funciones que le competen aun estando suspendidos de la patria potestad¹⁸⁸⁷, y ello porque, en primer lugar, el acogimiento familiar debe estar enfocado a procurar la vuelta del menor a la familia y, en segundo lugar, porque las situaciones más frecuentes es de progenitores que carecen de “habilidades parentales” pero desean que volver a vivir con los hijos¹⁸⁸⁸.

En realidad, el derecho del menor acogido responde a la misma fundamentación que el derecho de los menores a mantener contacto con los progenitores y allegados en los casos de no ejercicio de la patria potestad o en los casos de separación o divorcio. De hecho, el Código civil en su artículo 173. 2, 3º a)

acción protectora, para lo cual se procurará atribuir a las mismas personas o familia la guarda de todos los hermanos, se facilitarán los contactos entre ellos cuando esa atribución conjunta no sea posible, y se favorecerán las relaciones de aquél con la familia de origen en el marco del régimen de visitas que corresponda y, en su caso, con aquellas personas que sean significativas en su vida”.

¹⁸⁸⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Málaga, 188/2013, de 20 de marzo de 2013, el derecho de visitas es un derecho de contenido afectivo, forma parte de derechos de la personalidad, no depende de la situación matrimonial o no de los progenitores, innegociable e imprescriptible, constituye un complejo derecho-deber cuya finalidad es el mantenimiento de los lazos afectivos entre padres e hijos, estando condicionado al interés superior del menor.

¹⁸⁸⁶ BUENO ABAD, J. R., PÉREZ COSÍN J. V., “Acogimiento familiar: estudio de las interacciones ante las visitas familiares”, *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, nº 7, 1999, págs. 135-155, págs. 136-137.

¹⁸⁸⁷ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*, 13 septiembre 2013, además como señala el Consejo Fiscal, que aunque referido al ejercicio de la corresponsabilidad parental, es perfectamente aplicable a la mayoría de los casos de menores acogidos, “el régimen de comunicación y estancia debe servir para canalizar la función que también compete al no custodio, de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, pág. 21.

¹⁸⁸⁸ La cuestión es cómo expresa BASTARD “separados pero ligados”, BASTARD, (dir.) B., *Rester liés*, Les Editions de la MSH, París, 2001, pág. 7.

establece que el acuerdo de acogimiento establecerá la “periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido”, siendo competencia de la entidad pública¹⁸⁸⁹ determinar su frecuencia, condiciones y espacio físico donde realizarlas, pudiendo incluso no señalarlas si el contacto con la familia de origen fuese perjudicial para el interés del menor; en el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁹⁰, que modifica la redacción del artículo 173 que no hace referencia al contenido exigido al convenio de acogimiento, el Proyecto de Ley trata esta cuestión de manera tangencial en el nuevo artículo 172 ter 2¹⁸⁹¹, “(...) 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 comunicación, será revisada, al menos cada seis meses”, complementado con el 172 ter 3: “La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años”.

¹⁸⁸⁹ Fiscalía General del Estado, Circular 8 /2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, en su apartado XV. 5. El derecho de visitas de los padres y familiares de menores declarados en desamparo, señala que:

“1ª Debe reconocerse la competencia de la Entidad Pública de Protección para adoptar las medidas necesarias en beneficio e interés del menor en relación con el derecho de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquélla, y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal. 2ª Habrán de ser los padres o los demás interesados que se crean perjudicados por la decisión administrativa quienes, en su caso, la impugnen ante el juez civil

6ª Un elemental respeto al principio de seguridad jurídica debe llevar a los Sres. Fiscales a vigilar que, desde el primer momento en que la Entidad Pública asume la tutela automática de un menor, se determine con un mínimo de precisión el régimen de visitas de la familia de origen, ya en la resolución de desamparo, ya en resolución administrativa aparte. 7ª Sólo en los casos de irreversibilidad fundamentada de la situación familiar que ha dado origen al desamparo puede y debe ceder el derecho de relación familiar, en la medida en que su ejercicio perjudique otras vías de protección estable que impliquen la desvinculación definitiva”, págs. 53-54.

¹⁸⁹⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸⁹¹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

En la orientación administrativista de la protección del menor bajo guarda administrativa, la determinación del contenido mínimo del convenio de acogimiento familiar ha sido eliminado del Código civil y constituye la nueva redacción del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1996 dada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁹², en concreto el artículo 20, 3, 1º dispone que “A la resolución de formalización del acogimiento familiar (...), se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos: (...) El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor”¹⁸⁹³.

Como mantiene MORENO FLÓREZ, en cualquier caso, sería deseable que el régimen de visitas de los progenitores fuese establecido de manera consensuada entre las partes¹⁸⁹⁴. Por otra parte, la entidad pública estará sometida a lo dispuesto en el Código civil, en sus artículos 160¹⁸⁹⁵ y 161, respecto al derecho de los menores

¹⁸⁹² Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸⁹³ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015

¹⁸⁹⁴ MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, págs. 185 y ss.

¹⁸⁹⁵ Artículo 160 del Código civil:

“Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

La nueva redacción del artículo 160 dada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015:

“1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161.

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

de mantener contacto con sus progenitores, artículos a los que se da un nuevo contenido con el Proyecto de Ley Proyecto Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁹⁶, siendo la modificación más notable la atribución de la competencia sobre la determinación del régimen de visitas de los menores acogidos a la entidad pública, a salvo la acción de oposición a las mismas ante los jueces así el artículo 161 del Código civil quedará redactado de la siguiente manera: “La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo”,

Por otro lado, el derecho del menor no se circunscribe al mantenimiento de las relaciones con los progenitores, cabe ampliarlo a otros parientes o allegados, incluidos los hermanos, que si están igualmente sometidos a guarda se procurara que estén juntos; respecto a la relación con abuelos, allegados y demás parientes el artículo 161 del Código civil establece que “Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”; con la nueva redacción del artículo 161 del código civil dada por el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁹⁷, la entidad pública a la que le compete establecer el régimen de visitas, estancias y sus modificaciones, “La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”

¹⁸⁹⁶ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁸⁹⁷ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal”.

Dado que el régimen de visitas puede ser modificado por circunstancias sobrevenidas, es conveniente que su regulación lo realice la entidad pública en una pieza separada del documento de formalización del acogimiento, a fin de poder introducir las adaptaciones que se consideren oportunas sin que haya que establecer un nuevo convenio o contrato¹⁸⁹⁸, tal y como señalaba ya en su día la Fiscalía General del Estado en su consulta 8/1997¹⁸⁹⁹ y que actualmente va a quedar recogida en el artículo 20. 3, 1º del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁹⁰⁰.

La eficacia de este derecho depende en gran medida de las actuaciones positivas de la entidad pública facilitando a los progenitores la posibilidad de mantener encuentros con sus menores, como recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 2011, SALEK BARDI c. ESPAÑA, que “en los asuntos que afectan a la vida familiar, la ruptura del contacto con un niño pequeño puede conducir a una alteración creciente de su relación con el progenitor (...) A este

¹⁸⁹⁸ MOREO MARROIG, T., “Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio”, *Auditoría Pública*, nº 50 (2010), págs. 75 – 86, “La utilización del convenio para encubrir otras figuras jurídicas que subyacen en el fondo del negocio, unido a la falta de una definición jurídica de convenio y de una regulación pormenorizada de esta figura, hace que exista una variedad de posturas y criterios en esta parcela de la actuación administrativa. La denominación de convenio se utiliza dentro del ámbito general de actuación de la Administración Pública, referida a la coincidencia de dos o más voluntades causando obligación”, pág. 76.

¹⁸⁹⁹ La Fiscalía General del Estado en su consulta 8/1997, de 8 de octubre, III. La especificación del régimen de visitas: “Esa posibilidad -acuerdo respecto al acogimiento pero no respecto a la periodicidad de las visitas- junto con la hipótesis de que vigente ya el acogimiento se haga conveniente una modificación del régimen de visitas pueden hacer aconsejable una práctica que ya llevan a cabo algunas Entidades y que no es repudiable de forma alguna por respetar el mandato del art. 173.2 del Código Civil: hacer figurar la regulación del régimen de visitas en un documento anexo de forma que pueda modificarse posteriormente sin necesidad de renovar todo el escrito de formalización del acogimiento. Obviamente esas modificaciones exigirán nuevamente el consentimiento o acuerdo de todas las partes implicadas. Faltando el consentimiento de los afectados será necesario acudir al órgano judicial competente para llegar a una limitación del *ius visitandi* de los titulares de la patria potestad (arts. 160 y, especialmente, 161 del Código Civil)”.

¹⁹⁰⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, artículo 20. 3, 1º de la Ley Orgánica 1/1996, “A la resolución de formalización del acogimiento familiar (...), se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos: (...) El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor”.

respecto y por lo que se refiere a la obligación para un Estado de adoptar medidas positivas, el Tribunal no ha cesado de señalar que el artículo 8 implica el derecho de un progenitor a medidas adecuadas para reunirse con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas¹⁹⁰¹.

4.1.3. La necesaria complementariedad del servicio de los “Puntos de Encuentro”

En relación a las medidas positivas para hacer efectivo el derecho del menor a mantener la necesaria relación con progenitores, parientes y allegados se encuentra, entre otras, la obligación de la entidad pública de mantener el servicio de los denominados “Puntos de Encuentro”¹⁹⁰²,¹⁹⁰³, que deben estar concebidos como

¹⁹⁰¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos SALECK BARDI c. ESPAÑA, nº 66167/09, 24 de mayo de 2011, punto 57 continua: “(...) No obstante, la obligación para las autoridades nacionales de tomar medidas al respecto no es absoluta, porque puede ocurrir que la reunión de un progenitor con sus hijos no pueda efectuarse inmediatamente y requiera de preparativos. La naturaleza y la extensión de éstos dependen de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación del conjunto de las personas concernidas constituyen siempre un factor importante”.

¹⁹⁰² En las legislaciones autonómicas que regulan este servicio y en la literatura al respecto, tanto doctrinal como oficial (por ejemplo II Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia 2013 - 2016, (II PENIA), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013), se ha llegado a un consenso respecto a su denominación, aunque en Andalucía se denomina “Espacio Facilitador de Relaciones Familiares”.

No así en otros países, por ejemplo en Francia el artículo 375-7 du Code civil: “(...) *Le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt de celui-ci et afin de faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien de ses liens avec ses frères et sœurs (...). ...si l'intérêt de l'enfant l'exige, [le juge peut] décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux, est provisoirement suspendu. Il peut également décider que le droit de visite du ou des parents ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant est confié*”; sin embargo el Décret nº 2012-1312 du 27 novembre 2012 relativo a la fijación por el juez del ejercicio del derecho de visita lo denomina un “*espace de rencontre*” y para los agentes sociales hay diversidad semántica, en este sentido, “*le vocabulaire prolifique attaché à ces interventions témoigne à la fois de la richesse des approches possibles, mais aussi, d'une certaine confusion quant aux finalités de ces visites ou rencontres en présence d'un tiers, accompagnées, médiatisées, protégées, encadrées, surveillées, en lieu neutre*”, BERNARD, M.-F., DOTTORI, S., FERET, M.-A. , OXLEY, J, SOURMAIS, L., *La visite en présence d'un tiers dans le cadre de la protection judiciaire : faire de la visite un acte bienveillant et éducatif*, diciembre 2012, pág. 3, <http://www.cnape.fr/files/news/1150.pdf>

¹⁹⁰³ GENERO-MONSHIPOUR, A., “La fonction des lieux d'accueil pour l'exercice du droit de visite”, *Empan* 2/ 2003, nº 50, págs. 136-139, “*l'objectif du Point Rencontre n'est pas de maintenir un droit de visite à tout prix. Il est de permettre à l'enfant de connaître son histoire, son origine et de se construire avec ses deux parents. Nous avons à écouter sa souffrance, sa colère ou sa haine et à le dégager d'une culpabilité inconsciente. Il est essentiel que l'enfant ne souffre pas trop et que chaque visite garde un sens. Il faut rappeler que le passage par le Point Rencontre n'est qu'une étape devant*

servicios de responsabilidad pública, con independencia de su gestión directa o indirecta¹⁹⁰⁴ por parte de la Administración pública, porque no cabe duda de que si el menor y su familia están obligados a relacionarse en un espacio físico determinado distinto del hogar familiar y con la intervención de terceros porque así lo dispone una resolución de la entidad pública o, en su caso, del juez, los poderes públicos están obligados a prestar el servicio, de esa resolución de la autoridad pública nace para el menor y los progenitores, parientes o allegados con derecho a relacionarse con él, un derecho subjetivo perfecto.

Sin embargo al ser un servicio que está integrado en el Sistema de servicios sociales de las Comunidades Autónomas establecidas son estas las que determinan su carácter de servicio garantizado o no, y por otro lado implica que no existe una regulación unitaria, con diferencias significativas en cuanto a su naturaleza, configuración y prestaciones

No obstante, pueden ser definidos¹⁹⁰⁵ como un servicio especializado que se presta en instalaciones adecuadas y cuya finalidad es permitir que los menores, que

mener à un déroulement normal du droit de visite et d'hébergement chez le parent visiteur sans l'intervention d'un tiers", parágrafo 16.

¹⁹⁰⁴ Vid. Conclusiones del "IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia", "VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales", Valencia, 26, 27 y 28 de octubre de 2009, <https://www.google.es/search?q=Conclusiones+del+%E2%80%99CIV+encuentro+de+magistrados+y+jueces+de+familia+y+asociaciones+de+abogados+de+familia>.

¹⁹⁰⁵ Carta Europea de los Puntos de Encuentro para el mantenimiento de las relaciones entre los hijos y sus padres, 2004, en su punto 1. "La acción de los Puntos de Encuentro Familiar se fundamenta en el reconocimiento del vínculo de filiación y en el interés y derecho del niño de poder establecer y mantener las relaciones necesarias para la construcción de su identidad, en sus dimensiones psicológica, social y jurídica. En cualquier caso la acción de los Puntos de Encuentro está limitada por el interés superior del niño y por su seguridad física, psíquica y moral".

CATALUÑA, Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los servicios técnicos de punto de encuentro, en su Preámbulo señala que el Servicio de punto de encuentro, se configura como un servicio público de titularidad pública "cuyo objetivo es garantizar la protección del interés primordial del/de la niño/a durante el ejercicio de los derechos de relación y comunicación de los hijos e hijas establecido en resolución judicial, preferentemente por separación, divorcio, disolución o nulidad matrimonial, o en los supuestos de ejercicio de la tutela por parte de la Administración pública".

CASTILLA Y LEÓN, Decreto 11/2010, de 4 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento, en su artículo 2. 1. Definición y ubicación de los Puntos de Encuentro Familiar.

GALICIA, Decreto 9/2009, de 15 de enero, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar en Galicia, artículo 2. Definición "1. A los efectos de este decreto se entiende que un punto de encuentro familiar es un servicio que facilita y preserva la relación entre las y los menores y las personas de sus familias en situaciones de crisis, y que permite y garantiza la seguridad y el bienestar de las niñas y de los niños y facilita el cumplimiento del régimen de visitas".

no convivan con los progenitores, puedan mantener relaciones con sus progenitores, parientes o allegados cuando existen una disposición administrativa o judicial que establece restricciones al derecho del menor a relacionarse su familia por ser lo más adecuado a su interés¹⁹⁰⁶, a la vez que coadyuvan al restablecimiento de relaciones positivas entre el menor y la familia de origen, promoviendo el ejercicio autónomo de la responsabilidad parental, y en este sentido es recogido por la normativa autonómica de creación y reglamentación, así Castilla y León los define como “servicios especializados de apoyo a las familias, de responsabilidad pública y de titularidad y gestión tanto pública como privada, en los que se presta atención profesional gratuita para facilitar que los y las menores puedan mantener relaciones con sus familiares durante los procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso. Los Puntos de Encuentro Familiar intervendrán cuando sea el único medio posible para facilitar las relaciones entre la familia y el o la menor y tras haber agotado otras vías de solución, considerando en todo caso la responsabilidad parental de las personas progenitoras respecto de sus hijos o hijas. Su actividad irá dirigida a la eliminación de las circunstancias que motivaron la necesidad de utilización del recurso”.

VALENCIA, Ley 13/2008, de 8 de octubre, de la Generalitat, reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar de la Comunitat Valenciana, en el mismo sentido.

PAÍS VASCO, Decreto 124/2008, de 1 de julio, regulador de los puntos de encuentro familiar por derivación judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su artículo 2. “Definición, naturaleza y finalidad

1.– A los efectos del presente Decreto, se entenderá por Punto de Encuentro Familiar el espacio neutral e idóneo en el que, con el apoyo de un equipo técnico multidisciplinar y con plenas garantías de seguridad y bienestar, se produce el encuentro de los miembros de una familia que se encuentra en situación de crisis o que, sin encontrarse en dicha situación, requiere el servicio con carácter de seguimiento y apoyo socioeducativo, siendo en todo caso determinado su uso por resolución judicial.

2.– Los Puntos de Encuentro Familiar constituyen servicios sociales orientados a garantizar y facilitar, con carácter temporal, las relaciones entre los hijos e hijas, y su padre, madre, familia de ambos, persona que tenga atribuida la tutela o la guarda, u otras personas allegadas, en las situaciones resultantes de los procesos de separación, divorcio”.

ASTURIAS, Decreto 93/2005, de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar.

en el Principado de Asturias.

¹⁹⁰⁶ MORTE BARRACHINA, E., LILA MURILLO, M., “La alternativa al conflicto: Punto de Encuentro Familiar”, *Intervención Psicosocial*, v. 16, nº 3, 2007, págs. 289-302, “El Punto de Encuentro Familiar se desarrolla como una alternativa de intervención temporal, realizada en un lugar idóneo y neutral, donde se produce el encuentro de los miembros de la familia en crisis, atendidos por profesionales debidamente formados, facilitando la relación paterno-filial y garantizando la seguridad y el bienestar del menor y del padre / madre vulnerable”, pág. 294.

En general en las normas de creación y desarrollo de este servicio establecen los principios básicos¹⁹⁰⁷ en los que se asienta la labor de estos centros, siendo p \acute{o} rtico de todos ellos el inter \acute{e} s superior del menor, concretada en la posibilidad de mantener contacto con su familia garantizando su seguridad. Tambi \acute{e} n responden a los principios de subsidiariedad, el mantenimiento de las relaciones familiares a trav \acute{e} s del punto de encuentro solamente se establecen cuando no caben otras v \acute{i} as de soluci \acute{o} n; a los intervenci \acute{o} n socio-familiar y responsabilidad parental, los puntos de encuentro no son ni titulares ni ejercientes de la guarda, su misi \acute{o} n es concreta en el apoyo a los miembros de la familia para que pueda desarrollarse el contacto; al principio de temporalidad, en un doble sentido, su actuaci \acute{o} n se circunscribe al marco temporal y secuenciaci \acute{o} n decretada por la entidad p \acute{u} blica o el juez y a que una de sus finalidades es evitar que se convierta en una intervenci \acute{o} n de car \acute{a} cter permanente a trav \acute{e} s del apoderamiento de los implicados para que puedan mantener contacto sin ser necesario este servicio; profesionalidad de los miembros del equipo t \acute{e} cnico compuesto por un grupo multidisciplinar de profesionales con formaci \acute{o} n espec \acute{i} fica para la intervenci \acute{o} n propia del servicio que se desarrolla en el mismo; tambi \acute{e} n deben responder a los principios de neutralidad con el \acute{u} nico objetivo de garantizar el inter \acute{e} s del menor, sin que la intervenci \acute{o} n de los profesionales este contaminada por sus propias creencias, valores u circunstancias personales , e imparcialidad ya que la actividad desplegada por los profesionales deber \acute{a} n ser objetivas, garantizando en todo momento la igualdad de todos los sujetos involucrados; deber \acute{a} mantenerse la necesaria confidencialidad; y coordinaci \acute{o} n con otros niveles de intervenci \acute{o} n familiar.

As \acute{i} mismo, en la reglamentaci \acute{o} n legal de este servicio se especifica el contenido material de las prestaciones a desarrollar por los Puntos de Encuentro Familiar, la concreci \acute{o} n de los beneficiarios de los servicios prestados, los requisitos de acceso al mismo, los derechos y deberes de las partes, la determinaci \acute{o} n del organigrama del personal que presta sus servicios, as \acute{i} como su cualificaci \acute{o} n

¹⁹⁰⁷ Documento Marco de M \acute{i} nimos Para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, (aprobado por acuerdo de la Comisi \acute{o} n Interauton \acute{o} mica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias el d \acute{i} a 13 de noviembre de 2008), Ministerio de Educaci \acute{o} n, Pol \acute{i} tica social y Deporte, 2008, <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/2009-marco-minimos-asegurar-calidad-pef.pdf>

profesional, la reglamentación de la metodología del trabajo y protocolos de actuación, la regulación de los documentos de control, tales como registro de casos admitidos y archivo de los mismos, registro de entrada y salida de menores y progenitores o persona con autorización de mantener contacto con el menor, las actas de incidencias, los informes que deban ser evacuados a petición de los interesados, etc.¹⁹⁰⁸.

El acceso a este servicio se produce, con carácter general, por derivación de la autoridad judicial competente cuando existan situaciones de alta conflictividad entre los progenitores respecto a la atención de los hijos en caso de no convivencia, violencia o riesgo para el menor o uno de los progenitores, etc.; o por derivación del órgano competente en materia de protección a la infancia, los y las menores separados de sus familiares con medida de protección de acogimiento en familia ajena o extensa y con una regulación establecida de contactos con las personas progenitoras u otros familiares en el Punto de Encuentro Familiar¹⁹⁰⁹.

4.2. DERECHOS DEL MENOR ANTE LOS ACOGEDORES

En cuanto a los derechos del menor frente a los acogedores vienen establecidos en el artículo 173.1 el Código civil, expresados como obligaciones de los acogedores, en concreto, la “obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”¹⁹¹⁰, incluida la obligación de hacerle partícipe de la vida familiar, estableciendo una clara simetría entre las

¹⁹⁰⁸ Resolución del Defensor del Menor de Andalucía de 27 de julio de 2012, formulada en la queja 11/3150 dirigida a Consejería de Justicia e Interior, Dirección General de Violencia de Género y Asistencia a las Víctimas. Relativa a: Necesidad de normativa que regule el servicio de punto de encuentro familiar.

¹⁹⁰⁹ Decreto 11/2010 de 4 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento, artículo 6.

¹⁹¹⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en el nuevo artículo 20 bis de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, modifica la redacción de dicho artículo exigiendo que las obligaciones hacia el menor se realicen “en un entorno afectivo”.

funciones inherentes al contenido personal de la patria potestad recogidas en el artículo 154, así como en el artículo 269.1 relativo a las funciones del tutor¹⁹¹¹.

Pero los derechos del menor ante los acogedores no se agotan en lo dispuesto en el artículo 173.1, como ha quedado dicho, las legislaciones sectoriales de las Comunidades Autónomas han ampliado el marco de derechos, y en este sentido nos valemos de nuevo del artículo 20 bis, 2 del Proyecto de Ley¹⁹¹² que establece que los acogedores familiares tendrán los siguientes deberes respecto al menor acogido:

“a) Velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar prestando los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades.

b) Oír al menor siempre antes de tomar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, sin exclusión alguna por discapacidad, y a transmitir a la Entidad Pública las peticiones que este pueda realizar dentro de su madurez.

c) Asegurar la plena participación del menor en la vida de familia.

d) Informar a la Entidad Pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor.

e) Respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso.

¹⁹¹¹ Además de las establecidas en el Código civil, las legislaciones autonómicas han regulado los derechos y funciones de los acogedores, por ejemplo, Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo, artículo 6.1: “Para el adecuado desempeño de la guarda, los acogedores tendrán las facultades que resultan inherentes a ésta y consecuentes con el principio de plena participación del menor en la familia, debiendo contar con la aprobación de la Entidad Pública de Protección, y en su caso de los padres o tutor del menor que conserven sus facultades, para aquellas actuaciones que, por su naturaleza o entidad, resulten extraordinarias respecto de las que integran la atención común a éste en razón de su edad, condiciones y necesidades. En su caso, corresponderán asimismo a los acogedores las facultades propias de la tutela que, para facilitar el desempeño de sus responsabilidades, les sean específicamente atribuidas por el Juez”.

¹⁹¹² Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en su apartado quinto.

f) Colaborar activamente con las Entidades Públicas en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y seguimiento de la medida, observando las indicaciones y orientaciones de la misma.

g) Respetar la confidencialidad de los datos relativos a los antecedentes personales y familiares del menor.

h) Comunicar a la Entidad Pública cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tomaron en consideración como base para el acogimiento.

i) Garantizar el derecho a la intimidad y a la identidad de los menores acogidos y el respeto a su propia imagen, así como velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales.

j) Participar en las acciones formativas que se propongan.

k) Colaborar en el tránsito de la medida de protección del menor a la reintegración a su entorno de origen”.

Esta catálogo de derechos debe completarse con la relación de derechos de los acogedores familiares establecidos en el artículo 20 bis en su punto 1, del Proyecto de Ley, porque algunos de los derechos¹⁹¹³ de los acogedores constituyen,

¹⁹¹³ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en el nuevo artículo 20 bis de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, respecto a los derechos de los acogedores familiares, establece en su punto 1 que los acogedores familiares tendrán derecho:

“a) Recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como preparación previa, seguimiento y apoyo técnico especializado durante y al término del mismo. En el caso de menores con discapacidad, los acogedores tendrán derecho a orientación, acompañamiento y apoyo adaptados a la discapacidad del menor.

b) Ser oídos por la Entidad Pública antes de que esta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen.

c) Ser informados de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento que se adopten respecto al menor acogido, de las revisiones periódicas y a obtener información del expediente de protección del menor que les resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, a excepción de aquellas cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de terceros y a la protección de datos de carácter personal.

d) Ser parte en los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada.

e) Cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento establecidos para el acogimiento.

f) Disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor que acogen.

en realidad, auténticas obligaciones hacia el menor acogido, por ejemplo en su apartado g) “Ejercer todos los derechos inherentes a la guarda”, o en el apartado l) “Facilitar al menor acogido las mismas condiciones que a los hijos biológicos o adoptados, a fin de hacer uso de derechos u obligaciones familiares durante el tiempo que el menor conviva con ellos”.

De los derechos que le asisten al menor acogido frente a sus acogedores destacaremos aquellos que, a nuestro entender, tienen mayor transcendencia en la configuración del servicio como una prestación temporal realizada en el domicilio del acogedor¹⁹¹⁴. El primer derecho del menor es a residir con el acogedor y su unidad familiar en el hogar del acogedor de manera permanente¹⁹¹⁵, derecho que se corresponde con la obligación de los acogedores de convivir con el menor bajo el mismo techo y la obligación del menor de permanecer en el mismo. En esa convivencia los acogedores deben permitir al menor participar en la vida familiar,

g) Ejercer todos los derechos inherentes a la guarda.

h) Ser respetados por el menor acogido.

i) Recabar el auxilio de la Entidad Pública en el ejercicio de sus funciones.

j) Realizar viajes con el menor siempre que se informe a la Entidad Pública y no exista oposición de esta.

k) Percibir la compensación económica u otro tipo de ayuda que se hubiera estipulado, en su caso.

l) Facilitar al menor acogido las mismas condiciones que a los hijos biológicos o adoptados, a fin de hacer uso de derechos u obligaciones familiares durante el tiempo que el menor conviva con ellos.

m) Relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y lo consintieren la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

n) Ser protegidos sus datos personales respecto de la familia de origen, de acuerdo con la legislación vigente.

ñ) Formular formalmente quejas o sugerencias ante la Entidad Pública”.

¹⁹¹⁴ Esta situación se asemeja a la teoría de la agencia que, entre otras, fundamenta la nueva orientación de la gestión pública, que GARCÍA SÁNCHEZ resume estableciendo que “la Teoría de la Agencia, entendiendo cualquier ente como un conjunto de contratos entre un individuo (principal) que contrata a otro (agente) delegando en él la ejecución de una determinada tarea, viene definida por la divergencia entre las funciones de utilidad de cada una de las partes del contrato. A esta situación debe añadirse la posibilidad de que el agente cuente con información preferente o asimétrica que impida un control exhaustivo sobre él por parte del principal. Así, bajo esta teoría la consecución de los objetivos del principal depende de las acciones que realice el agente, las cuales se ven afectadas por la información preferente que este último posee”, GARCÍA SÁNCHEZ, I. M., “La nueva gestión pública: evolución y tendencias”, *Presupuesto y Gasto Público*, 47/2007, págs. 37-64, pág. 41.

¹⁹¹⁵ Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo, artículo 6. 2, 2º párrafo, en relación con las obligaciones de los acogedores: “A tal fin, dispensarán dicha atención al menor directamente y, en su caso, gestionando su acceso a los servicios de salud, educación y demás normalizados que precise.”

teniendo los acogedores la obligación de adecuar su actuación a esa finalidad. Dado que la relación jurídica entre el menor y los acogedores no crea lazos de parentesco, podemos entender que la expresión del Código civil, “el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida familiar” se refiere a la necesaria receptividad que deben tener los miembros de la familia de acogida, dando al menor el apoyo y confianza y su lugar dentro de la organización de la vida familiar, permitiendo su proceso de socialización y de desarrollo de su personalidad.

El Código civil, en parte como consecuencia de esa convivencia, establece la obligación de los acogedores de velar por el menor, teniendo en cuenta que la obligación de velar por ellos es una función que, como en el caso de la patria potestad, es omnicomprensiva de todas las demás obligaciones¹⁹¹⁶, y que algunas de las manifestaciones del ejercicio de esta función va a ser compartida con los otros agentes implicados en el acogimiento familiar, la entidad pública y los progenitores o tutores, dado que incluso en la asunción por la entidad pública de la tutela automática con la correspondiente suspensión de la patria potestad o de la tutela, estos no pierden en su totalidad la capacidad de ejercer este derecho/deber de velar por los menores¹⁹¹⁷.

En cuanto a la obligación de “educarlo y procurarle una formación integral” como establece el artículo 173.1 del Código civil, tiene dos aspectos que hemos de apuntar, en primer lugar la obligación de los acogedor sobre la educación académica que debe quedar debe enmarcada en lo dispuesto en la Constitución española en su artículo 27 y en la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, teniendo pues la obligación de escolarizar a los menores acogidos durante el tramo de edad en la que la enseñanza es obligatoria, actualmente de seis a dieciséis años, pero no tendrán derecho a adoptar decisiones sobre elección del centro escolar, sobre tipo de enseñanza, por ejemplo religiosa o laica, asignaturas optativas a cursar por el menor, representación del menor en trámites académicos,

¹⁹¹⁶ Vid., NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, págs. 134-136.

En relación con la obligación de velar como función de la patria potestad, *vid.*, por todos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, v. IV, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 353-354.

¹⁹¹⁷ Artículo 110 y 111 del Código civil respecto a los progenitores.

etc., así como decidir sobre su formación fuera del ciclo educativo obligatorio, ya que la toma de decisiones sobre estas cuestiones le corresponde a la entidad pública titular de la tutela y de la guarda y, en su caso, a la entidad pública junto a los progenitores no suspendidos de la patria potestad en virtud de la medida de protección del artículo 172.2 del Código civil.

Por lo tanto, cuando el Código civil se refiere a la obligación “educarlo y procurarle una formación integral” se enmarca principalmente en proporcionar al menor unos códigos de conducta¹⁹¹⁸, a la transmisión de valores relacionados con “la convivencia (responsabilidad, respeto-tolerancia y buenos modales), con la identidad personal (autoestima, obediencia, fuerza de voluntad y vida saludable) y con una formación apropiada para una integración en la vida socio-laboral”¹⁹¹⁹, que puede resumirse en el concepto de cuidado, “el cuidado es una actitud de consideración y de acción hacia el otro, (...) que incluye sentimientos de preocupación, responsabilidad y afecto para atender a sus demandas”^{1920, 1921}.

Y en cuanto al deber de alimentarlo el Código civil, en su intento de crear un paralelismo entre la patria potestad y la función de los acogedores incluyó la expresión “alimentarlo” lo que ha llevado a la doctrina civilista a preguntarse en qué

¹⁹¹⁸ MANCIAUX, M., “La résilience: un regard qui fait vivre”, *Études*, 2001/10, tomo 395, págs. 321-330, entre esos códigos conducta se van incorporando los de empoderamiento y resiliencia, su interés en este contexto es justificado, ya que supone que ante el reconocimiento de la existencia de problemas, estos deben ser abordados de manera constructiva desde el empoderamiento de las personas directamente implicadas en la situación problemática, reforzando sus propios recursos, porque “La résilience est la capacité d’une personne ou d’un groupe à se développer bien, à continuer à se projeter dans l’avenir, en présence d’évènements déstabilisants, de conditions de vie difficiles, de traumatismes parfois sévères”, pág. 321

¹⁹¹⁹ MÍNGUEZ VALLEJOS, R., “Ética de la vida familiar y transmisión de valores morales”, *Revista de Educación*, nº 363, enero-abril 2014, s/p., aunque refiriéndose a los hijos, es igualmente aplicable a los menores acogidos: “Para el hijo, la experiencia de ser acogido significa receptividad, apoyo y confianza; es sentir la presencia real de los adultos bajo la condición de padres y /o madres que se convierten en orientación, acompañamiento y guía.”

¹⁹²⁰ MÍNGUEZ VALLEJOS, R., “Ética de la vida familiar y transmisión de valores morales”, *Revista de Educación*, nº 363, enero-abril 2014, s/p.

¹⁹²¹ FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, se va consolidando el concepto de acompañamiento social, utilizándose “este término para referirnos a la actividad mediante la cual el agente de intervención social interactúa con las destinatarias y destinatarios para provocar aprendizajes que representen un incremento de su autonomía personal y les ayuden a construir vínculos con otras personas (incluiría la denominada *orientación* o, por poner otro ejemplo, la educación doméstica). Entendemos que el que denominamos acompañamiento social es una actividad muy central para las educadoras y educadores sociales, pero que también puede realizarse desde otras disciplinas”, pág. 60

consiste realmente esta obligación y quién es el obligado, respecto a esta última cuestión la dicción del Código civil no deja dudas respecto a que la obligación de “alimentarlo” recae sobre los acogedores; cuestión distinta es quién está obligado a costear esos alimentos¹⁹²², dada la pluralidad de personas en las que puede recaer dicha obligación y que el propio Código establece que en el contrato de acogimiento deberá hacerse constar “la asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria” (artículo 173. 2, 3º c)¹⁹²³. En esa pluralidad de obligados nos encontramos con los progenitores que mantienen la obligación de alimentos en cualquiera de las situaciones que desembocan en un acogimiento familiar, dado que al igual que en la función de velar por ellos su fundamentación no está en la patria potestad sino en la relación de filiación, ex artículo 110 del Código civil; así mismo, los parientes comprendidos en el artículo 142 del Código civil; e incluso, en el caso de que los progenitores no tuviesen medios para hacer frente a la obligación o no existieran parientes con obligación de alimentos, cabría la posibilidad de que fuese el propio menor el que sufragase los gastos derivados de su mantenimiento si tiene patrimonio suficiente¹⁹²⁴.

Considero que en ningún caso, salvo inexistencia o insolvencia de los obligados, la entidad pública se hará cargo de los gastos de alimentos del menor, en caso contrario estaríamos ante el incumplimiento de una obligación de los que están obligados por filiación o por parentesco¹⁹²⁵; en último extremo, podríamos concluir

¹⁹²² Vid., DÍEZ GARCÍA, H., “La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., (coords.), V. 1, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, EDITUM, 2004, págs. 1245-1260.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, págs. 146-162.

¹⁹²³ Hay que tener en cuenta, que si el acogedor es beneficiario del derecho a asistencia sanitaria en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, el menor tiene derecho a esa prestación durante el acogimiento.

¹⁹²⁴ En este sentido, RUÍZ RICO-RUÍZ, J.M., La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II), *Actualidad Civil*, nº 1, 1989, págs. 137-160.

¹⁹²⁵ En contra de esta postura, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª), nº 398/2006 de 7 noviembre, (acogimiento de menores: obligaciones del acogedor: prestación de alimentos a los acogidos: existencia: reclamación judicial de alimentos para los hijos de un progenitor a otro), la Sala declara la inexistencia de obligación de prestar alimentos por ninguno de los progenitores al encontrarse los menores en situación de acogida, en su Fundamentos de Derecho 1º: “Del enunciado de los arts. 172.1 y 267 del Código Civil se desprende la necesidad de confirmar la falta de legitimación decretada en la instancia. El Organismo tutelar ha generado un acogimiento y

en que en el caso de que la entidad pública o los acogedores asumiesen el gasto, les asistiría el derecho a plantear una acción de repetición sobre los obligados¹⁹²⁶. Respecto al problema del enriquecimiento injusto de los progenitores debería plantearse, como ya se ha hecho en Francia, el derecho de los progenitores a seguir recibiendo ayudas económicas vinculadas a la protección de la infancia y sus familias cuando los menores están en acogimiento familiar, o le debe corresponder a los acogedores o al menor acogido¹⁹²⁷.

Con la transposición de esta figura administrativa al Código civil, el legislador la impregnó de los principios del Derecho privado, convirtiéndose en un híbrido público/privado en el que todavía se debate, así como, por otra parte, no supo o no quiso desprender a este recurso de las connotaciones que le confería la legislación anterior más identificada con la caridad, con lo que se debate siempre en la ambigüedad de ser asimilada a una relación de patria potestad sin serlo, ni a su vez quererlo el legislador, que plantea problemas como este de la obligación de alimentos al menor por parte del acogedor, pudiendo haberse establecido otro tipo

los acogedores son desde entonces los alimentistas de los menores, sin que los progenitores puedan reclamarse entre sí la prestación de un deber propio de la patria potestad que ahora no ostentan. El inidóneo argumento de apelación, que se apoya en el último inciso del precepto al principio referido, fracasa al deberse observar que esa posibilidad es complementaria, pero nunca sustitutoria de quien tiene el deber y el derecho de alimentar, como lo son ahora los tíos maternos acogedores en virtud de la custodia conferida administrativamente por el Servicio de Protección de Menores, hoy tutor de Lucio y Marcos, pues la Ley no quiere privar a los menores de cuanto redunde en su beneficio, pero ello es algo distinto a lo petitionado, que comporta suplir a quien detenta un derecho de forma única”.

¹⁹²⁶ En este sentido, DÍEZ GARCÍA, H., “La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., (coords.), v. 1, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, EDITUM, 2004, págs. 1245-1260, pie de pág. 1, pág. 1245

¹⁹²⁷ ÉGÉA V., “Enfant placé: versement des allocations familiales au service d'aide sociale”, *Droit de la famille*, n° 5, Mai 2013, alerte 26: “Le dispositif nouveau vise à revenir sur la possibilité, dont dispose aujourd'hui le juge plaçant l'enfant, de maintenir le versement des allocations familiales aux parents. Ainsi, l'article L. 521-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que lorsque l'enfant est confié au service d'aide sociale à l'enfance, la part des allocations familiales dues à la famille pour cet enfant est versée à ce service. Ceci correspond parfaitement au principe fixé par l'article L. 521-2 du Code de la sécurité sociale en son alinéa premier selon lequel « les allocations sont versées à la personne qui assume, dans quelques conditions que ce soit, la charge effective et permanente de l'enfant ». Cela étant, le texte prévoit que le juge peut décider d'office ou sur saisine du président du Conseil général, de maintenir le versement à la famille. La proposition de loi, telle que votée par le Sénat, supprime précisément la possibilité pour le juge de maintenir d'office le versement des prestations sociales aux parents.”

de formula¹⁹²⁸, o haber incorporado parte del sistema de sufragación de gastos del menor acogido existentes en la legislación de protección de menores de épocas anteriores¹⁹²⁹.

¹⁹²⁸ Código civil suizo, artículo 294 :

“1 A moins que le contraire n’ait été convenu ou ne résulte clairement des circonstances, les parents nourriciers ont droit à une rémunération équitable.

2 La gratuité est présumée lorsqu’il s’agit d’enfants de proches parents ou d’enfants accueillis en vue de leur adoption”.

Código civil del Reino de Marruecos, en su “artículo 167: *La rémunération due pour la garde et les dépenses occasionnées par celle-ci sont mises à la charge de la personne à qui incombe l’entretien de l’enfant. Elles sont distinctes de la rémunération due pour l’allaitement et l’entretien. La mère n’a pas droit à la rémunération pour la garde de ses enfants durant la relation conjugale. Il en est de même pendant l’accomplissement de la retraite de viduité (Idda) en cas de divorce révocable.*

Y en su artículo 168: *Les dépenses de logement de l’enfant soumis à la garde sont évaluées de façon distincte de la pension alimentaire, de la rémunération due pour la garde et des autres frais. Le père doit assurer à ses enfants un logement ou s’acquitter du montant du loyer tel qu’estimé par le tribunal au vu des dispositions de l’article 191 ci-après. L’enfant soumis à la garde ne peut être astreint à quitter le domicile conjugal qu’après exécution par le père du jugement relatif à son logement. Le tribunal doit, dans son jugement, définir les modalités garantissant la continuité de l’exécution dudit jugement par le père condamné.*

¹⁹²⁹ Ley V, Título XXXVII (De los expósitos; y de las casas para su crianza, educación y destino), Libro VII de la Novísima Recopilación de Castilla (Real cédula de Carlos IV de 11 de diciembre de 1796), Reglamento para el establecimiento de las casas de expósitos, crianza y educación de estos, en su punto 25, los padres que hayan expuestos a sus hijos perderán “la patria potestad y todos los derechos que tenían sobre los hijos por el hecho de exponerlos; y no tendrán acción para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar, aunque se ofrezcan á pagar los gastos que hayan hecho”, pero el punto 26 exceptúa la regla anterior en el “caso de haber expuesto al hijo por extrema necesidad”.

Reglamento general para la ejecución de la ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852, en su artículo 24 disponía que en el caso de que el menor fuese entregado a sus padres “los gastos que su crianza hubiere ocasionado á los establecimientos de beneficencia, serán resarcidos por los padres en el todo ó en la parte que pudiesen, á discreción de las Juntas; y si estas juzgaren que los padres no pueden pagar cosa alguna, les serán devueltos los hijos sin exigir nada” y si el menor estaba en prohijamiento, “será devuelto á sus padres que le reclamaren, los cuales con la intervención de las Juntas, se concertarán antes con el prohijante sobre el modo y forma en que haya de ser este indemnizado de los gastos hechos en la crianza de prohijado”; y en su artículo 26 señalaba que se “suspenderá la entrega de los niños reclamados á los padres de mala conducta por todo el tiempo en que hayan fundadas sospechas de que no les darán buena educación”.

Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en el artículo 25 de dicha Ley en su segundo párrafo se establece que “Los menores que el Tribunal acuerde confiar a otras personas, familias, Sociedades tutelares o Establecimientos benéficos en el ejercicio de la facultad protectora, serán sustentados y educados por cuenta de los Municipios en que hubieran nacido, y a falta de medios municipales, por las provincias a que dichos Municipios pertenezcan (...)”; pero, sin embargo, en el artículo 26, sin especificar si se refiere a la facultad reformadora o a la facultad protectora, señala en su segundo párrafo que “Cuando los padres o el mismo menor, con sus propios recursos, pudieran sufragar en todo, o parte, a juicio del Presidente del Tribunal, los gastos de educación y sustento, se abonarán a la correspondiente Corporación las pensiones que de los mismos se obtenga con arreglo a los preceptos del Reglamento”; y en su artículo 12 que “Los padres que, disponiendo o pudiendo disponer de medios suficientes, no satisfagan las pensión fijada por el Presidente del Tribunal para la educación de sus hijo, entregado a

La cuestión sobre quién sufraga los gastos del menor queda en una nebulosa legal en el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁹³⁰, ya que en artículo 173 sigue manteniendo la obligación de alimentarlo pero en las obligaciones de los acogedores detalladas en la redacción que da al artículo 20.3 d) 3º de la Ley Orgánica 1/1996 dispone que los acogedores deberán asumir los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria, y en la letra g) de dicho artículo 20.3, establece que en el acuerdo de acogimiento familiar se hará constar la compensación económica que, en su caso vayan a recibir los acogedores, a la cual tendrán derecho si se hubiese estipulado en el acuerdo, tal y como señala el nuevo artículo 20 bis, 1 k).

En cualquier caso, en el ejercicio de sus competencias exclusivas sobre políticas sociales de protección a la infancia las Comunidades Autónomas han dictado normas para compensar los gastos realizados por el acogedor^{1931, 1932} en el cuidado y formación del menor acogido¹⁹³³, del análisis de las normativas

otras personas, familia o Sociedades Tutelares o internados en Establecimientos auxiliares, serán considerados como incursos en al falta prevista en el número 5º del artículo 584 del Código penal”.

Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en el artículo 149 regula la obligación de subvenir al pago de las estancias de los padres; y en el artículo 150: “Si el menor se hallare sometido a tutela y poseyera vienes patrimoniales bastantes para sufragar los gastos de sus estancias, habrá de satisfacerlos el tutor en su totalidad por cuenta de los expresados bienes”; y el 151: “Los referidos gastos de estancias serán satisfechos a cargo de la retribución que el menor perciba de su trabajo, cuando, a juicio del Presidente, la cuantía de esta retribución permita sufragarlos en su totalidad”.

¹⁹³⁰ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁹³¹ Un estudio comparado de criterios, baremos y cantidades de la compensación económica, aunque con las variaciones que hayan podido sufrir por el tiempo transcurrido, *vid.* FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., BRAVO ARTEAGA, A., *El acogimiento familiar en España*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2003 págs. 53 y ss.

¹⁹³² DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA, *Informe al Parlamento 2012*, presentado el 21 de mayo de 2013: “las ayudas económicas a las familias acogedoras deben concebirse como compensación por los nuevos gastos que han de asumir, de tal modo que su suficiencia económica no se viese resentida. A nuestro modo de ver, la filosofía imperante en nuestra Constitución debería impulsar a la Administración a ser pródiga en la concesión de ayudas sociales en tales supuestos, actuando con eficiencia y eficacia, y ello considerando el deber que incumbe a los Poderes Públicos, como garantes de los derechos del menor”, pág. 530.

¹⁹³³ Madrid, Orden 342/2013, de 10 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas económicas para apoyar el acogimiento familiar de menores y la convocatoria para el año 2013.

Extremadura, Orden de 18 de diciembre de 2013 por la que se convocan ayudas en materia de acogimiento familiar para el ejercicio 2014.

autonómicas que regulan este tipo de prestación podemos extraer unos rasgos comunes; en primer lugar, se enmarcan en la actividad de fomento de la Administración pública¹⁹³⁴, actividad que, casi en su totalidad, supone la financiación, más o menos parcial, por la Administración pública de unos determinados servicios o funciones desarrollados por el sector privado, en función del interés público o utilidad social de esa actividad¹⁹³⁵, abarcando distintas técnicas de aportación del capital público al sector privado, esta consideración de medidas de fomento, supone que, *a priori*, estas compensaciones económicas no constituyen un derecho subjetivo de los acogedores¹⁹³⁶; la técnica de transferencia de capital

País vasco, Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 151/2013, de 25 de noviembre por el que se regulan compensaciones económicas destinadas a favorecer y apoyar el acogimiento familiar de personas menores de edad.

Canarias, Orden de 1 de septiembre de 2010, por la que se regula la compensación económica para los acogimientos familiares remunerados.

¹⁹³⁴ CORTELL GINER, R. P., “El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, v. 11, nº 32, 2009, págs. 79-96: “La entrega estará sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. No se pueden conceder subvenciones que respondan a la mera liberalidad, deben exigirse en todo caso unas cargas o condiciones a efectos de que el interés público que motiva su concesión se cumpla”, pág. 87.

¹⁹³⁵ Las palabras de JORDANA parecen escritas para definir la actividad que lleva a cabo la Administración pública respecto al fomento del acogimiento familiar, JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, v. XXVIII, nº 48, noviembre-diciembre, 1949, (Estudios), págs. 41-54, “La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate. Podríamos definirla como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”, pág. 46.

Así mismo, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, t. II, Lustel, 2004, págs. 237-241.

DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983.

¹⁹³⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La actividad de fomento en el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña de 13 de junio de 1995 (régimen jurídico de las subvenciones y acción concertada)”, *Revista de Administración Pública*, nº 139, enero-abril, 1996, sigue siendo válida la reflexión de este autor, en el sentido que “la llamada actividad administrativa de fomento ha presentado tradicionalmente graves defectos, tantos que incluso podría afirmarse que, hasta fechas bien recientes, ha sido prácticamente inexistente. El propio carácter de ese tipo de acción administrativa, anclada en las ideas de discrecionalidad, gratuidad y voluntariedad, fruto de la libérrima voluntad de la Administración, en contraposición a las acciones impositivas de obligaciones y prohibiciones, restrictivas de la esfera subjetiva de las personas y del libre desenvolvimiento de sus actividades ha determinado, en efecto, que la plena juridificación de esa parcela del actuar de la Administración haya sido lenta y difícil”. Tomado de IZU BELLOSO, M. J.,

elegida mayoritariamente por las Comunidades Autónomas es el de la subvención¹⁹³⁷, (salvo en aquellas en las que la relación jurídica entre la entidad y los acogedores surge de contrato laboral¹⁹³⁸), por lo tanto, sometidas al régimen jurídico de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y el proceso de solicitud, valoración y adjudicación al procedimiento de la Ley 30/1992, a salvo las especialidades establecidas en las normativas de regulación; se concretan en ser una prestación económica de carácter periódico¹⁹³⁹, de carácter finalista, el apoyo a los acogedores

“El régimen jurídico de los premios concedidos por las administraciones públicas, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2009, nº 47, págs. 125-180, pág. 127, pte de pág. 2.

¹⁹³⁷ Tal y como hacen constar los decretos de regulación, por todos, el Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 151/2013, de 25 de noviembre por el que se regulan compensaciones económicas destinadas a favorecer y apoyar el acogimiento familiar de personas menores de edad, que en su Preámbulo señala: “la Norma Foral 5/2005, de 31 de mayo, regula el Régimen Jurídico General de las Subvenciones otorgadas por la Administración Foral de Bizkaia, disponiendo que la concesión de subvenciones se ajustará a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no-discriminación, de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante y de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos y que con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones deberán aprobarse las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión de las subvenciones”.

El artículo 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la define como “toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley (se refiere a las Administraciones Públicas), a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 14 mayo 2009 (Recurso 3726/2007): “el instituto de las subvenciones se inscribe dentro de la potestad discrecional de la Administración, pero una vez que la subvención ha sido anunciada y regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto escapa del puro voluntarismo de la Administración, y dado el contenido económico de toda subvención, nuestra jurisprudencia también ha señalado que <<la consignación presupuestaria agotada o comprometida impide que se otorguen las subvenciones, aunque en el tiempo en que se realizaron no estuviera materialmente agotada aquella, por no haberse resuelto todos los expedientes en trámite, sin que exista obligación alguna de proceder a un incremento del crédito presupuestado mediante transferencias u otros instrumentos sobre modificación del presupuesto>>”.

¹⁹³⁸ Principalmente en los acogimientos profesionalizados.

¹⁹³⁹ FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, “Cuando, en el ámbito de los servicios, hablamos de prestaciones económicas afectadas o finalistas, entendemos que cabe hablar, básicamente de dos tipos de prestaciones: Prestaciones económicas finalistas (o afectadas) en sentido estricto, en las cuales el dinero se haría de utilizar para la compra de prestaciones y servicios propios del ámbito de los servicios sociales (adquisición o alquiler de una ayuda técnica, pago a una o un asistente personal...) Prestaciones económicas en sentido amplio, es decir, que coadyuven de alguna manera a

que asumen los gastos de manutención, educación y asistencia sanitaria, aunque también se contemplan las prestaciones económicas no periódicas cuya finalidad es cubrir gastos extraordinarios del menor¹⁹⁴⁰. En otro orden de cosas los acogedores no adquieren el derecho subjetivo a dicha compensación sino cuando se produce y notifica el acto de su concesión¹⁹⁴¹.

Cuestión distinta es si los acogedores tienen derecho a dicha compensación si no se ha reconocido en el contrato de acogimiento la posibilidad de su existencia, dado que, de acuerdo con el tenor literal del Código civil, el documento de formalización deberá contener, entre otros extremos, “la compensación económica que en, su caso, vayan a recibir los acogedores” (artículo 173. 2, 5º del Código civil), por lo que no podrá reclamarse si no se ha hecho referencia a la posibilidad de compensación en el documento de formalización¹⁹⁴², ahora bien, habrá que estar a las ordenes de convocatoria dictadas por las Comunidades Autónomas para determinar los requisitos exigidos en cada una de ellas.

la consecución de los fines propios de los servicios sociales pero en las que el destino de los fondos no venga determinado con precisión. Sería el caso, por ejemplo, de prestaciones económicas pensadas para incentivar (o compensar los costes relacionados con) la provisión de apoyo informal a miembros de la familia o, por poner otro ejemplo, el acogimiento familiar”, pág. 56.

¹⁹⁴⁰ Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 151/2013, de 25 de noviembre, artículo 2, “Naturaleza y carácter.

1. La compensación económica para favorecer el acogimiento familiar de niños, niñas y adolescentes es una ayuda periódica de naturaleza económica que tiene por finalidad prestar apoyo a la persona o personas que acogen familiarmente a personas menores de edad y asumen sus gastos de manutención, educación y asistencia sanitaria, conforme al plan de acogimiento establecido.

2. Las compensaciones económicas extraordinarias al acogimiento familiar son ayudas de carácter económico no periódicas destinadas a prestar apoyo a la persona o personas acogedoras en supuestos derivados de circunstancias especiales, debidamente acreditadas, que requieran un gasto extraordinario para la debida atención de la persona menor de edad”.

¹⁹⁴¹ IZU BELLOSO, M. J., “El régimen jurídico de los premios concedidos por las administraciones públicas, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2009, nº 47, págs. 125-180.

¹⁹⁴² MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, señala que en documento debe constar de manera obligatoria dicho extremo, aunque sea para establecer que no hay compensación económica, pág. 194.

En ese sentido, Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo en Castilla y León, artículo 6. 3, d), en relación con los derechos de los acogentes: “A recibir la ayuda económica compensatoria que para el caso se fije.”

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA, *Informe al Parlamento 2012*, presentado el 21 de mayo de 2013: “las ayudas económicas a las familias acogedoras deben concebirse como compensación por los nuevos gastos que han de asumir, de tal modo que su suficiencia económica no se viese resentida. (...) A pesar de ser una exigencia legal –artículo 173.2 del Código Civil- no aparece en la resolución administrativa ningún pronunciamiento relativo al carácter remunerado o no del acogimiento”.

En cualquier caso, una Administración enmarcada en un Estado social, no puede hacer recaer el bienestar de los menores en aquellos particulares que ofertan sus servicios de manera desinteresada y, en principio, gratuita, lo que excluiría a aquellos que reuniendo los requisitos de idoneidad carecen de recursos suficiente, porque “la pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado”¹⁹⁴³.

¹⁹⁴³ Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños A/RES/64/142 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)] 14.

II EL ACOGIMIENTO FAMILIAR, ¿UN SERVICIO PÚBLICO GARANTIZADO? LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ENTIDAD PÚBLICA

1. GARANTÍA DE LOS SERVICIOS SOCIALES VINCULADOS AL ARTÍCULO 172.1 Y 2 DEL CÓDIGO CIVIL

La declaración unilateral de la entidad pública estableciendo la situación jurídica de menor protegido en la aplicación de la reglas jurídicas contenidas en el artículo 172 y siguientes del Código civil¹⁹⁴⁴, no es sino el colofón de un proceso sustanciado por la entidad pública en el cual están implicados unos determinados servicios de responsabilidad pública necesarios para la detección, evaluación y diagnóstico de las circunstancias de un menor concreto en el ámbito de las relaciones parentales, los cuales han sido configurados como servicios sociales de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, por lo que la protección pública dispensada por el Código civil está condicionada a la regulación que de la misma hacen las Leyes de Servicios Sociales autonómicas¹⁹⁴⁵.

Es evidente que una de las cuestiones que más impacto ha tenido en el perfeccionamiento de los sistemas de servicios sociales autonómicos es el reconocimiento por las normativas de servicios sociales de segunda generación¹⁹⁴⁶ de que determinadas prestaciones consideradas básicas o esenciales están

¹⁹⁴⁴ El artículo 172 actualmente comprensivo de la tutela ex lege y de la guarda voluntaria pasará a desarrollar esas dos figuras en los artículos 172, 172 bis y 172 ter según Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁹⁴⁵ Vid. AGUADO I CUDOLÀ, V., "La ley catalana de servicios sociales: ¿nuevos derechos de ciudadanía en el estado autonómico?", *REAF*, núm. 7, octubre 2008, pág. 196-235, en ellas se contemplan una serie de derechos de los usuarios de los mismos cuya configuración y eficacia no son similares, págs. 216 y ss.

¹⁹⁴⁶ Según la terminología que se ha asentado entre la doctrina, vid. TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio responsable*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, enero de 2007.

ARIAS ASTRAY, A., GUILLÉN SÁDABA, M. E., PÉREZ MADERA, D., DE LUCAS Y MURILLO DE LA CUEVA, F., "La definición de los servicios sociales en las leyes de servicios sociales de "primera" y "segunda generación" en España", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, v. 4, 2004, págs. 507-518.

garantizadas¹⁹⁴⁷, independizando la obligación de prestar el servicio de parámetros como la demanda, las disponibilidades presupuestarias¹⁹⁴⁸ o fluctuaciones políticas, constituyéndolas como derechos subjetivos¹⁹⁴⁹, haciéndose constar en las mismas,

¹⁹⁴⁷ Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, Exposición de Motivos: “el objeto de esta ley es más amplio, ya que su eje vertebrador es el reconocimiento del derecho subjetivo a los servicios sociales, con lo que el Sistema Público Riojano de Servicios Sociales se convierte en un auténtico «cuarto pilar» del Estado de bienestar en nuestro ámbito territorial. La ley se inspira en la normativa autonómica más avanzada en este ámbito, al configurar todos los servicios y prestaciones del catálogo que la propia ley crea como auténticos derechos subjetivos, es decir, garantizados a todos los ciudadanos sin sujeción a la existencia o no de disponibilidad presupuestaria en el momento en que se solicitan”.

¹⁹⁴⁸ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña, en su artículo 15.3 Prioridad presupuestaria: “Las prestaciones de servicios y económicas necesarias para cumplir las medidas de protección de los niños o los adolescentes en situación de riesgo o desamparo tienen el carácter de prestaciones garantizadas a los efectos establecidos por la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales”.

Decreto 56/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba la Cartera Básica de Servicios Sociales de las Islas Baleares 2011-2014, artículo 5 “Prestaciones garantizadas y no garantizadas.

1. Las prestaciones del sistema de servicios sociales pueden ser garantizadas para todas las personas o bien no garantizadas y ser otorgadas según la disponibilidad presupuestaria.

2. Se entiende por prestación garantizada la que establece el sistema público de servicios sociales exigible como derecho subjetivo.

3. Las prestaciones no garantizadas sólo son exigibles en el caso de disponibilidad presupuestaria”.

¹⁹⁴⁹ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, en su artículo 2 “Derecho subjetivo a las prestaciones esenciales del sistema

1. El acceso a las prestaciones esenciales del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública, cuando se cumplan los requisitos generales de acceso al mismo y los específicos que se determinen en el catálogo de servicios sociales para cada una de aquellas prestaciones, se configura como un derecho subjetivo garantizado y exigible.

2. Las personas titulares podrán reclamar en vía administrativa y jurisdiccional, directamente o mediante representación, el cumplimiento y efectivo ejercicio del derecho subjetivo. La tutela judicial comprenderá la adopción de cuantas medidas sean precisas para poner fin a la vulneración del referido derecho, así como para restablecer a la persona titular en su pleno ejercicio”.

Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, artículo 19 “Prestaciones esenciales

1. Las prestaciones esenciales, cuyo reconocimiento tiene el carácter de derecho subjetivo, serán obligatorias en su provisión y estarán públicamente garantizadas, con independencia de cuáles sean el nivel de necesidades o el índice de demanda existentes.

2. Sin perjuicio de las prestaciones que, en aplicación de la presente ley y de acuerdo con los criterios y forma en ella previstos, puedan ser en su momento calificadas de esenciales, tendrán dicha condición, en los supuestos que para cada una de ellas se determinan: (...)

e) Las medidas específicas para la protección de menores de edad en situación de riesgo o desamparo”.

Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, artículo 1.1 “El objeto de la presente ley es crear, regular y ordenar el Sistema Riojano de Servicios Sociales y declarar el derecho subjetivo a los servicios sociales que en la misma se determinan”. Y en su artículo 4, los declara derechos subjetivos: “Los servicios y prestaciones del Sistema Público Riojano de Servicios Sociales se configuran como un derecho subjetivo, dentro del marco del Catálogo de servicios y prestaciones del mencionado sistema, de los requisitos generales de acceso al mismo y de los requisitos de acceso específicos que se regulen para cada prestación o servicio”.

con un claro espíritu pedagógico, que es un derecho que habilita a su titular a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales que le asistan en defensa del derecho reconocido¹⁹⁵⁰. De la dicción literal de leyes de servicios sociales podemos deducir que, desde el momento en que se cumpla con los requisitos exigidos en el supuesto de hecho descrito por la regulación específica de esa prestación esencial o básica¹⁹⁵¹, la posición de beneficiario de la prestación es “jurídicamente sólida”¹⁹⁵² porque surge el derecho subjetivo a la misma que le otorga una posición jurídica activa frente a la Administración autonómica sectorial.

Dado que la protección dispensada al menor por el artículo 172 y ss. del Código civil viene establecida en las Leyes de servicios sociales como un servicio

Ley de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales, artículo 4. “Derechos sociales básicos.

1. Las Administraciones Públicas de Cantabria garantizarán a la ciudadanía de la Comunidad Autónoma el derecho subjetivo universal, en los términos recogidos en la presente Ley, a la Protección social mediante actuaciones de promoción, prevención, intervención, incorporación y reinserción social, y de manera singular a: (...)

2. Las ciudadanas y ciudadanos de Cantabria podrán reclamar en vía administrativa y jurisdiccional el cumplimiento de los derechos que reconoce esta Ley”.

Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears, artículo 24. “La cartera de servicios sociales. (...)

4. Las prestaciones garantizadas son exigibles como derecho subjetivo de acuerdo con lo establecido en la cartera de servicios sociales, que incluirá, al menos, la necesidad de una valoración profesional previa y de una prueba objetiva que acredite su necesidad.”

¹⁹⁵⁰ UCEDA-MAZA, F. X., GARCÍA MUÑOZ, M., “Los Servicios Sociales en España: itinerarios comunes, escenarios divergentes. ¿Cuál debería ser el mínimo común de protección social?”, *Revista Servicios Sociales y Política Social*, nº 89, 2010, págs. 84-98, para los autores, el reconocimiento de determinados servicios sociales como derecho subjetivo, “no es baladí, que los SS.SS. se encuentren en el ámbito del derecho subjetivo supone un cambio de relación entre la ciudadanía y la administración proveedora de servicios; y ello implicará un cambio de procedimiento y de metodología, así como de conciencia ciudadana. Los SS.SS. pasan a ser exigibles ante los tribunales, y continuar en el ámbito de prestaciones no garantizadas supone que se encuentran sujetos a limitaciones presupuestarias, organizativas y valorativas sobre su conveniencia o no, es decir, en el ámbito de la Asistencia Social y Beneficencia Pública”, pág. 93.

¹⁹⁵¹ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, artículo 21. “Condiciones para el reconocimiento y disfrute de las prestaciones. 1. A salvo de lo que específicamente pueda preverse para casos especiales, el acceso a las prestaciones se determinará tras la oportuna valoración profesional, bien directamente o sobre la base de la oportuna prescripción técnica, y previa constatación objetiva de su necesidad y de que concurren las circunstancias y se reúnen los requisitos normativamente establecidos. 2. El disfrute de las prestaciones podrá condicionarse a la colaboración activa de la persona usuaria en la intervención o en el proceso de integración social, o a su participación en la financiación”.

¹⁹⁵² PÉMAN GAVÍN, J. M., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, Estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005, porque está garantizada para su completa eficacia incluida su tutela judicial, pág. 28.

esencial, básico¹⁹⁵³, y por lo tanto garantizado y como tal reglamentado en su contenido específico por las carteras o catálogos de servicios sociales¹⁹⁵⁴ dictadas en desarrollo de dichas leyes, nos interesa el concepto de derecho subjetivo porque es en esta categoría jurídica donde se encuentra la fundamentación de la garantía de determinadas prestaciones de los servicios sociales, en concreto, de la prestación de la institución¹⁹⁵⁵ del acogimiento familiar, hora bien, como señalaba DABIN¹⁹⁵⁶ el

¹⁹⁵³ Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, artículo 19. Prestaciones esenciales. 1. Las prestaciones esenciales, cuyo reconocimiento tiene el carácter de derecho subjetivo, serán obligatorias en su provisión y estarán públicamente garantizadas, con independencia de cuáles sean el nivel de necesidades o el índice de demanda existentes. 2. Sin perjuicio de las prestaciones que, en aplicación de la presente ley y de acuerdo con los criterios y forma en ella previstos, puedan ser en su momento calificadas de esenciales, tendrán dicha condición, en los supuestos que para cada una de ellas se determinan: (...)

e) Las medidas específicas para la protección de menores de edad en situación de riesgo o desamparo”

Y en su artículo 20. “Prestaciones no esenciales.

1. Las prestaciones no esenciales, que no tienen la naturaleza de derecho subjetivo, serán todas aquellas prestaciones sociales no incluidas en el artículo anterior ni calificadas como esenciales en los catálogos de servicios sociales.

2. El acceso a las prestaciones no esenciales, estará sujeto a la disponibilidad de recursos y al orden de prelación y concurrencia que al efecto se establezca, pudiendo, en su caso, determinarse la obligatoriedad de su existencia y su disponibilidad en relación con un nivel de cobertura mínimo preestablecido.

Ley de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales, artículo 4. “Derechos sociales básicos.

1. Las Administraciones Públicas de Cantabria garantizarán a la ciudadanía de la Comunidad Autónoma el derecho subjetivo universal, en los términos recogidos en la presente Ley, a la Protección social mediante actuaciones de promoción, prevención, intervención, incorporación y reinserción social, y de manera singular a: (...)

c) La protección de la infancia y la adolescencia en situación de riesgo y desamparo por medio de acciones que garanticen la protección jurídica y social de las personas menores de edad.

2. Las ciudadanas y ciudadanos de Cantabria podrán reclamar en vía administrativa y jurisdiccional el cumplimiento de los derechos que reconoce esta Ley”.

¹⁹⁵⁴ Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears, artículo 24. “La cartera de servicios sociales.

1. La cartera de servicios sociales es el instrumento que determina el conjunto de prestaciones del sistema público de servicios sociales, incluyendo todas las prestaciones técnicas, económicas y tecnológicas. (...)

3. La cartera de servicios sociales definirá cada tipo de prestación, la población a la que va destinada, el establecimiento o el equipo profesional que debe gestionarla, los perfiles y ratios del personal profesional del equipo y los estándares de calidad. En todos los casos, garantizará el acceso a las prestaciones con el apoyo de la Administración, teniendo en cuenta criterios de progresividad en la renta y las necesidades de las personas usuarias”.

¹⁹⁵⁵ BONET RAMÓN, F., *Derecho civil. Introducción y parte general*, t. I, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1948, pág. 89.

¹⁹⁵⁶ DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, (reimpresión de la edición de 1952), “Le problème du droit subjectif se décompose en un problème d’existence et un problème de définition”, págs.3-4.

problema del derecho subjetivo está integrado por dos, el problema de determinar su existencia y el problema de concretar su definición.

En cuanto a la cuestión dogmática de su conceptualización¹⁹⁵⁷ plantea la dificultad¹⁹⁵⁸ de su controvertido concepto¹⁹⁵⁹, negada por algunos como noción

¹⁹⁵⁷ GALLEGO, E. A., *Tradicón jurídica y derecho subjetivo*, Dikynson, Madrid, 2005 “cuando se intenta entender un texto desde la perspectiva de una tradición extraña solo puede ser la incomprensión de ese mismo texto. Incomprensión porque inevitablemente las ideas expresadas en ese texto son filtrada y conformadas según las categorías de la tradición desde la que se quiere hacer inteligible ese texto. Un texto situado en una determinada tradición solo es inteligible a la luz de esa misma tradición”, pág. 92.

GUZMÁN BRITO, A., “Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjetivo"”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 25, 2003: “Pero es posible que se haya terminado por dar como sobrentendido que el adverbio o adjetivo estaban para remarcar que se trataba del derecho mirado desde el punto de vista del "sujeto", atendido que esta última palabra también se generalizó en el lenguaje técnico de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX, y así terminó por quedar en el más completo olvido que, en realidad, el adverbio y el adjetivo habían sido opuestos a "derecho" en un ambiente saturado de filosofismos, para remarcar que el derecho-facultad en cierta medida depende de una actitud instrumental del titular, de un conocimiento o percepción suyos acerca de lo bueno y justo, como había dicho Darjes, frente a lo "objetivo" de la ley que define lo bueno y lo justo para todos”, págs. 407-443.

MAESTRO BUELGA, G., “Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX”, *Revista de derecho político*, nº 41, 1996, págs. 119-175, “La concepción del derecho subjetivo, sobre la que se asienta jurídicamente la defensa de la libertad, expresa el tránsito de una determinada concepción de los derechos a otra que será más funcional y realmente imperante en el liberalismo, especialmente en Europa Continental. Toda referencia a la idea de derecho subjetivo obliga a remontarse al iusnaturalismo y al iluminismo, fundamentos filosófico-políticos de las revoluciones liberales”, pág. 125.

¹⁹⁵⁸ ATIAS, C., en prefacio a la reimpreión en 2007 de la edición de 1952 de la obra de DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, “ *La notion de droit subjectif devient une valeur proprement juridique qu'on ne peut plus écarter. Consécration des droits individuels. La notion de droit subjectif n'a cessé d'alimenter la controverse. Elle peut être considérée comme une notion clef de l'individualisme juridique*

¹⁹⁵⁹ Sentencia Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, Fundamento jurídico 8: “Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

jurídica, como DUGUIT “*je ni à la fois le droit subjectif de l’État et le droit subjectif de l’individu*”¹⁹⁶⁰, o convertida en verdad absoluta¹⁹⁶¹, que trasciende al propio derecho positivo^{1962, 1963} encontrando su razón de ser en el derecho natural^{1964, 1965}, o

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar, los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”.

¹⁹⁶⁰ DUGUIT, L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État*, Edit. Félix Alcan, París, 1908, pág. 5. El autor considera que “*ni les classes, ni la société, ni les individus eux-mêmes n’ont comme tels aucun droit*”, (pág. 3), por lo que frente a las doctrinas que “*veulent donner comme premier assise à toute société civilisée le droit de l’individu, le droit subjectif, le pouvoir pour l’individu d’imposer sa personnalité comme telle et à la société et aux individus*”, (pág. 3), DUGUIT afirma “*que la notion de droit subjectif, c’est-à-dire la notion d’un pouvoir appartenant à une personne d’imposer sa propre personnalité, est une notion d’ordre métaphysique, que ne doit pas avoir sa place dans l’organisation positive des sociétés modernes*”, por lo que el “*concept de droit subjectif, que d’aucuns nous présentent comme une vérité absolue, n’a été qu’un moment de l’histoire éternellement changeante des institutions et des idées, un moment important, je le veux bien, mais rien de plus. Mettons que venue à son heure elle a joué dans monde un rôle important et rendu d’immenses services. Mais son règne est fini*”, (pág. 4), y continúa el autor que los que todavía quieren fundar un sistema político y civil sobre este concepto caduco preparan una legislación sin valor práctico.

¹⁹⁶¹ DUGUIT, L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État*, Edit. Félix Alcan, París, 1908, “*concept de droit subjectif, que d’aucuns nous présentent comme une vérité absolue*”, pág. 5.

¹⁹⁶² BONET RAMÓN, F., *Derecho civil. Introducción y parte general*, t. I, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1948, el autor considera que el derecho objetivo y el derecho subjetivo no son dos conceptos oponibles, son aspectos de un único concepto, es más existe una compenetración entre los dos elementos, compenetración “*tan íntima y profunda que no puede considerarse la norma como el continente, y la facultad como el contenido*”, pág. 89.

¹⁹⁶³ DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, (reimpresión de la edición de 1952), “*Le droit subjectif, qui se définit par le respect dû à certains valeurs immanentes à l’individu, n’existe et ne se justifie, rationnellement, que parce que les valeurs qu’il couvre de sa protection sont en effet respectables. Si donc il y a des droits subjectifs s’imposant au respect d’autrui, c’est parce qu’il y a une règle objective que déclare ces valeurs dignes de respect et les érige en droits*”, pág. 40.

¹⁹⁶⁴ SALDAÑA SERRANO, J., “*Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos*”, *Revista jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 86, mayo – agosto, 1996.

Nueva Serie, año XXIX: “Este empleo indiscriminado de la noción “derecho subjetivo” se ha trasladado también, y quizá con mayor fuerza, al campo de los derechos humanos. Igualmente, éstos se ha pretendido definirlos como derechos subjetivos, entendiéndose entonces como facultades, prerrogativas o poderes, que las personas poseen para exigir el reconocimiento, respeto y observancia de sus derechos, cualquiera que éstos sean. Esto nos ha hecho creer que la expresión más adecuada para definir los derechos humanos es precisamente la de derecho subjetivo y no otra

bien definida parcialmente desde el interés exclusivo del titular¹⁹⁶⁶, y en ese sentido CASTÁN TOBEÑAS consideraba que “el derecho subjetivo equivale al poder exclusivo conferido a una persona para actuar en su propia ventaja la tutela jurídica”^{1967, 1968}; o desde su vertiente positivista, “mientras un derecho subjetivo no ha sido “garantizado” por el orden jurídico (...) no es todavía tal derecho subjetivo. Llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el orden jurídico. Ello significa que el derecho objetivo y los subjetivos existen concomitantemente”^{1969, 1970}. En realidad, el derecho objetivo y el derecho subjetivo no son dos conceptos oponibles, son aspectos de un único concepto, es más existe una compenetración entre los dos elementos, compenetración “tan íntima y profunda que no puede considerarse la norma como el continente, y la facultad como el contenido”¹⁹⁷¹.

Además, es necesario precisar que el enfoque del derecho subjetivo en este ámbito se plantea desde el Derecho público porque la situación jurídica del menor

distinta de ésta. Así, se han empleado como equivalentes las locuciones "derechos subjetivos" y "derechos humanos".

¹⁹⁶⁵ VANNEY M., A., “Ius, Lex y Derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión”, *Persona y Derecho*, nº 61, 2009, págs. 283-307, “la culminación del subjetivismo, en opinión de d’Ors, se manifiesta en la doctrina de los “derechos humanos” entendidos como facultades individuales, sin apoyo en criterio objetivo natural o positivo”, pág. 300.

¹⁹⁶⁶ VON IHERING, R., *L’Esprit du droit romain*, T. IV “*Les droits sont des intérêts juridiquement protégés*”, O. de Meulenaere, A. Marescq Aîné, París, 1878, (epígrafe 70), pág. 328.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., “Rudolf von Ihering”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t IV, 1987, págs. 249-270, “El primero de los dos elementos de esta definición lo designa Ihering como utilidad, ventaja, ganancia, bien, valor, disfrute, pero sobre todo «interés», en cuanto que así se expresa lo mismo, el valor o el bien, pero en cuanto está «en especial relación con los fines y relaciones del sujeto». El primer elemento, «en el que reside el fin práctico», es el «substancial», mientras que el segundo, «que se relaciona con aquel fin simplemente como medio», es decir, la protección jurídica, es el elemento «formal»”, pág. 262.

¹⁹⁶⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, v. II, Reus, Madrid, 1952, pág.19.

¹⁹⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, parte general, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, en ese mismo sentido lo define como “la situación de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa”, pág., 655.

¹⁹⁶⁹ KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y de Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, pág. 93.

¹⁹⁷⁰ DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, (reimpresión de la edición de 1952), para este autor en realidad existen dos clases de derechos subjetivos porque existen dos clases de derecho objetivo, el derecho subjetivo que deriva de la norma moral de justicia, que son anteriores a la sociedad (los derechos del hombre) y convertida en regla social garantizada, y el derecho subjetivo que deriva de una norma jurídica dictada y definida en sus términos por el poder público con competencia para ello y garantizada por este, pág. 222.

¹⁹⁷¹ BONET RAMÓN, F., *Derecho civil. Introducción y parte general*, t. I, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1948, pág. 89.

acogido nace de una resolución administrativa, en el que el sujeto obligado frente al menor es una persona jurídica pública actuando como tal, la entidad pública, aunque el objeto de dicha prestación sea la materialización de la guarda a cargo de personas privadas.

En cualquier caso, lo que nos interesa en este contexto es una de las facultades que forman parte inescindible del contenido de todo derecho subjetivo, la protección jurídica que otorga a su titular la posibilidad de reclamar en vía administrativa y jurisdiccional el cumplimiento de los derechos reconocidos al menor por las normas de protección de los artículos 172 y ss. del Código civil¹⁹⁷², y en concreto, si cabe reclamar a la entidad pública la adjudicación del servicio de acogimiento familiar, o más bien podemos considerar que el menor en la situación de guarda¹⁹⁷³ es titular de una posición activa debilitada o condicionada, en cuyo caso, podemos considerar que la posición del menor se puede asemejar a un interés legítimo, porque “más allá de las proclamaciones retóricas de la normativa”¹⁹⁷⁴ estableciendo un derecho subjetivo debe de explicitarse, clarificar y garantizar las prestaciones concretas¹⁹⁷⁵ que forman el contenido del mismo.

En principio, y de acuerdo con la dicción literal de las legislaciones autonómicas sectoriales, la Ley Orgánica 1/1996 y los artículos 172 y ss. del Código civil, la resolución administrativa determinando la asunción de la guarda por declaración de desamparo o petición de los progenitores debería otorgar al menor un derecho subjetivo que respondiese a los elementos esenciales que se predicen de todo derecho subjetivo, su titularidad, la dualidad de posiciones de las partes, el

¹⁹⁷² VANNEY M., A., “Ius, Lex y Derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión”, *Persona y Derecho*, nº 61, 2009, págs. 283-307, porque “La definición moderna de derecho subjetivo, por otro lado, pone el acento en el interés legalmente protegido, pero aunque la protección tenga “rasgo adjetival” y secundario, lo cierto es que lo fundamental es la protección misma, siendo el interés el justificante de la protección. De modo que su existencia no depende de la reacción de un pretendido titular que se cree ofendido en su dignidad personal, sino de una instancia de superior autoridad que juzga, es decir, que otorga o deniega la protección pretendida con un criterio social”, pág. 306.

¹⁹⁷³ Se correspondería con el artículo 172, 172 bis y 172 ter, del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015

¹⁹⁷⁴ AGUADO I CUDOLÁ, V., “El régimen jurídico de los servicios sociales y de atención a las personas en situación de dependencia”, *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, AGUADO I CUDOLÁ, V., (coord.), Atelier, Barcelona, 2009, pág. 88.

¹⁹⁷⁵ AGUADO I CUDOLÁ, V., “El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pág. 69.

menor como acreedor de la prestación en qué consiste el servicio y la entidad como sujeto obligado a la realizar dicha prestación; el elemento material que se concreta en la actividad que debe desarrollar la entidad pública a fin de garantizarle el derecho del menor al servicio así como la materialización del servicio mismo; y el elemento jurídico, la exigencia de un vínculo jurídico entre ambas partes que nace con el acto administrativo unilateral de la entidad pública, conectado con el ejercicio de la potestad de la que goza entidad pública para decidir la adjudicación del recurso concreto en el marco del 172.3 del Código civil¹⁹⁷⁶; y como garantía esencial la legitimación activa para activar su defensa ante los tribunales.

En este caso, habrá que tener en cuenta que en la protección del menor en virtud de lo dispuesto en el Código civil en su Libro Título VII, capítulo V, sección primera, “De la guarda y acogimiento de menores”, no cabe el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la entidad pública porque no cabe este concepto referido a la Administración pública¹⁹⁷⁷, ni del menor (a salvo del necesario consentimiento del menor mayor de doce años para constituir acogimiento familiar) ni de los progenitores o tutores, los efectos están predeterminados por el Código civil en función del interés superior del menor, por lo que la prerrogativa que le corresponden al menor en este campo se circunscribe a la única posibilidad de obligar a la entidad pública a que cumpla con lo establecido en el Ley, a que despliegue una determinada actividad jurídica consistente en la una aplicación concreta de la regla jurídica a través de la concreción de la situación jurídica, basada en su interés; podríamos decir que en la búsqueda de la protección del menor la

¹⁹⁷⁶ Se correspondería con el artículo 172 ter, 1 del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015: “1. La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido al menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores”.

¹⁹⁷⁷ REBOLLO PUIG, M., “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 200, págs. 41-59, titula su apartado II con unas significativas palabras: “El concepto y la teoría de la autonomía de la voluntad surgidos y desarrollados en el derecho civil bastan para excluir su aplicación a las administraciones públicas”.

Administración pública puede lograr su objetivo a través del derecho objetivo sin que ello dé lugar a la creación de un auténtico derecho subjetivo¹⁹⁷⁸.

Dicho esto, también hay que tener en cuenta que la intensidad de la protección jurídica de la posición activa del menor cuyas circunstancias queden subsumidas en el supuesto de hecho de los artículos 172. 1 y 2 del Código civil¹⁹⁷⁹ no es uniforme, abarca un espectro que va desde el derecho subjetivo al interés legítimo¹⁹⁸⁰, e incluso, al mero interés.

En resumen, podemos decir que la situación creada por la resolución administrativa que otorga la guarda a la entidad pública provoca en el menor lo que CASSESE ya manifestó al tratar el tema de los derechos subjetivos y el interés legítimo, “independientemente de las teorías, es, sin embargo, la configuración misma de una situación jurídica subjetiva especial, propia de las relaciones con la Administración pública, lo que deja perplejo”, perplejidad que también se advierte en las relaciones entre la entidad pública y el menor acogido¹⁹⁸¹.

En este sentido, para determinar si el menor tiene derecho subjetivo o no frente a los servicios de acogimiento institucional o familiar señalados en el Código civil, habrá que distinguir entre dos momentos procesales importantes, uno de ellos es el acceso al servicio y el otro la adjudicación del servicio concreto, institucional o

¹⁹⁷⁸ ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey-Dalloz, París, 1963, págs. 48-51.

¹⁹⁷⁹ El artículo 172 actualmente comprensivo de la tutela ex lege y de la guarda voluntaria pasará a desarrollar esas dos figuras en los artículos 172, 172 bis y 172 ter según Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015.

¹⁹⁸⁰ MASSERA, A., “Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XLV, nº 1, marzo, 1991, “*l’interesse legittimo –che como posizione d’ordine sostanziale è solo un interesse secondario contemplato da una norma d’azione -vale in realtà principalmente come mera condizione di ammissibilità dello strumento di tutela (e in specie del ricorso), di una tutela cui si finisce per riconoscere essenzialmente carattere formale, coincidente con la garanzia che deriva dalla conformità dell’azione amministrativa alle prescrizioni legali. Invece anche «l’interesse di servizio pubblico» è invero una pretesa immediata e diretta, principalmente di carattere «positivo», ad un bene della vita e questo bene della vita è lo stesso cui fa riferimento il «diritto sociale» al quale l’interesse legittimo è strettamente correlato e del quale costituisce una concretizzazione con riferimento ad un aspetto o momento particolare*”, págs. 48-49-50.

¹⁹⁸¹ CASSESE, S., *Las bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1996, pág. 366.

familiar, estableciéndose diferencia conceptual entre admisión y prestación del servicio¹⁹⁸².

En cuanto al primer momento procesal es indudable que para que se pueda dar la posibilidad legal de acceso al servicio este tiene que ser ofertado y prestado por la entidad pública de manera previa, la entidad pública debe contar con una infraestructura adaptada a este servicio. Y respecto a ello, podemos considerar que el menor es titular de un derecho subjetivo que recae sobre un determinado comportamiento de la entidad pública que debe ser desplegado desde el momento en que la misma detecte su situación de desprotección como consecuencia de la acción u omisión de los titulares de las funciones de patria potestad o de tutela o de la ausencia de estos, porque así le viene impuesto en virtud del 172. 1 y 2 del Código civil. Como ya pusimos de relieve, el conocimiento de las circunstancias de ese menor da lugar a la obligación de la entidad pública de activar los servicios sociales necesarios para evaluar dicha desprotección y calificar la situación legal del menor^{1983, 1984}; este derecho subjetivo a que se califique su situación está

¹⁹⁸² TORNOS MAS, J., “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público” en *QDL Cuadernos de Derecho Local*, nº 6, octubre 2004, pág. 9.

¹⁹⁸³ Separándose en este sentido de la doctrina general del acceso a los servicios sociales, TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, enero de 2007, “el acceso a las prestaciones no se configura por lo general como un verdadero derecho subjetivo, sino como un interés legítimo que da derecho a solicitar la prestación y a obtener una respuesta razonada sobre el cómo y cuándo de la misma, siendo el criterio de la no disponibilidad de medios económicos suficientes argumento bastante para denegar lo que se pide”, pág. 17, <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51598.pdf>

TORNOS MAS, J., “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público” en *QDL Cuadernos de Derecho Local*, nº 6, octubre 2004, pág. 9.

En ese mismo sentido, AGUADO I CUDOLÁ, V., “El régimen jurídico de los servicios sociales y de atención a las personas en situación de dependencia”, *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, AGUADO I CUDOLÁ, V., (coord.), Atelier, Barcelona, 2009, considera que el ciudadano, más que un derecho subjetivo, tiene un interés legítimo en que su admisión o rechazo en el acceso al servicio se materialice a través de una resolución motivada de la administración, ya que ello supone la posibilidad de control de la arbitrariedad de la Administración, pág. 89.

¹⁹⁸⁴ Tal y como señala la Ley Orgánica 1/1996 en sus artículos 14 y 16, que aunque tienen el carácter de Ley ordinaria han sido transcritos casi en su literalidad por las legislaciones autonómicas de protección del menor, así como el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015 le da una nueva redacción al artículo 14: “Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

garantizado a través de la actividad que desarrolla la estructura organizativa que cada Comunidad Autónoma haya considerado necesario dotarse como instrumento para dar cumplimiento a las funciones de protección de menores¹⁹⁸⁵.

En esta organización administrativa de protección, a pesar de las diferencias que puedan existir entre las Comunidades Autónomas, podemos establecer un esquema común, en primer lugar, estas funciones de protección se canalizan a través de los servicios sociales, y dentro de ellos se establece como servicios básicos o esenciales la prestación de los servicios de atención inmediata de menores, el de valoración y declaración de situaciones de desamparo, riesgo o desprotección, el servicio de protección jurídica, social y económica de menores en situación de desprotección, los servicios adscritos a la institucionalización de menores, los servicios de evaluación de familias de acogida o adoptivas, los servicios de acoplamiento del menor en la familia de acogida o adoptiva, así como los de seguimiento y evaluación de las medidas de protección¹⁹⁸⁶.

La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.”

¹⁹⁸⁵ Vid. Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León.

Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Decreto 33/2014, de 31 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades.

¹⁹⁸⁶ Por todas, Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, artículo 23. 1. Define el catálogo de servicios y prestaciones como el instrumento por el que se identifican los servicios y prestaciones cuya provisión deberán garantizar las Administraciones Públicas de La Rioja competentes, y en su Anexo 2, dentro de los servicios sociales de segundo niveles están garantizados:

2.1 Atención a la Infancia.

2.1.1 Servicio de protección de menores.

2.1.1.1 Servicio de valoración y declaración de situaciones de desprotección.

2.1.1.2 Servicio de protección jurídica, social y económica de los menores en situación de desprotección.

2.1.1.3 Servicio de atención inmediata de menores.

2.1.1.4 Servicio de acogimiento residencial.

2.1.1.5 Servicio de preparación posresidencial.

2.1.1.6 Servicio de promoción y seguimiento del acogimiento familiar.

2.1.1.7 Servicio de formación específica, información, asesoramiento y valoración para la adopción nacional.

Es decir, podríamos entender que el menor tendrá una “posición activa de pretensión concreta y frente a la denegación de acceso al servicio podrá interponer los correspondientes recursos”¹⁹⁸⁷. Pero, en realidad en este caso, pueden plantearse varias situaciones, en un primer caso, el menor no presenta una petición de acceso al servicio, es la entidad la que al detectar la situación acuerda iniciar el procedimiento administrativo, lo que coloca al menor en una situación jurídica de sujeción al servicio de evaluación y resolución de su desprotección, por lo que la entidad pública no deniega el acceso del menor a dicho servicio, sino que su acceso es consecuencia de la resolución de la entidad asumiendo la guarda del menor. Pero también cabe que el menor o sus progenitores o tutores soliciten el inicio del procedimiento para que la entidad pública asuma la guarda, en cuyo caso la posición jurídica del menor dependerá de la toma o no en consideración de la entidad de la solicitud.

En cualquiera de ambos supuestos, y en relación con la actividad administrativa del servicio de acceso, el menor tendría la posibilidad de presentar una acción administrativa o judicial por inactividad de la entidad si habiendo tenido ésta conocimiento de su situación y comprobado que reúne los requisitos preestablecidos en el 172 del Código civil¹⁹⁸⁸, desamparo o riesgo, no satisface la prestación que ello conlleva, a saber su calificación como menor bajo guarda pública, acción que se articularía a través del artículo 29 de la Ley 29/1998^{1989, 1990},

2.1.1.8 Servicio de formación específica, información, asesoramiento y valoración para la adopción internacional.

2.1.1.9 Servicio de seguimiento preadoptivo.

2.1.1.10 Servicio de seguimiento posadoptivo.

2.1.1.11 Servicio de formación y apoyo técnico a familias acogedoras.

¹⁹⁸⁷ TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio responsable*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, enero de 2007, pág. 29.

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51598.pdf>.

¹⁹⁸⁸ Artículo que en el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, se desdobra en el 172, situación de desamparo y 172 bis, situación de riesgo por circunstancias graves y transitorias de los progenitores o tutores ordinarios.

¹⁹⁸⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone en su artículo 29:

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella

porque existe una obligación legal de la entidad de asumir la guarda de un menor cuando se produzcan las circunstancias del 172 del Código civil y materializar esa obligación a través de un servicio determinado, el acogimiento del mismo de acuerdo con el 172.3 del Código civil¹⁹⁹¹.

Si la posición del menor en esta fase de acceso a la protección dispensada por los artículos 172 y ss. del Código civil es común y está garantizada por las normativas sectoriales para los menores cuyas circunstancias puedan ser subsumidas en los supuestos de hecho contemplados en el artículo 172, es el momento procesal posterior, el relativo a la elección por la entidad pública del modelo de acogimiento para materializar la guarda, donde se bifurca la posición jurídica del menor en función de si la entidad resuelve acogimiento institucional o familiar.

Esta resolución da paso al procedimiento de adjudicación del tipo de acogimiento que se ha determinado para ese menor concreto, y es en esta fase de adjudicación cuando la garantía de su prestación no opera de la misma manera en el

pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

¹⁹⁹⁰ ARNALDO ALCUBILLA, E., FERNÁNDEZ VALVERDE, R., (dirs), *Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Comentarios a la Ley 29, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007, "No solo es en el ámbito objetivo y en su aplicación donde se hace efectivo el contenido jurisdiccional de artículo 106.1 de la Constitución, otorgando a la jurisdicción contencioso-administrativa un marcado sentido expansivo y haciendo efectiva la realidad del Estado de Derecho, sometido al principio de legalidad y de sumisión la Administración a la Ley y al Derecho, (...) sino que es en otros ambos específicos en donde se ha producido una influencia notoria de los criterios constitucionales y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo español. En concreto en el tema de la legitimación, desaparecida la formula limitativa del artículo 28 de la Ley 3/1956, se ha introducido en concepto del interés legítimo frente al interés directo", pág. 1253.

¹⁹⁹¹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, artículo 172 ter, "Artículo 172 ter.

1. La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido al menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores".

acogimiento institucional y en el familiar, ni la posición jurídica activa del menor tiene la misma intensidad respecto a ella.

Si la resolución de guarda se materializa a través del acogimiento institucional, por ser esta la medida de protección más acorde con el interés del menor, la resolución de acceso opera como título suficiente para que surja el derecho subjetivo del menor a ser institucionalizado¹⁹⁹² y, como contrapartida, la obligación de la entidad pública de proporcionarle plaza en una institución¹⁹⁹³; la

¹⁹⁹² Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, artículo 67 “Determinación de la modalidad de acogimiento y entrega del menor en guarda

1. La modalidad de acogimiento procedente se determinará en la resolución por la que se declare al menor en situación de desamparo, en la que, a la vista del estudio de la situación personal y sociofamiliar del menor y demás datos contenidos en el expediente, se especificará, atendiendo a los criterios que señala el artículo 75, si debe constituirse un acogimiento residencial y en qué centro, o uno familiar y, en este último caso, si simple o permanente, señalando la persona o personas que conste están dispuestas a acoger al menor.

2. Si la resolución por la que se declare al menor en situación de desamparo estableciere la procedencia del acogimiento residencial, se procederá inmediatamente a su ejecución, disponiendo el ingreso del menor en el centro que se hubiere especificado y confiando su guarda al Director del mismo”.

¹⁹⁹³ *Vid.*, el desarrollo legislativo de la regulación del acogimiento residencial de menores que se encuentren bajo la guarda de la entidades públicas se ha producido en todas las Comunidades Autónomas, por todas:

Castilla León:

Decreto 179/2001, de 28 de junio, por el que se regula la acción concertada en materia de reserva y ocupación de plazas para la atención de niños y jóvenes dependientes de los Servicios de Protección a la Infancia de las distintas Gerencias Territoriales de Servicios Sociales.

Decreto 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección.

Resolución de 14 de abril de 2009, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que se aprueba el Modelo Marco de Reglamento de Funcionamiento Interno de los Centros Específicos destinados a la Atención Residencial de Menores con Medidas o Actuaciones de Protección.

Andalucía: Decreto 355/2003, de 16 de diciembre de Acogimiento Residencial de Menores.

La Rioja:

Decreto 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores

Decreto 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores, artículo 40. Ejecución de la medida de acogimiento familiar

1. Si la resolución por la que se declare al menor en situación de desamparo estableciere la procedencia del acogimiento familiar, se procederá a formalizar éste en la forma que establece el artículo 86 de la Ley y en un plazo no superior a quince días desde que aquélla se hubiere dictado.

Si la resolución resolviera positivamente la solicitud de guarda formulada por los padres o del tutor del menor, la entrega del menor en guarda a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja se formalizará por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración. Si la resolución hubiera considerado

resolución de acceso le otorga al menor acción para exigir dicha prestación en vía administrativa o jurisdiccional, acción que podrá ejercer también para exigir la creación de residencias adaptadas a su problemática en el caso de que estas no existieran o no hubiese plazas suficientes para cubrir la demanda. Es un servicio garantizado y existe identidad entre la resolución de admisión y la prestación del servicio¹⁹⁹⁴, coincidiendo con parte de la doctrina administrativista que entiende que el acto de admisión en un servicio comporta el derecho a la prestación¹⁹⁹⁵. Por lo tanto, el supuesto de acogimiento institucional no plantea grandes problemas jurídicos, la concreción de la materialización de la guarda a través de la institucionalización del menor asume el ropaje de derecho subjetivo, una vez determinado el cumplimiento de los requisitos de acceso al servicio.

Choca la consideración que tienen de este recurso la doctrina, las normativas sectoriales autonómicas y el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁹⁹⁶ entendiendo todos ellos que el acogimiento residencial es una medida de protección residual, “sólo aplicable cuando no fuera posible el acogimiento familiar en la propia familia, o

procedente que se ejerza la guarda del menor mediante acogimiento familiar, la formalización del mismo se realizará en el mismo acto.

Una vez formalizado el acogimiento, se procederá a la ejecución de la resolución por la que se hubiese declarado el desamparo, confiando la guarda del menor al acogedor o acogedores.

¹⁹⁹⁴ ARROYO JIMÉNEZ, L., “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *InDret* 1/2015, enero 2015, “la decisión administrativa conlleva la adjudicación de un derecho público subjetivo y, en esa medida, tiene un efecto constitutivo de esa posición jurídica en la esfera del beneficiario”, pág. 31.

¹⁹⁹⁵ Hay que distinguir entre el “derecho de acceso, que comprende las facultades de admisión al servicio y de obtener una determinada prestación, y por otro lado los derechos que le corresponden al ciudadano como usuario ya admitido en el servicio”, AGUADO I CUDOLÁ, V., “El régimen jurídico de los servicios sociales y de atención a las personas en situación de dependencia”, *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, AGUADO I CUDOLÁ, V., (coord.), Atelier, Barcelona, 2009, pág. 89.

TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, enero de 2007, en concreto la segunda parte del trabajo, efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales, págs. 38 y ss., <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51598.pdf>

TORNOS MAS, J.: “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público” en *QDL Cuadernos de Derecho Local*, nº 6, octubre 2004, pág. 9.

¹⁹⁹⁶ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, en el nuevo artículo 172 ter 1 establece su subsidiariedad respecto al acogimiento familiar.

subsidiariamente en instituciones residenciales de protección, con desventajas evidentes respecto de la convivencia normalizada en un hogar familiar”¹⁹⁹⁷ y sin embargo su condición de recurso público plenamente garantizado.

1.2. LA DIFICULTAD DE GARANTIZAR EL SERVICIO PÚBLICO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR: ADJUDICACIÓN DE UN RECURSO ESCASO

Cuando la resolución administrativa establece la materialización de la guarda por acogimiento familiar, la entidad pública se enfrenta a un problema importante que condiciona la garantía de mismo, a pesar de todas las disposiciones que establecen este recurso como prioritario¹⁹⁹⁸, y la pretensión de garantizarlo estableciendo plazos máximos para perfeccionar el acogimiento familiar una vez dictada la procedencia de esa medida para un menor concreto; la prestación de este servicio está supeditada a la existencia de un recurso cuya provisión escapa de la

¹⁹⁹⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2012, – 9-13/OIDC-000002, 18 de junio de 2013, pág. 530.

Ese carácter subsidiario se encuentra reflejado en las normativas autonómicas, por todas:

Ley 14/2002, de 25 julio 2002, Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 96. 1: “La medida de acogimiento residencial se acordará en ausencia de otros recursos, cuando éstos resulten inviables, insuficientes o inadecuados, o cuando constituya la mejor manera de que las necesidades del menor sean atendidas”.

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, artículo 87. 3: “Se adoptará esta medida cuando el acogimiento familiar no resulte posible o aconsejable, atendiendo siempre al interés superior del menor, y por el tiempo que sea estrictamente necesario. A tal fin, cuando se acuerde el acogimiento residencial se programarán los recursos y medios necesarios para el retorno del menor a su familia o para la adopción de otras medidas, en interés siempre del menor”.

¹⁹⁹⁸ Ley 14/2002, de 25 julio 2002, Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, artículo 91: “ El acogimiento familiar se regirá por los siguientes criterios: a) Será de aplicación preferente para los menores separados de su familia, tanto más cuanto menor sea su edad, y se procurará su utilización en la modalidad de provisional cuando los padres no presten su consentimiento.

Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, establece el acogimiento familiar como recurso prioritario.

voluntad de la entidad pública, y no solo de ella sino de todos los poderes públicos,¹⁹⁹⁹.

Esta situación se produce como consecuencia de la configuración de este servicio en nuestro ordenamiento jurídico, la eficacia del mismo “depende directamente de los recursos humanos que resulten de la expresión de la solidaridad de familias o personas dispuestas a dispensar temporalmente a un menor la atención que precise, integrándole en su propio hogar”²⁰⁰⁰, y eso ha supuesto un déficit de familias cualificadas dispuestas a acoger a un menor²⁰⁰¹.

La cuestión que se plantea en los siguientes términos, de acuerdo con el esquema doctrinal de los servicios públicos, el menor con resolución de protección y determinación de recurso de acogimiento familiar debería tener un derecho subjetivo a que se le adjudicase la prestación en qué consiste la prestación de dicho servicio, es decir, debería ser ubicado con un acogedor en el domicilio de este, pero este derecho subjetivo ¿puede ser enervado por la circunstancia de que la capacidad del servicio no sea suficiente para atender la demanda de menores que reúnen las condiciones para usar ese servicio?, ¿en igualdad de condiciones como se arbitra?,

¹⁹⁹⁹ Decreto 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores, artículo 40. “Ejecución de la medida de acogimiento familiar

1. Si la resolución por la que se declare al menor en situación de desamparo estableciere la procedencia del acogimiento familiar, se procederá a formalizar éste en la forma que establece el artículo 86 de la Ley y en un plazo no superior a quince días desde que aquélla se hubiere dictado.

Si la resolución resolviera positivamente la solicitud de guarda formulada por los padres o del tutor del menor, la entrega del menor en guarda a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja se formalizará por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración. Si la resolución hubiera considerado procedente que se ejerza la guarda del menor mediante acogimiento familiar, la formalización del mismo se realizará en el mismo acto.

Una vez formalizado el acogimiento, se procederá a la ejecución de la resolución por la que se hubiese declarado el desamparo, confiando la guarda del menor al acogedor o acogedores”.

²⁰⁰⁰ Preámbulo del Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo, de Castilla y León

²⁰⁰¹ Por todos, SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe sobre el seguimiento de los niños acogidos en familia*, diciembre de 2013, “Uno de los déficits estructurales del sistema de protección que dificulta enormemente el impulso del acogimiento familiar como medida protectora es la insuficiente disponibilidad de familias cualificadas para acoger a un menor de forma temporal y dispuestas a hacerlo”, pág. 16.

<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3554/Informe%20seguimiento%20acogimiento%20definitivo.pdf>

¿quizás por lista de espera, o por situación de necesidad, por razones de oportunidad, etc. ?

En relación con el servicio de acogimiento familiar existe una clara tensión en la intensidad de protección del derecho fundamental del menor a ser protegido por el Estado cuando fallan los progenitores y deba ser separado de la familia, y el derecho instrumental de ese derecho primario, el derecho al servicio de acogimiento familiar cuando este responda a su superior interés.

Es indudable que está garantizada por la entidad pública la estructura organizativa que asume la gestión de este servicio, que está incluida en los servicios sociales esenciales, desplegándose una actividad dirigida a la captación, formación y apoyo de acogedores, a la adaptación del menor en su nueva situación, al seguimiento de los acogimientos ya constituidos, evaluación de los mismos, propuestas de medidas para el reingreso del menor a su familia biológica, etc.,

Pero, sin embargo, tiene una limitación material en poder ofertar ese servicio²⁰⁰²,²⁰⁰³ ya que el poder público, que goza de un amplio margen de decisión sobre la creación y configuración de los instrumentos legales para garantizar el derecho fundamental del menor de ser protegido de sus progenitores, ha considerado conveniente hacer recaer este servicio en la hipotética oferta de disponibilidad de personas privadas que de una manera totalmente libre acepten compartir su intimidad personal y familiar con un menor al que, de acuerdo con el artículo 173.1 del Código civil, deberán integrar en su vida familiar y “velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”.

Según datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad existen aproximadamente 21.000 menores que tienen reconocida la medida de acogimiento familiar, de los cuales 14.000 que están institucionalizados por falta de familias de

²⁰⁰² VANNEY M., A., “Ius, Lex y Derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión”, *Persona y Derecho*, nº 61, 2009, págs. 283-307, “el mundo jurídico actual es ejemplo claro de enumeraciones extremadamente generosas de derechos públicos, sociales y económicos con efectos a terceros, y de tercera y cuarta generación, cuya efectividad judicial resulta problemática porque exigen una previa actividad del Estado tanto legislativa como administrativa difícil de conseguir y que escapa en su cumplimiento a las posibilidades del juez”, pág. 306.

²⁰⁰³ CASSESE, S., *Las bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1996, “Asegurar al ciudadano las actividades administrativas que garantizan estos derechos es uno de los principales problemas de la Administración contemporánea”, pág. 371.

acogida²⁰⁰⁴, esto supone un 70% de menores que no tienen familia de acogida, por lo que si entendemos que “*le placement est pour l’enfant la conséquence d’un déplacement*” y que él “*il doit devenir le lieu où il trouvera enfin sa place*”, queda objetivamente demostrado que con la actual regulación del acogimiento no se cumple, a pesar de que el interés del menor protegido exige “*donner une place, à chacun sa place*”²⁰⁰⁵ y da una información objetiva de la clara asimetría entre la oferta y la demanda²⁰⁰⁶.

Esta situación supone que la actividad de la entidad pública se mueve en el terreno de la adjudicación administrativa de recursos escasos^{2007, 2008} porque la insuficiencia de familias acogedoras se configura como presupuesto limitante de su actividad. Esta escasez de recursos condiciona la identidad entre el procedimiento

²⁰⁰⁴ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad sobre los Anteproyectos de Ley Orgánica y de Ley de Protección a la Infancia. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, viernes, 25 de abril de 2014: “La realidad obliga a este esfuerzo pues casi 35.000 menores se encontraban bajo tutela o guarda de las administraciones a finales de 2012 (últimos datos oficiales al respecto). En concreto, 29.754 tutelados y 4.143 en régimen de guarda. De ellos, más de 21.000 están en acogimiento familiar, pero alrededor de 14.000 aguardan en residencias la llegada de una familia, en muchos casos hasta los dieciocho años, y todo ello a pesar de la unanimidad existente acerca de la conveniencia de que estos niños y niñas crezcan en un entorno familiar. La reforma del Gobierno da respuesta a esta particularidad”.

²⁰⁰⁵ JOUVES J., “La place des assistants familiaux dans le placement familial”, *Empan* 4/ 2010 (nº 80), págs. 13-21, epígrafe 39.

²⁰⁰⁶ SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe sobre el seguimiento de los niños acogidos en familia*, diciembre de 2013, “en sus últimos informes el Síndic ha señalado que una de las principales causas de la prolongación de la estancia de niños tutelados en centros es la falta de familias acogedoras ajenas para dar respuesta a las propuestas elaboradas. La diferencia entre las solicitudes y las familias disponibles es tan grande que provoca una privación del recurso idóneo para un número significativo de niños tutelados. El Síndic ha podido observar, en las visitas realizadas a los centros, que un número importante de los niños que residen tienen vigente una medida de acogida familiar en familia ajena que ha sido una y otra vez renovada por parte de la EAIA sin resultado positivo”, pág. 18.

<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3554/Informe%20seguimiento%20acogimiento%20definitivo.pdf>

²⁰⁰⁷ ARROYO JIMÉNEZ, L., “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *InDret* 1/2015, enero 2015, autor al que seguiremos en esta exposición, en este sentido “La protección y asignación ordenada de categorías de recursos escasos ha sido tradicionalmente una misión característica de los poderes públicos. Las siguientes manifestaciones sectoriales de este tipo de actividad administrativa permiten ilustrar hasta qué punto se trata de una realidad extendida y heterogénea: (...) h) en fin, los procedimientos para acceder a la prestación de ciertos servicios públicos de carácter (...) o asistencial”, págs.4-5.

²⁰⁰⁸ DEL CAMPO VILLARES, M. O., FERREIRO SEOANE, F. J., *De la Administración a la Gestión de los Servicios Públicos*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2012, señalan los principios básicos de asignación de recursos escasos, principio económico o del beneficio y el principio de coacción o jerarquía, al que añaden el de la costumbre, pág. 9.

[http://egap.xunta.es/Documentos/Publicacions/\[1382099887\]public_97.pdf](http://egap.xunta.es/Documentos/Publicacions/[1382099887]public_97.pdf)

de admisión en el servicio público de acogimiento familiar y el de su adjudicación, como ya apuntamos cuando expusimos el procedimiento, ya que en un número significativo de casos el procedimiento de acceso del menor al servicio de protección pública del artículo 172 del Código civil con señalamiento de este servicio²⁰⁰⁹, y el procedimiento de adjudicación del servicio de acogimiento familiar no son coincidentes, en concreto, para el 70% de menores con resolución de acogimiento familiar el acto administrativo de admisión en el servicio no comporta el derecho a la prestación de dicho servicio²⁰¹⁰.

La limitada oferta de familias de acogida²⁰¹¹,²⁰¹² frente al número de menores con medida de acogimiento familiar obliga a la entidad pública a desplegar un procedimiento administrativo de adjudicación de ese recurso limitado en el que la entidad pública está sujeta a los mismos principios que se predicen de todo procedimiento administrativo, sometimiento al principio de legalidad, impulsión de oficio, objetividad, celeridad, eficacia, etc., concretándose a través de él los conceptos jurídicos indeterminados en los que se asienta el interés del menor, quedando proscrita la discrecionalidad de la entidad pública en el proceso de adjudicación.

²⁰⁰⁹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, artículos 172 y 172 bis

²⁰¹⁰ TORNOS MAS, J., "Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público" *QDL Cuadernos de Derecho Local*, nº 6, octubre 2004, pág. 9.

²⁰¹¹ Este desajuste entre las necesidades y los recursos, se ha incrementado con la actual situación de crisis económica, en este sentido, Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz, correspondiente a la gestión realizada por dicha Institución durante el año 2011, 9-12/IDPA-000001, Boletín Oficial Parlamento de Andalucía, 6 de junio de 2012, punto 6.6.5: "Se ha reducido el número de familias en acogimiento familiar", así mismo, recoge las quejas presentadas por los ofertantes en relación a los procedimientos de selección, valoración e idoneidad realizados por la Junta de Andalucía.

²⁰¹² WISLET, J.-M., CORDIER, R., DUBOIS, A., GILLET, C., GUILLE, A., WISLET, M., « Les dispositifs d'accueil familial pour mineurs en danger et/ou en difficultés présentant une problématique lourde », *Rapport de synthèse réalisé à la demande de la Ministre de l'Enfance et de l'Aide à la jeunesse pour le Gouvernement de la Communauté française*, verano, 2007, "Or, des familles d'accueil, on n'en trouve plus guère. Pénurie des vocations. Immédiatement, la famille d'accueil apparaît comme une ressource limitée. Lorsqu'une ressource est limitée, on la protège et l'on tente, si possible, de l'augmenter. S'agissant de «protéger la ressource», et que donc les familles d'accueil actuellement opérationnelles restent en activité, il ne nous appartient pas de nous exprimer à leur place. Elles connaissent leur situation et les éléments qui seraient susceptibles de favoriser l'accomplissement de leur mandat public dans leur cadre privé. On se gardera toutefois de croire que les propositions qu'elles pourraient émettre seraient nécessairement suffisantes pour dynamiser l'accueil familial – pour augmenter la ressource. Car en définitive, pour elles, le cap a déjà été franchi, l'en celle de gens déjà convaincus, et pas à convaincre". http://www.cere-asbl.be/IMG/pdf/Dispositifs_accueil_familial_aout_2007.pdf

La resolución de adjudicación de este recurso escaso deberá estar sustentada en la teoría de las necesidades de los menores y en su relación con el interés del menor, y ello supone una actividad de la entidad pública con la finalidad de identificar y valorar las necesidades de menores en situación de expectativa asignando a aquellos menores que más necesidad²⁰¹³ requieran de las ventajas que se le presupone a dicho recurso²⁰¹⁴ a aquella familia disponible que mejor cumpla con dichas necesidades.

Por lo tanto, se puede afirmar que hasta el momento en que se adjudique y formalice el acogimiento familiar, la posición jurídica del menor no es propiamente una situación activa propia de un derecho subjetivo, su posición es de interés legítimo a que la entidad pública le proporcione el servicio, lo cual no cierra su acceso a la tutela judicial efectiva porque de acuerdo con la nueva redacción del artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se reconoce el interés legítimo como susceptible de protección ante los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa²⁰¹⁵, toda vez que el “el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material

²⁰¹³ De la teoría de las necesidades ya hicimos referencia al hablar del concepto del interés del menor.

²⁰¹⁴ ARROYO JIMÉNEZ, L., “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *InDret* 1/2015, enero 2015, “La adjudicación pública de recursos escasos que adquiere aquí relevancia se concreta en decisiones administrativas adoptadas en ejercicio de una potestad y a través de un procedimiento administrativo de adjudicación, mediante las cuales la Administración pública selecciona a uno o a varios beneficiarios de entre los diversos sujetos interesados en su obtención”, pág. 10.

²⁰¹⁵ ARNALDO ALCUBILLA, E., FERNÁNDEZ VALVERDE, R., (dirs), *Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentarios a la Ley 29, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007, “El artículo 24.1 de la Constitución aludía a la proscripción de la indefensión y la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos se ha pasado en la nueva configuración normativa, en la redacción del artículo 19 de la nueva Ley, al reconocimiento del interés legítimo como susceptible de protección, lo cual supone un ampliación de ámbito de actuación de los particulares y de los entes colectivos ante los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa y de esta manera se supera el puro interés directo con el reconocimiento del interés legítimo en el ejercicio de la acción”, pág. 1253; continuando el autor “Esta evolución desde el punto de vista doctrinal y especialmente jurisprudencial, ha posibilitado una reinterpretación del sistema jurídico, en concordancia con el artículo 24.1 de la Constitución, que ha hecho más flexible el concepto de legitimación procesal en el ámbito contencioso-administrativo, facilitando el acceso a dicho orden jurisdiccional, haciendo efectiva la proscripción de la indefensión y desarrollando el concepto del interés legítimo, como núcleo esencia de legitimación en el proceso contencioso-administrativo”, pág. 1254.

o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética"²⁰¹⁶, a que la entidad pública realice aquellas actividades necesarias para captar, formar y acreditar a acogedores que presten el servicio, y solo una vez formalizada la relación jurídica con los acogedores prestadores del servicio, empiezan a ser efectivos los derechos que le asisten al menor como usuario²⁰¹⁷.

Este estado de cosas supone una clara conculcación de los derechos de menor con resolución de protección, máxime en un sistema de protección del menor en situación de desamparo o desprotección enmarcada en un Estado social, que como hemos abordado tiene una obligación de actuación positiva en el marco del artículo 9.2 de la Constitución, proporcionando a los menores los medios y servicios necesarios para hacer efectivo el principio de igualdad material²⁰¹⁸. Es indudable, que el Estado social supone un equilibrio entre la participación de la sociedad civil y el Estado en la consecución del bienestar de los ciudadanos, pero también exige la presencia del Estado allí donde no exista presencia de la sociedad civil o esta no alcance a satisfacer las necesidades de determinados sectores de la sociedad, como es el caso de los menores con resolución de acogimiento familiar.

Sin poder negar la necesaria e imprescindible participación de la sociedad civil en la protección de los menores, el hecho de que el servicio público de acogimiento se haya legalmente sustentado en la solidaridad social, sin ser por sí mismo un hecho negativo²⁰¹⁹, ha traído como consecuencia más concluyente la frustración del derecho subjetivo de los menores desprotegidos a poder beneficiarse

²⁰¹⁶ Resolución nº 24/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 30 de enero de 2015, Fundamento de Derecho segundo.

²⁰¹⁷ TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio responsable*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, enero de 2007, pág. 29.

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51598.pdf>.

²⁰¹⁸ FONT OPORTO, P., "El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el Estado social. Estudio histórico y sistemático", *Revista general de derecho constitucional*, nº 16, 2013, pág. 6.

²⁰¹⁹ ROSALES, J. M., "Del altruismo espontáneo a la solidaridad organizada", CARRECEDO RUBIO, J., ROSALES, J. M., TOSCANO MÉNDEZ, M., (dirs.), *Democracia, ciudadanía y educación*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid, 2009, "el mantenimiento de los servicios públicos revela, por otro lado, la necesidad de una inversión continua de capital, tanto por razones materiales como por razones de cualificación profesional. Justo en esta área de acción, el voluntariado cumple un papel fundamental, pues se trata de un tipo de solidaridad no sólo cívica, que contribuye a reforzar vínculos de cooperación cívica entre los individuos", pág. 376.

del mismo, hasta tal punto queda desdibujado y sin contenido dicho derecho que, a pesar de las disposiciones normativas, este no se construye como tal hasta el momento de su adjudicación.

En el ámbito del servicio público de acogimiento familiar no podemos decir que se haya producido el fenómeno tan común actualmente en la crisis del Estado social enmarcado en el traspaso de responsabilidades públicas a la sociedad civil, devolviendo determinadas prestaciones sociales al mercado, porque siempre fue así, aunque también es verdad que la configuración del servicio respondía a una concepción de la protección del menor basada en otros parámetros. Lo que postulamos es la adecuación de la actividad prestacional del Estado a su configuración como Estado social lo que supone la atribución a los poderes públicos del deber de prestar dicho servicio cuando se ha determinado que es el recurso que requiere el superior interés del menor.

1.2. EL SERVICIO DE ACOGIMIENTO FAMILIAR PROFESIONAL

La solución frente a la escasez de recursos puede encontrarse en el desarrollo legislativo de lo señalado en el artículo 173.2, 6º del Código civil²⁰²⁰, la creación por parte de los poderes públicos de unos recursos humanos integrados dentro de la estructura de las administraciones públicas de protección o empleadas por las entidades colaboradoras de integración familiar, cuya tarea sea el acogimiento de menores en el domicilio particular, la creación de un cuerpo de acogedores profesionales permanentes de acuerdo con el modelo francés²⁰²¹ de

²⁰²⁰ Artículo 173.2, 6º del Código civil: “Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente”.

²⁰²¹ Vid. DOUBLET, C., (dir.), *Le guide des assistantes familiales. Le statut*, L’assmat, 2013-2014; así como el monográfico “L’accueil familial” de la revista *Empan* 4/ 2010 (nº 80).

BALSELLS BAILON M. A., “Quebec y Cataluña: redes y profesionales para la acción socioeducativa con familias, infancia y adolescencia en situación de riesgo social”, *Revista Española de Educación Comparada*, 12 (2006), 365-387.

SEPPEY, E., *Les enfants placés ont-ils des droits? Réflexion sur l'évolution des pratiques du placement des enfants en Suisse*, Mémoire – Master Orientation professionnalisante, JAFFÉ P., directeur de mémoire nº DE-2013/MIDE11-12/10, Institut Universitaire Kurt Bösch, http://doc.rero.ch/record/31857/files/Seppey_Elodie_M_moire_Orientation_

*l'assistant familial*²⁰²², figura legal que junto a los que convivan en esa unidad forman una *famille d'accueil*²⁰²³, y que hace referencia a una persona que mediante un contrato retribuido acoge en su domicilio a menores que por estar bajo una determinada medida de protección no pueden convivir con su familia, tal y como señala el artículo L421-2 del *Code de l'action sociale et des familles*²⁰²⁴.

Somos consciente de que la profesionalización del acogimiento familiar se enfrenta a una concepción del acogimiento familiar que tiende a reproducir es esquema tradicional que se sustentaba en la convicción de que frente a una “familia que fracasa” debía darse al menor una “familia que funcione”, para lo cual se entendía que solo era necesario que los acogedores tuviesen buena predisposición²⁰²⁵, ²⁰²⁶, lo que ha contribuido en cierta medida a las tasas de abandono de los acogedores no profesionalizados²⁰²⁷.

²⁰²² Vid., *Code de l'action sociale et des familles*, en concreto Livre IV : *Professions et activités sociales*, (artículos 411.1 a 423-35)

²⁰²³ En realidad en Francia la profesionalización de las asistentes familiares ha venido a sustituir a la alocución “familia de acogida”.

²⁰²⁴ *Code de l'action sociale et des familles*, artículo L421-2: “*L'assistant familial est la personne qui, moyennant rémunération, accueille habituellement et de façon permanente des mineurs et des jeunes majeurs de moins de vingt et un ans à son domicile. Son activité s'insère dans un dispositif de protection de l'enfance, un dispositif médico-social ou un service d'accueil familial thérapeutique. Il exerce sa profession comme salarié de personnes morales de droit public ou de personnes morales de droit privé dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre ainsi que par celles du chapitre III du présent livre, après avoir été agréé à cet effet. L'assistant familial constitue, avec l'ensemble des personnes résidant à son domicile, une famille d'accueil*”.

²⁰²⁵ POYATOS GARCÍA, A., “Las familias acogedoras y sus redes sociales. Un análisis comparativo del acogimiento de menores en familia extensa y educadora (ajena), desde el ámbito de los Servicios Sociales”, *Documentos de Trabajo Social*, nº 50, 2011, págs. 9-29: “La familia educadora profesionalizada, por su larga experiencia en el acogimiento con menores, señala que no sólo con amor y altruismo se puede ser familia acogedora”, pág. 24.

²⁰²⁶ DEL VALLE, J. F., BRAVO, A., LÓPEZ, M., “El acogimiento familiar en España: implantación y retos actuales”, *Papeles del Psicólogo*, 2009, v. 30(1), págs. 33-41: “De alguna manera se transmitió en aquellos primeros tiempos la idea de que el acogimiento familiar no iba a presentar dificultades, ya que se trataba de acoger a niños víctimas de maltrato que lo que necesitaban era fundamentalmente una gran dosis de cariño y atención, algo que las familias podían otorgar de manera natural. (...). Esta visión simplista y excesivamente optimista del acogimiento familiar puede haber sido la causa de una decepción inicial, al comprobar que no eran infrecuentes los casos de ruptura, y que las familias acogedoras pasaban a demandar mayores apoyos de todo tipo al comprobar que aquellos niños, además de ser víctimas de maltrato y necesitar gran cariño y atención, también exhibían toda una variedad de problemas de desarrollo frente a los cuales los acogedores no sabían cómo”, reaccionar. De otra parte, las familias biológicas estaban presentes en el proceso de un modo que en muchos casos no había sido adecuadamente explicado. Las visitas, las interferencias, y los efectos sobre el niño de todo ello, provocaban numerosos conflictos que en algunos casos hacían desistir a los acogedores”, pág. 37.

²⁰²⁷ El proceso psicológico de los acogedores ante la complejidad de los problemas que, en la mayoría de los casos presenta el menor acogido es magníficamente expresada por el psiquiatra

Debería abordarse desde el Estado una regulación de esta profesión, dotándola de un estatuto jurídico²⁰²⁸; se trataría de una profesión²⁰²⁹ definida legalmente, tanto en su ámbito subjetivo como el objetivo; por lo que se deberá establecer el sistema de acceso, que en cualquier caso deberá ser un título profesionalizante emitido por las autoridades académicas competentes, que responda a una formación regulada legalmente, específica para el objeto de la misma; la determinación de su estatuto reglamentando todos sus aspectos, la determinación del tipo contractual de que se trate, remuneración, seguridad social, periodos de descanso diarios y semanales, vacaciones, régimen de la ruptura de la relación contractual, número máximo de menores que se pueden acoger, condiciones del domicilio, obligaciones y derechos frente al empleador, régimen disciplinario, sanciones, etc., el estatuto deberá abordar, así mismo la posición, que estos futuros profesionales deben ocupar en el organigrama de la protección del menor²⁰³⁰.

Una cuestión que debe abordarse en la creación de esta profesión es su objeto, lo que supone un necesario replanteamiento de la labor de los acogedores,

LEMAY: *“On peut se voir soi-même comme un parent tout-puissant capable de réparer un enfant démolí par l’adversité. C’est le complexe du parent salvateur. On peut alterner entre un tel sentiment et celui de l’impuissance: «Je ne sais plus quoi faire face à un enfant aussi difficile.» L’impression d’échec peut devenir si forte à un moment donné que l’estime de soi s’en trouve profondément affectée. Il apparaît alors le souhait de se débarrasser de l’enfant, de le confier à quelqu’un de meilleur. Il surgit l’espoir qu’une forme de traitement miracle pourra résoudre les problèmes, tout en se sentant ambivalent et un peu plus dévalorisé si une telle aide est proposée”*, LEMAY, M., “Enfants, parents, assistant familial : une histoire de liens”, *Empan* 4/ 2010 (n° 80), págs. 36-46, parágrafo 18.

²⁰²⁸ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *InDret* 2/2014, pág. 36

²⁰²⁹ TURBIAUX, C., RAMON, V., BOUCHER, A., “Accueil familial et professionnalisation”, *Empan*, 4/ 2010 (n° 80), págs. 22-31: *“Le terme «profession» renvoie à une compétence et à une autonomie avérées, et bénéfique, à ce titre, d’un réel prestige social et intellectuel. Le métier relèverait plus des arts mécaniques. La production de l’un appartiendrait davantage à la tête, celle de l’autre à la main. Avec le temps, les professions s’annexent de nouveaux éléments d’identité sociale qui viennent renforcer leur statut tant sur le plan juridique que symbolique: des sélections, des formations, des cycles professionnels ou universitaires, des examens ou concours, des diplômes, des conventions collectives, des codes de déontologie, des références théoriques et techniques... Le fait d’employer l’un ou l’autre terme n’est pas anodin. Avec le mot « métier », par exemple, on semble insister sur le savoir-faire, résultat de qualités personnelles confortées par le fruit de l’expérience”*, epígrafe 2.

²⁰³⁰ SAHIA CHERCHARI, M., “Retour sur le statut juridique des assistants familiaux”, *Empan* 4/ 2010 (n° 80), pág. 32-35, *“la loi est connue et claire quant à la position des assistants familiaux au sein des équipes, dans un certain nombre de cas, l’assistant n’occupe pas la place qui devrait être la sienne. Ici aussi, il semble assez souvent difficile de changer les représentations ; notamment celle qui impose l’assistante familiale comme «nourrice» (au sens premier, une femme qui allaite un enfant, le sien ou celui d’une autre) plus que comme professionnelle du travail social”*, parágrafo 7.

partiendo del nuevo enfoque que debe tener el acogimiento familiar, los acogedores son colaboradores imprescindibles de la entidad pública y de la familia de origen pero no son padres sustitutos, a pesar de la dicción literal del artículo 173.1, 2º párrafo del Código civil²⁰³¹ “Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional”, y que las funciones que dicho artículo²⁰³² atribuye al acogedor vienen planteadas de la manera similar a las que le corresponden a los progenitores de acuerdo con el artículo 154 del Código civil o, en su caso, con las funciones del tutor del artículo 269.1; tal y como ya hemos planteado, su actuación se enmarca en proporcionar al menor un espacio donde poder abordar su cuidado en tanto se procura la recuperación de la familia de origen o se encuentra una solución más estable para ese menor cuando esto último deviene imposible.

En esta nueva concepción del acogimiento, los acogedores deben formar parte de la estructura pública de protección, deben estar presentes en los órganos colegiados en los cuales se estudia, evalúa y decide el plan de actuación sobre el menor acogido y su familia, dado que este plan es dinámico, debe ser revisado periódicamente para ir adaptándolo a las necesidades y evolución del menor y de su familia de origen²⁰³³.

Por lo tanto, la definición de sus competencias no debería estar planteada como un reflejo del contenido personal de la patria potestad, tal y como realiza el actual artículo 173.2 del Código civil²⁰³⁴, que no viene sino a fomentar esa confusión entre padres biológicos y “padres de acogida”²⁰³⁵, con la consiguiente identificación

²⁰³¹ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, el artículo 173 omite esa expresión.

²⁰³² Artículo 173.1 del Código civil: “El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”.

²⁰³³ LIECHTI, A., “Suivi et formation des parents nourriciers”, *Sécurité sociale, CHSS, n° 6/2006* novembre/décembre, pág. 310-313, “«L’enfant est un bien commun». La troisième raison pour laquelle les parents nourriciers devraient avoir systématiquement droit à un suivi est la nature de leur mission: ils exercent un mandat public dans un cadre privé”.

²⁰³⁴ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, el artículo 173.1 conserva la misma redacción.

²⁰³⁵ Esta confusión de roles plantea problemas incluso en el acogimiento familiar en familia extensa, *vid.* PINAZO, S., FERRERO, C., “Impacto psicosocial del acogimiento familiar en familia

de roles que puede conducir a una intensificación de los aspectos negativos del acogimiento familiar y desembocar en el fracaso del acogimiento, unas veces por desistimiento de los acogedores ante la presión que ello significa²⁰³⁶, otras por la tensión vivida por el menor que se encuentra dividido por la lealtad hacia su familia de origen y sus “nuevos padres”, en una situación que sabe que, en principio, es temporal.

Las competencias asignadas a estos profesionales deberían estar planteadas para dar respuesta a la concepción global del acogimiento familiar, por lo tanto deberá hacer referencia a las obligaciones del acogedor respecto a la esfera personal del menor, en los siguientes términos los acogedores asumen la obligación de asegurar de modo permanente, y en el ámbito del domicilio privado²⁰³⁷, la atención, cuidados y la responsabilidad sobre su educación en lo que concierne a la cotidianidad del menor de acuerdo con las necesidades del menor, es decir, proporcionarle las condiciones necesarias para que, respetando su personalidad, sea posible su desarrollo físico, psíquico y afectivo, procurando su integración en la familia de acogida siendo por lo tanto condición ineludible convivir con él²⁰³⁸.

extensa: el caso de las abuelas y los abuelos acogedores”, *Revista Multidisciplinar Gerontología*, nº 13(2), 2003, págs. 89-101.

MARTÍN MARTÍNEZ, E., “El acogimiento familiar: una medida de protección”, págs. 91-100, PADIAL ALBÁS, A., (coord.), *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, Universitat de Lleida, Lleida, 2012, pág. 95.

²⁰³⁶ BARRERO, E. R., RODRÍGUEZ MUÑOZ, M. F., MORELL PARERA, J. M., “¿Cómo afrontar el proceso de acogida? Una perspectiva psicológica”, págs. 89-124, RODRÍGUEZ MUÑOZ, M. F., MORELL PARERA, J. M., SIERRA GARCÍA, P. (coords.), *Acogimiento familiar. Manual práctico*, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 2014, pág. 95.

²⁰³⁷ SUNE, J-P., “Introduction”, *Empan*, 4/ 2010 (nº 80), págs. 10-12, “*Les assistants familiaux présentent, par rapport aux «autres» travailleurs sociaux, la particularité d’organiser leur pratique autour de l’accueil «intime» des enfants confiés, accueil intime car l’espace, le cadre proposé créent la rencontre objective de trois intimités:*

- *celle de l’enfant, «exposée» dans tous les actes quotidiens habituellement réservés à la sphère privée;*
- *celle de la famille de cet enfant, qui, à travers celui-ci, va apparaître dans ses valeurs, ses rituels, ses modes de fonctionnement relationnels – en fait, sa culture;*
- *celle, enfin, de l’assistant familial qui, au-delà de sa fonction professionnelle, implique sa famille (couple et parentalité), son lieu de vie, et met en jeu, dans le travail d’équipe, ses valeurs, ses modes de pensée éducatifs et familiaux”,* parágrafo 3

²⁰³⁸ Las funciones del acogedor profesional en Francia se concretan en :

* “*d’assurer permanence relationnelle, attention, soins et responsabilité éducative au quotidien de l’enfant, de l’adolescent ou du jeune majeur selon ses besoins.*

* *de favoriser l’intégration de l’enfant, de l’adolescent ou du jeune majeur dans la famille d’accueil en fonction de son âge et de ses besoins, de veiller à ce qu’il y trouve sa place ;*

Pero junto a este contenido habría que añadir la obligación de colaboración con el equipo técnico multidisciplinar de los servicios autonómicos permanentes de protección del menor, a fin de consensuar las medidas y actuaciones precisas para el acompañamiento de ese menor concreto en la consecución de su desarrollo equilibrado y el logro de su autonomía, y de favorecer y restablecer las relaciones con su familia de origen²⁰³⁹.

En nuestro sistema se va abriendo camino la profesionalización del acogimiento familiar²⁰⁴⁰, pero, principalmente, está enfocado y regulado para el

** et, avec les autres membres de l'équipe technique pluridisciplinaire du service d'accueil familial permanent (travailleur social référent, psychologue, psychiatre, chef de service...) et les autres membres de la famille d'accueil d'aider l'enfant, l'adolescent ou le jeune majeur à grandir, à trouver ou retrouver un équilibre et à aller vers l'autonomie, d'accompagner l'enfant, ou le jeune majeur dans ses relations avec sa propre famille".*

http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/assistant-familial_masque-dgcs_4_.pdf

²⁰³⁹ PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*, Observatorio de la Infancia de Andalucía, Junta de Andalucía, Granada, 2014, "Un modelo de intervención que está basado no sólo en el control, sino también en el apoyo y la colaboración entre profesionales y familias acogedoras, requiere que éstas muestren evidencias de ser capaces de haber trabajado y de trabajar a favor del niño o la niña en colaboración con diversos profesionales (de la salud, de la educación, del sistema de protección o de los servicios sociales), y muy particularmente con los del acogimiento familiar", pág. 115.

²⁰⁴⁰ Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, en su artículo 7 c): "Acogimiento familiar profesionalizado, cuando el menor requiera una atención específica que implique una especial dedicación, preparación y capacitación del núcleo familiar acogedor, al objeto de proporcionar la atención rehabilitadora, terapéutica o de otro tipo que resulte necesaria al menor". Y en su artículo 16. 3 "Acogimiento familiar profesionalizado:

a) Disponibilidad permanente del solicitante, o de ambos solicitantes en caso de parejas, para las tareas relacionadas con el acogimiento familiar.

b) La formación o experiencia positiva comprobable en alguna de las siguientes áreas: sanitaria, social o educativa."

Continuando en su artículo 18 3: "En el caso de acogimiento familiar profesionalizado, el solicitante o al menos un miembro de la pareja, deberá contar con disponibilidad permanente y plena dedicación para el acogimiento del menor o menores. El número máximo de menores a acoger de forma simultánea será de dos por cada solicitante a plena dedicación, o tres si se trata de parejas con un sólo miembro a plena dedicación. Además los solicitantes deberán contar con formación o experiencia acreditada en alguna de estas áreas, sanitaria, social o educativa".

Valencia, Orden 19/2013, de 4 de noviembre, de la Conselleria de Bienestar Social, que regula el carné de familia educadora en la Comunitat Valenciana.

Andalucía, Orden de 11 de febrero de 2004, por la que se regulan las prestaciones económicas a las familias acogedoras de menores, artículo 7. 3: "Las familias acogedoras profesionalizadas deberán reunir además de los requisitos establecidos con carácter general para el acogimiento familiar simple o permanente, los siguientes requisitos específicos: a) Al menos una de las personas acogedoras deberá acreditar una formación adecuada para asumir el acogimiento de menores con necesidades especiales, debido a su enfermedad grave, trastorno de conducta, discapacidad física, sensorial o psíquica, procedencia de la inmigración, o menores que precisen apoyo especial debido a los malos

acogimiento de menores con necesidades especiales^{2041, 2042}, con un escaso desarrollo normativo en aquellas Comunidades Autónomas que lo contemplan, no existiendo uniformidad, no solo en su finalidad²⁰⁴³ sino, incluso, en su denominación²⁰⁴⁴, a la que ha contribuido la escasa técnica legislativa del Código

tratos o abusos sexuales sufridos. b) La persona acogedora o un miembro de la pareja acogedora, en su caso, mantendrá la disponibilidad necesaria para la atención y cuidado de estos menores”.

RODRÍGUEZ BORRAJO M. E., CHANA GARCÍA L., C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012, lo identifican como tal cuando los acogedores reciben una retribución por el ejercicio de la guarda, definiéndolo como aquel “acogimiento familiar en el que se remunera al acogedor por la labor profesional que realiza en el ejercicio de la guarda de los niños o niñas acogidos.” pág. 118

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe sobre el seguimiento de los niños acogidos en familia*, Diciembre de 2013, “Los acogimientos profesionales, con una presencia simbólica en nuestro país, son aquéllos en que la familia o persona percibe una prestación por el servicio prestado, además de la prestación por los gastos de atención del niño o el adolescente acogido, y se exige, normalmente, una preparación específica”, pág. 11.

²⁰⁴¹ DEL VALLE, J. F., BRAVO, A., LÓPEZ, M., “El acogimiento familiar en España: implantación y retos actuales”, *Papeles del Psicólogo*, 2009, v. 30(1), págs. 33-41, “una de las tipologías actualmente sopesada por varias administraciones es la del acogimiento profesionalizado. Se trataría de acogedores que presentan una total disposición y dedicación a cambio de percibir una remuneración similar a un salario (o propiamente un salario). Lógicamente, esta modalidad estaría concebida para disponer de acogedores en aquellos casos de niños o adolescentes que requieren una atención muy intensiva o de especial dificultad”, pág. 35:

²⁰⁴² TRISELIOTIS, J., “El acogimiento familiar: un recurso de atención normalizada”, Monográfico sobre Acogimiento familiar, *Revista de Estudios: Infancia y Sociedad*, nº 6, noviembre-diciembre, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, “El acogimiento familiar profesional está destinado a los niños y adolescentes más difíciles. (...) a estos acogedores se le busca, se les prepara y se les forma para hacer un trabajo. Esto es muy importante. Además, se les paga una cuota, no únicamente una pensión mensual; en tercer lugar, tiene una característica de contrato”, pág. 11.

²⁰⁴³ PARADELA TORICES, I., JUÁREZ BARRIOS, M., SANZ SÁEZ, L., RAMOS GONZALEZ, I., URRAINFANCIA, S.L., *Acogimiento en la Comunidad de Madrid Una guía para orientar y ayudar a las familias acogedoras y para aquellas familias que estén pensando acoger un menor*, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Comunidad de Madrid, Madrid, 2009, entienden que “acogimiento profesionalizado es aquel tipo de acogimiento en el que al menos un miembro de la familia acogedora actúa con carácter profesionalizado, consecuentemente retribuido, y acredita una formación y capacitación adecuada (psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos, etc.) que facilite asumir el acogimiento de menores con necesidades especiales y mantiene la disponibilidad necesaria para la atención y cuidados de estos menores. Generalmente el acogimiento profesionalizado se lleva a cabo con menores que presentan una enfermedad grave, trastornos de conducta importantes, discapacidad física, sensorial o psíquica, menores que precisen un apoyo especial debido a malos tratos o abusos sexuales, etc.”; considerando que “acogimiento especializado es aquel destinado a ofrecer un ambiente familiar a menores que presentan necesidades especiales o ciertas particularidades que requieren una atención más especializada. Se trata de acoger a menores con enfermedades crónicas, discapacidad física, psíquica, sensorial, trastornos graves del comportamiento, etc. El acogimiento especializado demanda a la familia acogedora una formación permanente, una mayor capacidad de adaptación a las demandas del menor y una mayor dedicación. La administración dispone de programas que ofrecen los recursos profesionales especializados necesarios para el seguimiento y apoyo al menor y a la familia acogedora”, pág. 16.

²⁰⁴⁴ Por ejemplo, en la normativa autonómica valenciana reciben el nombre de familias educadoras, artículo 119 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.

civil en esta materia, que habla indistintamente de acogimiento familiar, acogimiento profesionalizado en el artículo 173. 2, 6º del Código civil, o de responsable del hogar funcional en el artículo 173.1, 2º párrafo del Código civil sin haberse creado un cuerpo de acogedores familiares con una formación específica y común y sin determinar su estatuto profesional.

La configuración de esta nueva profesión supondría un salto cualitativo que redundaría de manera notable en la eficacia de este recurso, no hay que olvidar la exigencia de formación y profesionalización de todos aquellos que forman parte del entramado de protección pública del menor, porque este recurso tan complejo no solo un problema de cantidad sino también de calidad del recurso²⁰⁴⁵; en ese sentido, la profesionalización del acogimiento familiar supondría “valor añadido de contenido técnico”²⁰⁴⁶, ya que no puede obviarse las necesidades específicas de estos menores que requieren, en la mayoría de los casos de una intervención que va más allá de la buena disposición de los acogedores²⁰⁴⁷.

En Cataluña, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia las denomina en su artículo 131 como “unidad convivencial educativa”, que en palabras de PADIAL ALBÁS, A., “Los retos del acogimiento en el sistema de protección catalán”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, PADIAL ALBÁS, A. M., (coord.), Ediciones Universitat de Lleida, Lleida, 2012, están orientadas “fundamentalmente para menores con diversidad funcional, grupos de hermanos, con dificultades o necesidades educativas especiales. Un tipo de acogimiento en el que los acogedores son personas previamente seleccionadas y cualificadas por razón de su titulación, formación y experiencia en el ámbito de la infancia”, pág. 76.

En la Comunidad Autónoma de Canarias, Orden de 1 de septiembre de 2010, por la que se regula la compensación económica para los acogimientos familiares remunerados. Artículo 2.3. “Acogimiento familiar profesionalizado. Son aquellos que se formalizan por la Entidad Pública o se constituyen judicialmente a instancia de aquélla, de menores, tutelados o en situación de guarda voluntaria, con solicitantes de acogimiento profesionalizado, que con dedicación y cualificación adecuada, acogen a menores con fines terapéuticos y educativos, recibiendo una cantidad mensual por su labor y por los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos”.

²⁰⁴⁵ SAHIA CHERCHARI, M., “Retour sur le statut juridique des assistants familiaux”, *Empan 4/ 2010* (nº 80), p. 32-35, “L’assistant familial, en charge d’élever dans sa propre famille un (ou des) enfant(s), est, et doit être, (un) professionnel. Il n’est pas bénévole, il n’adopte pas... C’est un travailleur social, il exerce un métier, une profession (ce qui au demeurant n’interdit ni les émotions ni les satisfactions). D’où une formation qui non seulement reste obligatoire (obligation imposée par la loi de 1992), mais dont on va allonger la durée (de 120 à 300 heures) et développer les contenus”, parágrafo 3.

²⁰⁴⁶ FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008, pág. 54

²⁰⁴⁷ JIMÉNEZ MORAGO, J. M., PALACIOS GONZÁLEZ, J., *El acogimiento familiar en Andalucía*, MARÍN VEGA, J., (coord.), Junta de Andalucía, Granada, 2008, “no puede olvidarse que quienes se incorporan a las familias acogedoras son menores cuya trayectoria vital precedente ha estado

Mientras no exista un enfoque de la figura jurídica del acogimiento familiar desde esta perspectiva de su profesionalización, la regulación del Código civil y el desarrollo que ha realizado las Comunidades autónomas no hacen sino constatar un alejamiento entre la ley y la realidad, incluso me atrevería a decir que para un 70% de los menores con medida de protección de acogimiento familiar son letra muerta, dada su ineficacia a pesar de toda la buena intención con la cual se ha abordado en todos los ámbitos y que su finalidad no puede ser más encomiable, pero “el problema, como juristas que somos, es que las leyes sean papel mojado, que el legislador les haga decir lo que es imposible, porque esto destruye el Derecho mismo”²⁰⁴⁸.

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ENTIDAD PÚBLICA

2.1. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD PÚBLICA POR EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACOGIMIENTO

La técnica jurídica adecuada al tratamiento de la responsabilidad por daños en la situación del menor en acogimiento familiar supone la aplicación del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el funcionamiento un servicio público, en coherencia con su naturaleza como tal. Por tanto, esta consideración²⁰⁴⁹ nos sitúa “en un régimen de responsabilidad distinto: criterio de imputación objetivo, no subjetivo; diferencias en la carga de la prueba;

caracterizada por la adversidad, pues de otra forma no tendría sentido la separación de la familia de origen y la integración en otro contexto familiar”, pág. 19.

²⁰⁴⁸ LÓPEZ MENUDO, F., “La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica”, El marco jurídico de los servicios sociales en España, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pág. 44.

²⁰⁴⁹ Hay que hacer constar que nos situamos en la responsabilidad extracontractual de la Administración pública, limitada a los daños causados a terceros como consecuencia de actuaciones administrativas de sus órganos o de sus colaboradores.

ciertas diferencias en las causas de exoneración, o en la legitimación activa”²⁰⁵⁰, con base en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en concreto, en el artículo 139 apartados 1 y 2, que responde al mandato contenido en el artículo 106.2 de la Constitución.

Como ya expusimos, el menor con una resolución de desprotección en el marco del artículo 172 del Código civil pasa a una situación de acogimiento, previa adjudicación y formalización del mismo, que le atribuye la condición de usuario de un servicio público, lo que implica la responsabilidad patrimonial de la entidad pública por los daños ocasionados por el funcionamiento del servicio de acogimiento, aún cuando, como en nuestro caso, determinadas prestaciones del servicio son prestadas por un particular en el ámbito de su domicilio privado²⁰⁵¹.

La responsabilidad patrimonial de la entidad pública derivada de su titularidad del servicio de acogimiento responde, como expondremos a continuación, a todas las exigencias que presuponen la atribución de la responsabilidad a la Administración por prestación de un servicio, siendo la primera de ellas, y que actúa como pórtico de su eficacia, la necesaria conexión previa entre el menor y un órgano específico de una de las Administraciones públicas; en los menores con resolución de protección ex artículo 172 del Código civil ese vínculo jurídico se concreta entre el menor y el órgano autonómico que haya adoptado la medida de protección por ser competente territorialmente, siendo por lo tanto atribuible la responsabilidad patrimonial a la Administración autonómica, individualizando la responsabilidad en la entidad pública que, de acuerdo con la competencia exclusiva de las Comunidades autónomas de organizar su propia

²⁰⁵⁰ CADENAS SOBREIRA, M. A., “Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil”, BELLO JANEIRO, D., (coord.), *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Barcelona, 2013, págs. 54-55.

²⁰⁵¹ TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, 2007, “el usuario debe poder en todo caso reclamar a la Administración responsable del servicio un determinado nivel de calidad en la prestación del servicio, aún cuando quien lo presta es una entidad privada”, pág. 59. En este sentido, BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, pág. 62.

estructura administrativa, tenga atribuida la competencia en protección de menores²⁰⁵².

Ese nexo se fundamenta en que, como ya hemos expuesto, la entidad pública ostenta la titularidad de la guarda del menor, bien por derivación de la titularidad de la tutela *ex lege* bien por haberla asumido a petición de los progenitores o tutores, y el hecho de establecer el acogimiento familiar del menor no afecta a dicha titularidad ni, por supuesto, vacía de contenido las consecuencias jurídicas de la misma, pero inevitablemente estas se ven afectadas por el hecho de la colocación del menor en acogimiento, en el que su cuidado son confiadas a unas personas privadas con las cuales convive. El posible obstáculo que puede oponerse a este enfoque al ser el acogedor quien tiene la guarda material del menor, se supera desde el momento en que entre el acogedor y la entidad pública existe una relación jurídica nacida del acuerdo suscrito entre ambas cuyo objeto es el cumplimiento de un función pública en el ámbito de su domicilio particular. Entendemos que los acogedores están integrados en la organización administrativa del servicio público,

²⁰⁵² Dictamen Consejo de Estado 3045/2003, (Castilla y León) de 22 de enero 2004, aunque referido a dos menores tutelados por los servicios de protección de Castilla y León, tanto el agresor como la agredida, determinándose la responsabilidad patrimonial de la entidad, “El menor autor de los hechos estaba bajo la tutela de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León y, en consecuencia, la Junta es responsable de los perjuicios derivados de los actos ilícitos de su pupilo o tutelado (o de actos que hubieran sido delito de ser el autor mayor de edad). Esa responsabilidad es de naturaleza civil y debe sustanciarse, con arreglo al artículo 146 de la Ley 30/1992, por el procedimiento establecido en esta misma Ley citada”.

Sin embargo, el Dictamen Consejo de Estado 3045/2003,783/2004 (Ciudad autónoma de Melilla), de 10 junio de 2004, hace recaer la obligación de indemnizar en la institución de acogida por no hacer desarrollado “la diligencia de un buen padre de familia”. Aunque considero que la solución más ajustada a derecho es la contenida en el voto particular “Consideran los autores del presente Voto particular que el razonamiento del dictamen, que concluye con la propuesta de una indemnización al solicitante, se excede respecto a la prueba de la diligencia de un padre de familia para enervar las consecuencias que los perjuicios causados por los menores o incapacitados tienen en principio para sus padres y tutores, interpretando esta última condición en sentido amplio. Si los menores no se encontraban sometidos a ningún internamiento en régimen cerrado, y si se “escaparon” por una ventana del Centro de Acogida -como se lee en el informe evacuado por su Director- resulta difícil saber qué particulares medidas hubieran podido impedir la fuga, a no ser la colocación de barrotes en las ventanas, lo que apuntaría más bien hacia una privación de libertad. Quiere decirse que a juicio de estos Consejeros, la vía del Código Civil llevaría a la desestimación de la reclamación patrimonial, mientras que, por el contrario, la fuga por una ventana sí que hubiera podido servir de base para una estimación total o parcial de la solicitud a semejanza de lo que sucede con los delitos cometidos por quienes escapan de un establecimiento penitenciario - independientemente ya de las posibles negligencias en la custodia-, por aplicación de la responsabilidad objetiva que la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común prevé para los supuestos del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

es un colaborador necesario para el ejercicio de las funciones materiales de guarda del menor^{2053, 2054}, y que en el ejercicio de sus funciones queda sometida a la dirección, control y supervisión de la entidad pública. Cuestión distinta es la existencia de una responsabilidad concurrente entre la entidad pública y los acogedores²⁰⁵⁵, que debe analizarse desde la perspectiva de la necesaria exigencia de la relación de causalidad entre el resultado lesivo y la actuación de la entidad pública²⁰⁵⁶.

²⁰⁵³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 22 de diciembre 2014, (recurso nº 1972/2013), Fundamento de Derecho cuarto: “Pues bien, al ser en el momento de la prestación del servicio cuando se produce el accidente que origina la reclamación y, precisamente, en las instalaciones o infraestructuras que la Administración ha dotado como soporte necesario para prestar aquél en las condiciones debidas, mal puede aceptarse como doctrina correcta la que se recoge en la resolución recurrida y que se asume en la sentencia de contraste, debiéndose advertir que la producción del accidente en aquellas instalaciones e imputándose a un defectuoso estado de las mismas, impide en todo caso entender que los daños y perjuicios cuya reparación se reclama derivan de una relación de derecho privado, en cuanto las instalaciones o infraestructuras en los que se prestan los servicios públicos se integran en el significado propio de éstos”.

²⁰⁵⁴ DE LA PALMA DEL TESO, Á, “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, *AFDUAM*, 15 (2011), págs. 185-215, “Ahora bien, en la medida que la Administración que tiene atribuida la tutela sigue siendo la titular de la guarda del menor y, por tanto, la responsable de brindar protección al menor, también será responsable de los daños y perjuicios que pudiera causar el menor. Así lo vienen reconociendo las propias Administraciones en el marco de los procedimientos administrativos a través de los que se reclama responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por menores bajo su tutela”, pág. 214.

²⁰⁵⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 140, solo recoge la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas:

“1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”.

²⁰⁵⁶ MIR PUIGPELAT, O., “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, ORTIZ BLASCO, J., MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, págs. 33-60, “La LRJPAC también omite toda referencia a los daños que puedan ocasionar sujetos estrechamente vinculados a las Administraciones Públicas y a su actividad, como son sus entes instrumentales dotados de personalidad jurídico-privada –sobre todo, sociedades mercantiles y fundaciones–, sus contratistas y los sujetos privados que ejercen funciones públicas. Esta estrecha conexión “administrativiza” de algún modo, a los ojos de las víctimas, los daños que tales sujetos puedan causar, y justifica que el legislador disipe las dudas sobre el régimen material y procesal de responsabilidad a que quedan

Como tampoco es obstáculo la referencia realizada por el artículo 172.2 del Código civil sobre las obligaciones que mantienen los progenitores o el tutor ordinario en la guarda voluntaria o lo dispuesto en el artículo 173. 3º b)²⁰⁵⁷ determinando que en el acuerdo de acogimiento deberá hacerse constar el “sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros”²⁰⁵⁸, lo que no implica que dicho apartado establezca un sistema patrimonial específico para la situación de acogimiento familiar²⁰⁵⁹.

sometidos. Cualquier solución por la que se decante el legislador será mejor que la falta de regulación expresa actual”, pág. 35.

²⁰⁵⁷ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) Sentencia nº 29/2005 de 17 febrero Fundamento de Derecho cuarto: “Es por ello que la responsabilidad del Instituto Navarro de Bienestar Social no puede ofrecer ninguna duda, no pudiendo exonerarse por qué en la Resolución de Acogimiento se hiciese referencia de estilo o meramente formal de las responsabilidades que siguen manteniendo los padres o tutores cuando en definitiva, y en concreto en el caso de autos, la madre biológica del menor no podía ejercer labor alguna de vigilancia o control, dada la nula relación con la misma, y menos la familia de acogida pues precisamente por el comportamiento del menor cesó el acogimiento familiar hasta entonces existente”.

²⁰⁵⁸ MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, considera que tampoco obliga a las partes a suscribir un sistema de cobertura de la responsabilidad por daños pág. 190.

El Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015, elimina esta referencia del Código civil y lo traslada al contenido del artículo 20.3, 2º, de la Ley Orgánica 1/1996, señalando que en el anexo al documento de formalización se hará constar: “El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros”.

Vid. ARQUILLO COLET, B., “Seguro y responsabilidad patrimonial de la administración: los problemas del aseguramiento de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y sus soluciones jurídicas”, Atelier, Barcelona, 2008.

HUERGO LORA, A., *El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

²⁰⁵⁹ DE LA PALMA DEL TESO, Á, “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores, *AFDUAM*, 15 (2011), págs. 185-215, “en el caso de menores tutelados por la Administración, a los que se hubiera aplicado la medida de acogimiento familiar, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el documento de formalización del acogimiento. El artículo 173.2 del Código Civil prevé que el documento de formalización contemple el sistema de cobertura por parte de la Administración pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. Ahora bien, este precepto no impondría la obligación de suscribir un contrato de seguro para cubrir los eventuales daños y perjuicios. El documento de formalización del acogimiento podría referirse a la existencia de una póliza de seguros o bien remitir al régimen de responsabilidad legalmente aplicable”, pág. 214.

MIR PUIGPELAT, O., “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, ORTIZ BLASCO, J.; MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, págs. 33-60, “La cuestión más debatida y controvertida es la de si subsiste (y debe subsistir) la acción directa contra la compañía aseguradora,

En este sentido, el acogimiento del menor “no elimina la responsabilidad que (la entidad pública) como guardador legal tiene, ya que sin perjuicio de la responsabilidad en que puede incurrir el director del centro de acogida, como guardador de hecho, sigue concurriendo la responsabilidad de la entidad pública que por ley tiene la tutela y la guarda. En definitiva el ingreso en el centro no elimina aquella, ya que lo que asume el centro es sólo el ejercicio del acogimiento residencial, pues en definitiva el Instituto Navarro de Bienestar social se convierte por ley en garante del ejercicio de la guarda legal, bien directamente bien a través de los oportunos convenios con quienes concierta la prestación del acogimiento residencial, pero este convenio no altera su responsabilidad legal” ²⁰⁶⁰.

ante los tribunales del orden civil, prevista de forma general en el artículo 76 LCS, o si es preciso en todo caso que se siga el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad contemplado imperativamente por la LRJPAC. Pese a los efectos positivos que la acción directa tiene entre particulares, existen buenos argumentos para que una futura reforma la eliminara cuando el sujeto asegurado fuera una Administración, e impusiera un litisconsorcio pasivo necesario de ésta y su aseguradora ante el orden contencioso-administrativo. Esta propuesta presupone que se conceda a la aseguradora una posición activa en el procedimiento administrativo previo, posición que de hecho ya garantizan muchas de las pólizas suscritas por la Administración cuando llegan incluso a establecer comisiones paritarias encargadas de proponer el otorgamiento o la denegación de las indemnizaciones, así como su cuantía. El legislador debería también resolver otros aspectos, como a quién corresponde el ejercicio de la acción de regreso contra el empleado público causante del daño, ejercicio que es obligatorio (art. 145.1 LRJPAC), cuando quien satisface la indemnización es la aseguradora; o si resulta admisible y coherente con dicha acción de regreso obligatoria la práctica habitual de que sea la propia Administración y no sus empleados quien pague las primas de los seguros de responsabilidad civil de éstos.”, págs. 59-60.

²⁰⁶⁰ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) Sentencia núm. 29/2005 de 17 febrero Fundamento de Derecho cuarto. Los razonamientos están referidos a un menor bajo tutela de la entidad pública y en acogimiento institucional, pero consideramos aplicables a cualquier situación derivada del 172 del Código civil, continuando la sentencia: “pues como se recoge en la STSJ Navarra Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de Mayo de 2004, nº 487/2004 "sin perjuicio de las obligaciones del centro y de los padres el INBS ejercía por Ministerio de la Ley la función de tutela..." ya que el hecho de haber confiado a un tercero la custodia no implica el cese de las "obligaciones de guarda de la Administración Foral...pues aún estando fuera de su ámbito material de acogida, seguía estando en el ámbito de vigilancia y supervisión de la entidad pública como guardador mediato..." Es por ello que la responsabilidad del Instituto Navarro de Bienestar Social no puede ofrecer ninguna duda, no pudiendo exonerarse por qué en la Resolución de Acogimiento se hiciese referencia de estilo o meramente formal de las responsabilidades que siguen manteniendo los padres o tutores cuando en definitiva, y en concreto en el caso de autos, la madre biológica del menor no podía ejercer labor alguna de vigilancia o control, dada la nula relación con la misma, y menos la familia de acogida pues precisamente por el comportamiento del menor cesó el acogimiento familiar hasta entonces existente. (...) por ello, si la guarda de la menor, como su custodia, la ostentaba el "Gobierno de Navarra" y si el sentido del precepto del que la responsabilidad deriva ha de ser el literal, la lógica conclusión es que, no estando la menor bajo la guarda de su madre, no concurría el primero de los presupuestos necesarios para exigirle responsabilidad con arreglo al precepto tantas veces citado, lo que comporta, asimismo, que su aseguradora no venga obligada, obviamente, a asumir responsabilidad civil alguna en cuanto ésta no alcanza a su asegurada”.

Razonamiento éste que, aunque referido al acogimiento residencial, es aplicable al acogimiento familiar.

A partir de su regulación legal, la jurisprudencia²⁰⁶¹ y la doctrina²⁰⁶² han ido perfilando los requisitos necesarios para apreciar la concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, concretarlos en unos elementos objetivos, a saber, la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; el que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, siendo indiferente la calificación de funcionamiento normal o anormal, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; ausencia de fuerza mayor; que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contrario al derecho (antijuricidad subjetiva) sino, simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva).

Siendo el otro elemento fundamental de la responsabilidad patrimonial el subjetivo que, tradicional y genéricamente²⁰⁶³, se ha identificado con la

²⁰⁶¹ Por todas, Sentencia de Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso), de 9 de Noviembre de 2004, nº de recurso 7834/2000, Fundamento de Derecho tercero.

Sentencia de Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso), de 9 de Noviembre de 2004, nº de recurso 7834/2000, Fundamento de Derecho tercero,

Ambas que recoge la doctrina de las Sentencias de 24 de Mayo de 1992, 5 de octubre de 1993 y 22 de marzo de 1995.

Y en lo que concierne a la protección del menor, Sentencia nº 481/2010 de 30 de abril de 2010 del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso) Cataluña, Fundamento de Derecho cuarto.

²⁰⁶² Vid., VV. AA., *Manual de responsabilidad pública*, Homenaje a González Gutiérrez-Barquín, Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005.

²⁰⁶³ ALONSO GARCÍA, M. C., LEIVA RAMÍREZ, E., "La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador", *Revista Derecho del Estado*, nº 29, julio-diciembre del 2012, págs. 145-173: "La irresponsabilidad del Estado por los daños causados por la legislación ha sido admitida durante mucho tiempo como un dogma. (...). Sin embargo, a partir del siglo XX comienza a admitirse la posibilidad de que el Estado esté obligado a reparar los daños ocasionados por actuaciones u omisiones imputables a las ramas legislativa y judicial", pág. 147.

Cuestión esta que está siendo replanteada con la exigencia de responsabilidad patrimonial al poder legislativo y al judicial, y al cada vez más amplio concepto de servicio público a estos efectos, Sentencia de Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso), de 9 de Noviembre de 2004, nº de recurso 7834/2000, Fundamento de Derecho tercero, reproduciendo la doctrina sentada por este Tribunal en las sentencias de 5 de Junio de 1989 y 22 de Marzo de 1995: la jurisprudencia "ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo".

Administración pública, dado que se entendió que es a ella, al poder ejecutivo, a quien se refiere el artículo 106.2 de la Constitución, ya que en él se plantea la responsabilidad patrimonial desde la posición jurídica del que soporta el daño²⁰⁶⁴.

Del análisis de los distintos requisitos podemos establecer que es una responsabilidad directa “por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido, relación de causalidad o nexo causal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal²⁰⁶⁵”.

Es una responsabilidad objetiva²⁰⁶⁶, se trata de resarcir un daño causado y que el que lo sufre no tiene obligación jurídica de soportarlo, “al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del derecho civil ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida

²⁰⁶⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANMDE, E., *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Cambra de la Propietat Urbana de Reus y Comarques, Reus, 2003.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 23 de enero de 2015 (nº de Recurso: 3210/2012), Fundamento de Derecho Cuarto: “Es igualmente imprescindible tener en cuenta la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala (por todas la citada Sentencia de 16 de mayo de 2014) en que señalamos que en los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia la viabilidad de la acción requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que exista un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; b) que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; c) que exista la oportuna relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el daño causado de tal manera, que éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración y, d) que la acción se ejercite dentro del plazo de un año desde que la producción del hecho determinante del daño propició la posibilidad de su ejercicio”. Los arts. 292 a 294 LOPJ , desarrollan lo dispuesto en el art. 121 de la Constitución sobre responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, que reconoce el derecho a ser indemnizado en casos de error o funcionamiento anormal”.

²⁰⁶⁵ Sentencia de Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso), de 28 de noviembre de 1998, nº de recurso 2346/1994, Fundamento de Derecho segundo.

²⁰⁶⁶ MIR PUIGPELAT, O., “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, ORTIZ BLASCO, J.; MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, págs. 33-60, “Erigido el funcionamiento anormal en el título general de imputación, la clave pasaría a residir en su delimitación respecto del funcionamiento normal. Somos muchos quienes creemos que el establecimiento de concretos estándares normativos de diligencia por parte del legislador y la Administración resulta de gran ayuda a este respecto y evita en buena medida los problemas que, desde el punto de vista de los principios democrático, de igualdad, de seguridad jurídica y de eficiencia, suscita la –inevitablemente oscilante y difícilmente previsible– fijación judicial del nivel de diligencia exigible a las Administraciones Públicas. Su utilidad es especialmente importante en relación con la responsabilidad por omisión”, págs. 38-39.

legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 de la Ley antes citada, pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad”²⁰⁶⁷, ²⁰⁶⁸. Ahora bien, el propio Tribunal matiza esta característica en determinados ámbitos, entre los que se encontraría la responsabilidad de la entidad pública en el caso del acogimiento familiar, por ello considero aplicable lo señalado por la Sala (aunque referido a los servicios sanitarios) que “frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, (...) que la responsabilidad que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles”²⁰⁶⁹.

²⁰⁶⁷ Sentencia de Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso), de 6 de noviembre de 1998, Fundamento de Derecho segundo.

²⁰⁶⁸ CABALLERO LOZANO, J. M., “La nueva responsabilidad por daños causados por piezas de caza en Castilla y León tras la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas financieras”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 10, 2006, págs. 135-206: “Fuera del conjunto de responsabilidades que señala el precepto cabe pensar que el accidente puede tener su origen en un deficiente funcionamiento del que pudiéramos denominar servicio público de conservación de la naturaleza, o, si se quiere, gestión de la fauna silvestre, con arreglo al cual la Administración pública ha de velar no sólo por que las especies animales —y vegetales— se vean libres de cualquier agresión que ponga en riesgo su vida o integridad física, sino también por que las personas no lleguen a sufrir perjuicios corporales o patrimoniales como consecuencia de los hechos causados por esas especies”, pág. 194.

²⁰⁶⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 9 de octubre de 2012, (nº de recurso 20/2012), Fundamento de Derecho tercero.

En cuanto a la exigencia de que el daño sea antijurídico, en cuanto el que lo sufre no tenga la obligación de soportarlo, la jurisprudencia concluye “que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”²⁰⁷⁰; por lo que la responsabilidad de la Administración surge cuando el daño sea efectivo, es decir, se haya producido un menoscabo en los bienes o derechos del administrado, ya sean patrimoniales o morales, y que ese daño sea real y actual y no meras expectativas, tal y como señala la jurisprudencia²⁰⁷¹. En todo caso, se exigirá que el daño pueda ser cuantificable económicamente, cuestión ésta que planteó problemas doctrinales para los daños morales²⁰⁷², dado que es imposible llevarlos a “las normas valoradoras que establece el artículo 141-2 de dicha Ley de R.J.A.P. y del P.A.C., cuando habla de las “valoraciones predominantes en el mercado”²⁰⁷³, cuestión está

²⁰⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 19 de diciembre de 2014, nº de Recurso: 3939/2013, Fundamento de Derecho primero.

²⁰⁷¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 12 de diciembre de 1998, Fundamento de Derecho tercero: “según ha quedado expuesto, la existencia de perjuicios carecía de respaldo probatorio, de ahí que la sentencia fijara como punto de partida para determinar los daños y perjuicios “el momento en que, si se hizo, hubiesen sido ejecutados los actos administrativos recurridos”, pero ello no supone establecer un criterio para determinar la cuantía de los daños y perjuicios, sino que se está reconociendo el derecho a la indemnización de unos perjuicios que no se declara haber sido causados, sino para el caso hipotético de que pudieran haberlo sido o lo fueran en el futuro, cuestión que no debe quedar diferida a la ejecución de sentencia”.

²⁰⁷² MARÍN GARCÍA I., LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, *InDret* 2/2010, “podemos definir “daño moral” como aquél que comporta un efecto psicológico negativo derivado de una agresión al patrimonio, a la integridad física (*pretium o pecunia doloris*) o a la integridad moral de un individuo, sin que quepa incluir a las personas jurídicas como víctimas potenciales (...) Si bien parece ineludible vincular el daño moral a un menoscabo de los sentimientos, éste no ha de reducirse a un ataque a la afectividad, pues también puede comprender lesiones del acervo jurídico que no conllevan aflicción ni desánimo pero que merecen una valoración social negativa. Ello no contradice a la mejor doctrina, que se ha manifestado contraria a que la mera lesión de derechos subjetivos sea resarcible en Derecho español, pues ésta debe ir unida a una afectación de la esfera psicofísica del individuo”, págs. 6-7.

²⁰⁷³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 4 de octubre de 1999, Fundamento de Derecho quinto.

ya resuelta tanto en la responsabilidad extracontractual de 1902 y ss. del Código civil²⁰⁷⁴ como la responsabilidad patrimonial de la Administración pública²⁰⁷⁵.

En cualquier caso, es necesario establecer la existencia del nexo causal entre el daño provocado y la acción de la Administración²⁰⁷⁶, el cual se obtendrá “buscando entre las diversas causas, la causa adecuada o eficiente que resulte normalmente para determinar el resultado, buscando que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, añadiendo que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente

²⁰⁷⁴ Es más incluso se ha admitido la responsabilidad civil por daños morales entre los miembros de un familia, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo 512/2009, 30 de junio de 2009, Fundamento de Derecho quinto: “hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

²⁰⁷⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso) Cataluña, nº 481/2010 de 30 de abril de 2010, se condena a la entidad pública responsable de la protección de menores por el daño moral causado por la entidad pública a unos padres por privarles de contacto con su hijo menor.

²⁰⁷⁶ Sentencia de Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso) de 15 de enero de 2013 (recurso nº 779/2012), que establece que la jurisprudencia “ha afirmado que, como elemento básico en la determinación de la responsabilidad del daño o perjuicio causado, destaca la relación de causalidad, para desentrañar la actividad culpable de los perjuicios y sobre este decisivo aspecto la jurisprudencia ha exigido tradicionalmente que el nexo causal sea directo, inmediato y exclusivo (...). Lo cual supone desestimar sistemáticamente todas las pretensiones de indemnización cuando interfiere en aquel, de alguna manera, la culpa de la víctima (...) o de un tercero. No obstante, también ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (....) que no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

extraordinarios. La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente (...), a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte”²⁰⁷⁷, ²⁰⁷⁸. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo cuando establece que no cabe responsabilidad patrimonial de la entidad pública “por entender que los daños objeto de indemnización han sido causados por los propios recurrentes, y que, por lo tanto, no pueden considerarse antijurídicos, ya que la pérdida de vínculo con el menor fue debido a la propia conducta de los padres”²⁰⁷⁹.

Pero en cualquier caso para que la responsabilidad patrimonial del Estado tenga virtualidad es necesario que la misma tenga su fundamento en el

²⁰⁷⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 19 de diciembre de 2014, nº de Recurso: 3939/2013, Fundamento de Derecho primero.

²⁰⁷⁸ Sentencia de Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso), de 6 de noviembre de 1998, Fundamento de Derecho tercero: “El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para reducir el resultado final y la doctrina administrativa tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una “*conditio sine qua non*”, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.

²⁰⁷⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 28 de noviembre 2012, (nº de recurso 4321/2010), Fundamento de Derecho segundo.

“funcionamiento de los servicios públicos”²⁰⁸⁰, aunque desde el principio la jurisprudencia no se atuvo al concepto técnico del servicio público, sino que aplicó un concepto amplio comprensivo de la actividad administrativa en cualquiera de los campos tradicionales, actividad prestacional, de policía o de fomento, identificando dicha expresión, en lo que a responsabilidad se refiere, con el “ejercicio de cualquier función administrativa que determina un daño no directamente procurado, extendiéndose dicha responsabilidad a todas las formas de acción u omisión administrativa que impliquen una lesión individualizada, tanto en la esfera personal como patrimonial del lesionado, de los contenidos económicos de éste; (...) así como, que a los fines del artículo 106.2 de la Constitución la Jurisprudencia ha homologado "como servicio público toda actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo"²⁰⁸¹, por lo tanto, el concepto de servicio público a efectos de la eficacia de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública no se identifica con la *publicatio* del mismo ni con la gestión que realiza la Administración pública del interés general a fin de procurar una utilidad a los particulares, sino que se refiere más bien a cualquier actividad administrativa, por lo que pueden ser indemnizados todos los daños derivados de la actuación administrativa, sea formal, material o se corresponda a la acción de una persona concreta e individualizada que está conectada a la Administración, o se refiera a un año cuyo ejecutor no ha sido identificado²⁰⁸², o si deriva de una acción u omisión intrínseca al servicio, o que el funcionamiento haya sido normal o anormal²⁰⁸³.

²⁰⁸⁰ Tal y como señalan literalmente los artículos 106.2 de la Constitución y el 139 de la Ley 30/1992.

²⁰⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 23 de diciembre de 1998, Fundamento de Derecho cuarto.

²⁰⁸² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 10 octubre de 2007 señala: “(...) Es cierto que la principal característica de la responsabilidad patrimonial es su carácter directo y objetivo, en el doble sentido de que la reclamación se formula frente a la Administración actuante sin necesidad de concretar al funcionario causante del daño, y de que la responsabilidad, y por tanto la obligación de indemnización, nace sin necesidad de que exista culpa, ni siquiera ilicitud o anormal funcionamiento de la Administración, pero ello tampoco convierte, a través de esta institución, a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así lo ha reiterado, por todas sentencia de 7 de febrero de 1.998 , 10 de febrero de 2.001 y 26 de febrero de 2.002 , al afirmar que: "para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

De esa concepción se deduce que para que surja la responsabilidad de la Administración basta con que la titularidad del servicio le corresponda a la Administración pública, de tal suerte que esa titularidad sirve de título de imputación, tal y como se señala por la jurisprudencia²⁰⁸⁴,²⁰⁸⁵. Lo cual no significa que en todo caso la responsabilidad recaiga de manera exclusiva en la Administración pública, cabe la concurrencia de causas, tal y como señala la jurisprudencia "la nota de "exclusividad" referida al nexo causal, debe ser entendida

Administrativo común , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, al disponer que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley..."; es necesario que el daño sea antijurídico al no existir deber de soportarlo pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1.998 (recurso de casación 6282/93 , fundamento jurídico tercero)".

²⁰⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 6 de noviembre de 1998, nº de Recurso: 2346/1994, Fundamento de Derecho segundo: "Al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del derecho civil ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 de la Ley antes citada, pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad. Y es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido, relación de causalidad o nexo causal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal, que la Jurisprudencia de esta Sala viene reiteradamente exigiendo".

²⁰⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 22 de diciembre 2014, (recurso nº 1972/2013), en su Fundamento de Derecho primero recoge el Fundamento sexto de la sentencia dictada el 27 de diciembre de 2012, por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso administrativo nº 433/2010: "La circunstancia de la distinción entre la titularidad y la prestación del servicio público no exonera de responsabilidad a la Comunidad de Madrid, como tampoco el hecho de que la responsabilidad derive de una relación privada entre <Metro Madrid, S.A.> y el recurrente, pues es pacífica la doctrina jurisprudencial que, al hilo del alcance general y unitario del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que se desprende de los artículos 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución, considera indiferente el contexto en que haya tenido lugar la actividad administrativa, incluida la de las autoridades o personal a su servicio - artículo 145.1 de la Ley 30/1992-, bien lo haya sido en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, en forma de una mera actividad material, en omisión de una obligación legal, en actuaciones de autoridades o personal a su servicio, y siendo también indiferente la naturaleza, pública o privada, de la relación de que la responsabilidad derive pues, en caso de relaciones de Derecho Privado, las Administraciones públicas también responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, ya que la actuación del mismo se consideran legalmente como actos propios de la Administración".

²⁰⁸⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León, de 19 de junio de 2002, "en efecto, el título de imputación viene dado por la titularidad administrativa de servicio o actividad en cuyo ámbito se produjo el daño".

en sentido relativo y no absoluto, y especialmente en los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos o inactividad de la Administración la concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación (asumiendo cada parte la cuota que le corresponde) o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado.”^{2086, 2087}; incluso, la culpa de la víctima o la de terceros puede suponer la exoneración completa de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública²⁰⁸⁸.

2.2. RESPONSABILIDAD POR INEXISTENCIA DEL SERVICIO DE ACOGIMIENTO

Hay también unanimidad entre la doctrina y la jurisprudencia al entender que la responsabilidad patrimonial del Estado deriva de la inactividad de la Administración, siempre que se dé el nexo causal entre esa actuación de omisión y el daño producido, por lo tanto habrá responsabilidad por inexistencia del servicio acogimiento.

²⁰⁸⁶ Sentencia de Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso), de 9 de noviembre de 2004, nº de Recurso 7834/2000, Fundamento de Derecho quinto.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 6 de noviembre de 1988, nº de Recurso: 2346/1994, Fundamento de Derecho cuarto: “La precisión fáctica posterior que realiza la propia sentencia, referida a la conducta desplegada por el conductor lesionado, no desnaturaliza la fijación del motivo o razón -causa- del resultado lesivo, ni puede desnaturalizar la directa relación causal que la propia sentencia establece. Sirve, eso sí, como la misma sentencia indica para establecer una concurrencia de conductas merecedora de una modulación de la pretensión indemnizatoria, reduciéndola a los límites que la propia sentencia declara, por la concurrencia de esa conducta que opera como resultado minorador del valor pecuniario de los daños indemnizables, que en otro caso, podían ser exigibles a la Administración de no haber mediado la coparticipación en el resultado, del perjudicado, que la sentencia establece”.

²⁰⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de junio de 2013 recurso nº 1019/10, Fundamento de Derecho sexto.

²⁰⁸⁸ PECES MORATE, J. E., “La responsabilidad administrativa. Últimas orientaciones jurisprudenciales”, Barcelona, 18 noviembre 2005, http://www20.gencat.cat/docs/Departament_de_la_Presidencia/GJ/Document/Arxiu/122-31794.pdf, “No obstante, la culpa exclusiva de la víctima o la de terceros suprime de raíz la responsabilidad patrimonial de la Administración, como se ha declarado en Sentencias de 17 de abril de 2001, 19 de noviembre de 2002, 10 de octubre de 2003, 3 de mayo de 2004, 8 de julio de 2004, mientras que la culpa concurrente de la víctima ha sido tenida en cuenta para disminuir la indemnización (Sentencias de 29 de enero y 22 de octubre de 2004 y 20 de abril de 2005) y otro tanto sucede cuando concurre con la de la Administración la de un tercero (Sentencia de 14 de octubre de 2004)”, pág. 10.

Cuando la entidad pública ha adoptado una resolución determinando que la materialización de la guarda se realizará a través del acogimiento familiar, la entidad pública está obligada a realizar dicha prestación para ese menor determinado, y ante la inactividad de la entidad pública en proporcionarle dicho recurso podrá exigir la responsabilidad de la entidad pública ante los tribunales²⁰⁸⁹, porque se dan los presupuestos necesarios que fundamentan su acción, el servicio público de acogimiento familiar ha sido configurado previamente por el Código civil a través de su inclusión en el artículo 172.3, y esa inclusión lo convierte en prestación esencial para la salvaguarda del interés superior de determinados menores con resolución administrativa de guarda, porque así lo ha determinado la entidad pública; esa resolución reconociendo el derecho del menor a ser acogido familiarmente faculta al menor o a sus representantes a iniciar una acción eficaz para imponer la creación de este servicio²⁰⁹⁰, pero como ya hemos expuesto las características de este servicio impide la adjudicación del mismo²⁰⁹¹, y esa frustración debe ser indemnizada²⁰⁹².

²⁰⁸⁹ Tal y como dispone el artículo 29.2 de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: “Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo”.

²⁰⁹⁰ Vid. TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, 2007, pág. 55.

En ese mismo sentido, SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, “toda creación del servicio (público) implica satisfacer unas cuantas expectativas legales que el ordenamiento ampara en función de precisiones de distinta intensidad; los servicios esenciales con reflejo en norma ordinaria o constitucional (...) suscitan fuertes reacciones cuando son abolidos. Algunos, obviamente no pueden suprimirse y en cuanto no existen, deben ser creados”, págs. 144-145.

²⁰⁹¹ LÓPEZ MENUDO, F., “La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, “Los derechos subjetivos reconocidos por las leyes son cosa seria; son situaciones plenas. Tiene eficacia directa en muchos casos, aunque en otros necesiten de complementos o desarrollos”, pág. 45.

²⁰⁹² Artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, reconoce el derecho a la acción por inactividad:

“1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

Pero la responsabilidad patrimonial de la entidad no solo se circunscribe a la inexistencia del servicio del acogimiento familiar, sino que, adjudicado y perfeccionado este, se extiende aquellas actividades, gestiones²⁰⁹³ que son necesarias para alcanzar la finalidad del de esta figura de protección, que no es otra que el retorno del menor a la familia de origen, lo que conlleva la creación de un plan de retorno para actuar en el seno de la familia de origen y con el propio menor²⁰⁹⁴,²⁰⁹⁵, o si eso fuese contrario a su interés, el arbitrar otras medidas de

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.”

²⁰⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 9 de noviembre de 2004, (nº de recurso 7834/2000) Fundamento de Derecho tercero: “a los fines del artículo 106. 2 de la Constitución, la jurisprudencia (...) ha homologado como servicio público toda actuación, gestión o actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo”.

²⁰⁹⁴ El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condena a la entidad pública catalana por no establecer el plan de retorno, Sentencia nº 481/2010 de 30 de abril de 2010 del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso) Cataluña, Fundamento de Derecho séptimo: “Se habla de las dificultades de establecer un plan de trabajo por dificultades de comunicación. Por supuesto de tal plan de trabajo, ni como anteproyecto, existe dato alguno en autos. Y al menos desde junio de 2001 pudo intentarse, una vez la comunicación, espontáneamente al parecer y desde el lado de la familia biológica, se había restablecido ya. La actuación administrativa durante este tiempo se ha limitado a fijar unas pautas que a priori no hay duda alguna que cabía, sin otro soporte adicional, considerar de entrada condenadas al fracaso más estruendoso; unas visitas pautadas, a cumplir a más de 50 kms. de distancia, con horario preciso, por padres absolutamente inmersos en la adicción en aquel momento y sin medios económicos”.

Sentencia que fue recurrida y, desde mi parecer erróneamente, revocada parcialmente por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) en su sentencia de 28 de noviembre de 2012, (nº de recurso 4321/2010), entendiendo que la actuación de la entidad pública fue correcta en el momento de dictar la resolución dada la situación de los progenitores, por lo que no se produce el requisito esencial de la antijuridicidad necesario para determinar la responsabilidad patrimonial de la entidad pública, ya que reitera que la “antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración”. (...) “el juicio sobre lo acertado o desacertado de una decisión administrativa de tutela y protección de un menor en situación de desamparo no puede hacerse retrospectivamente, años después, cuando la situación de los padres ha podido llegar a ser otra por razón de una evolución personal favorable, sino que debe venir referido al tiempo de la adopción de dichas medidas tuitivas, atendidas las circunstancias concurrentes en ese momento. Y desde esta perspectiva es indudable que los progenitores, hoy reclamantes de responsabilidad administrativa, tenían por razón de su propia situación, en modo alguno provocada por la Administración, el deber de soportar la pérdida de la custodia del hijo al no poder atenderlo mínimamente, y el riesgo, posteriormente concretado, de que dicha pérdida se convirtiera en definitiva, pues en modo alguno le es exigible a la Administración que mantenga al menor, por cuyo superior interés debe velar en todo momento, en situación de precariedad afectiva en los primeros años de su vida, sin proporcionarle una familia de acogida, a la espera de una posible evolución favorable de los progenitores que, al menos durante los dos primeros años desde el nacimiento, era completamente incierta”, (Fundamento de Derecho tercero).

protección más estables, porque utilizando una expresión de MACERA TIRAGALLO la fundamentación jurídica de la responsabilidad patrimonial de la entidad pública reside actualmente en la vulneración de el interés superior menor.

2.3. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD PÚBLICA DERIVADA DE LA RESOLUCIÓN EX ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO CIVIL

Como consecuencia ineludible en el análisis de la responsabilidad patrimonial de la entidad pública hay que hacer referencia a la responsabilidad que pudiera derivarse de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento de determinación de la situación jurídica del menor desprotegido iniciado en virtud del mandato del artículo 172 del Código civil, tanto si es estimatorio como si deniega la protección²⁰⁹⁶.

En este sentido, el artículo 142.4 de la Ley 30/1992²⁰⁹⁷, establece que la mera anulación de un acto administrativo, en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no presupone el derecho a indemnización, ahora bien como señala dicho artículo esta puede ser si se sustenta en una cuestión de fondo o de forma. Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo dispuesto en el artículo 142.4 indica que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin

²⁰⁹⁵ Vid. FARNÓS AMORÓS, E., "Sentencia TSJ Cataluña de 30 de abril de 2010: Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños derivados de la excesiva celeridad en la declaración de acogimiento simple con finalidad preadoptiva y en la propuesta de acogimiento preadoptivo de un menor desamparado al nacer. Desconsideración de la posibilidad de evolución positiva de los progenitores. Funcionamiento anormal de los servicios públicos. Imposible retorno del menor con la familia biológica. Indemnización del daño moral derivado de la pérdida de la oportunidad de establecer un vínculo afectivo real ...", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 86, 2011, págs. 717-748.

²⁰⁹⁶ Vid. Dictamen del Consejo de Navarra, 12/2010, de 29 de marzo de 2010; Dictamen Consejo Jurídico de la Región de Murcia, 17/04 de 2004.

²⁰⁹⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 142. 4. "La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5".

que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos²⁰⁹⁸.

Es indudable que si la anulación del acto administrativo supone una lesión evaluable económicamente el derecho a la tutela judicial exige la posible reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, porque es el daño, real y efectivo, el que constituye el presupuesto de dicha responsabilidad. Pero la responsabilidad patrimonial por acto administrativo no se circunscribe a la anulación del mismo por no ajustarse al ordenamiento jurídico, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, esa responsabilidad también podría fundamentarse en el efecto lesivo para un ciudadano de un acto válido, situándose su antijuridicidad en los efectos negativos en la esfera patrimonial de este que, aunque derivados de un acto válido, no tiene el deber legal de soportarlos²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 27 de noviembre de 2012, nº de Recurso: 4237/2010, fundamento de Derecho quinto: "el artículo 142.4º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que la mera anulación de los actos administrativos en vía judicial o en vía administrativa no comporta, sin más, derecho a la indemnización porque esa anulación no supone de manera directa un funcionamiento anormal -la normalidad o no del funcionamiento de los servicios es irrelevante- de los servicios. Y en este sentido se ha declarado por esta Sala en la sentencia 17 de mayo de 2007 (recurso de casación 5866/2003) que la concurrencia de la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos administrativos comporta que esta responsabilidad "si se quiere, ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que estos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión". Es decir, no puede fundarse la pretendida lesión, en el sentido técnico de daño antijurídico, entendido como el que el ciudadano no tiene obligación de soportar, en el mero hecho de que la resolución por la que se acordó iniciar el proceso selectivo en que resultó adjudicada la plaza a la recurrente fuese posteriormente anulado por la Jurisdicción contencioso-administrativa, porque esa anulación no comporta, en sí misma, esa lesión".

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 13 de enero de 2000, Fundamento de Derecho segundo, que reproduce la doctrina sentada por el Tribunal en las sentencias de 6 de marzo de 1990, 6 de junio de 1990, 25 de junio de 1990 y 8 febrero 1991.

²⁰⁹⁹ Vid. FUENTES ABRIL, J., "La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial)", *Noticias Jurídicas*, junio 2009.

Trasladados estos principios a la resolución administrativa de declaración de desamparo o de asunción de la guarda a solicitud de padres o tutor, hemos de señalar en primer lugar que toda la literatura científica y la jurisprudencia hace referencia a los casos en que han sido los progenitores los que han efectuado la reclamación patrimonial, pero los argumentos son válidos para el caso en que sea el menor el que reclame la responsabilidad patrimonial de la entidad pública por la lesión material o moral que haya sufrido como consecuencia de la resolución de la entidad pública, sea cual sea el sentido de la misma, teniendo presente que la revisión de la resolución se realiza vía jurisdicción civil.

Es indudable que si la resolución administrativa de protección adoptada por la entidad pública en el marco del 172 del Código civil es declarada improcedente por no ajustarse a los parámetros establecidos en dicho artículo y en las leyes autonómicas sectoriales en proceso civil²¹⁰⁰ seguido al respecto, los progenitores, tutores o el propio menor puede presentar acción de reclamación de responsabilidad patrimonial ante la entidad pública de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en la Ley de la jurisdicción contenciosa administrativa²¹⁰¹.

²¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2011, Fundamento de Derecho tercero: "El recurrente de casación pide a esta Sala que se pronuncie sobre la existencia de las dos acciones que la reforma de 2007 introdujo en el art. 172 CC, al añadir el párrafo 7. Este párrafo establece que durante un plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa que declara la situación de desamparo, los titulares de la patria potestad que se haya suspendido pueden solicitar el cese de la suspensión y pedir la revocación de la resolución cuando concurren nuevas circunstancias. "Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor". El artículo contiene dos reglas que abarcan dos posibilidades distintas: a) la recuperación de la patria potestad suspendida, por la supervivencia de nuevas circunstancias, y b) la oposición a cada una de las medidas que la administración tome en relación a los menores desamparados, sin que ello comporte la recuperación de la patria potestad. Estas dos acciones no son incompatibles porque se refieren a supuestos distintos. En el presente caso, la madre ejerció de manera subsidiaria todas las acciones previstas en el art. 170.7 CC, tal como se ha explicitado en el FJ 1 de esta sentencia; o sea, pidió la recuperación de la patria potestad suspendida y para el caso de que no se considerara adecuado, pidió la adopción de nuevas medidas, oponiéndose a las tomadas por la administración. La sentencia apelada confirmó la de primera instancia en la que se admitía la petición formulada en primer lugar, relativa a la recuperación de la patria potestad por parte de la ahora recurrida. Nada tiene, por tanto que objetarse a esta decisión".

²¹⁰¹ La jurisprudencia no es unánime en este sentido, así Sentencia Tribunal Superior de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 22 de noviembre de 2005, en su Fundamento de Derecho 3º desestima la reclamación planteada por un progenitor contra la resolución de la entidad pública

Pero también debemos tener en cuenta que aunque la resolución sea congruente con lo dispuesto en el artículo 172 del Código civil, o la jurisdicción civil declare la resolución de la entidad inamovible por estar fundada en hechos objetivos²¹⁰², puede plantearse la reclamación económica ante la entidad pública por decisiones aunadas a esa declaración, por ejemplo régimen de comunicación del

declarando el desamparo porque aunque la resolución administrativa fue declarada después improcedente en proceso civil seguido al respecto, porque el Tribunal de lo Contencioso infiere de los informes que la resolución pudo tener “un apoyo al menos defendible”.

Sin embargo, la Sentencia Tribunal Superior de Andalucía, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 7 de noviembre de 2007, Fundamento de Derecho 5º, condena a la entidad pública, en este caso la Consejería de Asuntos Sociales, a indemnizar a los dos progenitores y sus cinco hijos por una resolución de desamparo revocada por la jurisdicción civil por una serie de circunstancias no debidamente acreditadas.

²¹⁰² MARÍN GARCÍA, I., LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo”, *InDret* 2/2010, “La entidad pública que dictó una declaración de desamparo improcedente responde frente aquellos padres que fueron indebidamente privados de la compañía de sus hijos menores con arreglo al régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (...). La particularidad reside en que se trata de un supuesto de responsabilidad por acto administrativo y, según la doctrina jurisprudencial dominante, la razonabilidad de la interpretación aplicada por la Administración la exoneraría de responsabilidad por aquellos daños a los particulares consecuencia de resoluciones no ajustadas a Derecho”.

En ese mismo sentido, Dictamen 128/07 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, reclamación por responsabilidad patrimonial de una madre como consecuencia de los daños morales por la asunción de la tutela del hijo por la entidad pública: “es esencial destacar que el acto del que se pretende hacer derivar la lesión constató una situación de desamparo razonablemente documentada y la mantuvo en tanto se transformó la realidad, y esa transformación se demostró estable, para (...) el interés del niño, que deberá prevalecer ante cualquier otro interés en juego (...). Ha de recordarse que la patria potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas administrativas y judiciales que se acuerden, incluida la de suspensión o privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño. Con la suspensión a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor respecto al que pesa un grave riesgo de resultar insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses, teniendo en cuenta, además, que la apreciación de la responsabilidad derivada de actos administrativos no puede ignorar la existencia de supuestos en los que es necesario reconocer un cierto margen de apreciación a la Administración, en tanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables, conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia (SSTS de 11 de marzo de 1999 y 13 de enero de 2000, entre otras). Así, el daño no puede calificarse de antijurídico y queda la madre obligada a soportarlo, no ya porque la Administración goce de un título legítimo de intervención regulado por los artículos 22 a 24 de la citada Ley 3/1995, sino porque nada hay en el expediente que apunte a la actuación desproporcionada que alega la reclamante (...). A través del instituto de la responsabilidad extracontractual de la Administración no se resarce cualquier dolor o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídico protegido. El padecimiento alegado por la reclamante encajaría dentro de las cargas que las normas imponen y, como es doctrina reiterada del Consejo de Estado, no son indemnizables los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos, que constituyen cargas que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar”.

menor con su familia, y que provoquen un daño moral por la conculcación de algunas de las facultades que componen el derecho a la vida familiar, tal y como se expone en la sentencia del Tribunal Supremo 512/2009, “el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”²¹⁰³.

En este sentido, es absolutamente esclarecedora la sentencia del Tribunal Europeo de de derechos humanos R.M.S. c. ESPAÑA, de 18 de junio de 2013 condenando al Estado español por la privación injusta de todo contacto con su hija, tratando de romper los lazos existentes entre ellas²¹⁰⁴; o la sentencia nº 481/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su enjuiciamiento de una reclamación efectuada por los progenitores, “en el caso presente, el desamparo es inamovible en tanto que consentido, pero ¿se han verificado las pruebas necesarias para llegar a esa conclusión? La realidad es que no existen datos objetivos contrastables en autos que permitan entender que por parte de los diversos servicios intervinientes (...) exista una radiografía exacta del problema médico-social que presentaban los progenitores (...), ni nada al respecto parece que se haya hecho desde las diversas Administraciones al efecto en los seis o siete meses siguientes. No parece haber habido intervención administrativa sobre el núcleo parental. No tenemos su historial médico, no hay siquiera una cronología exacta de su adicción, ni del alcance de la misma, ni de si se trata de una toxicomanía simple o de una

²¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo 512/2009, 30 de junio de 2009, Fundamento de Derecho quinto; sentencia comentada por RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, *ADC*, t. LXII, 2009, fasc. I, págs. 1825-1855, “Mantiene correctamente la sentencia que no cabe imputar objetivamente el daño al centro y a la asociación (parece que por ausencia de prueba) y, en cambio, sí a la madre. El origen del daño cabe atribuirlo a la madre por ser la persona que ostenta la obligación legal de colaborar para que el padre pueda ejercer sus facultades en cuanto titular de la patria potestad y de la guarda y custodia del menor. En esta hipótesis la imputación objetiva del daño al familiar es muy clara”, págs. 1853-1854.

²¹⁰⁴ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2013, nº 28775/12, asunto R.M.S. c. ESPAÑA, epígrafe 65: “se queja, por otra parte, de que las jurisdicciones internas han rechazado examinar las irregularidades cometidas en el procedimiento administrativo y expone que el Fiscal de Menores ha apoyado sus recursos”.

politoxicomanía, ni de cantidades de consumo; ni siquiera es posible obtener del expediente qué cantidad de metadona tomaban al día, ni exactamente desde cuándo. (...) Sólo puede comprenderse -que no justificarse, por tanto- hasta cierto punto la postura de la Administración encaminada a considerar el caso como irreversible en aquellos momentos, si se parte de la convicción de que se actuó con excesiva celeridad, sin datos objetivos de valoración, o con datos muy insuficientes, y con el prejuicio más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración, con absoluta ausencia de conciencia de enfermedad y sin posibilidad razonable de rehabilitación. Y un hijo sin vinculación aparente alguna por el hecho mismo de ser un recién nacido. El único dato objetivo es la existencia de un hijo anterior, sólo de la madre, cuya guarda estaba confiada ya por la Administración a la abuela materna. (...) todo indica que la velocidad con que la Administración ha actuado, y enlazado una premisa falsa y sus respectivas consecuencias, que han adquirido la naturaleza de otras premisas menores también falsas, nos permite calificar de gran sofisma el resultado obtenido: partiendo de una situación hipotética, como si de acreditada se tratara, de irreversibilidad en la drogodependencia de los padres, surge la necesidad imperiosa de adoptar la más extrema y quirúrgica de las medidas, el acogimiento preadoptivo,²¹⁰⁵ por todo lo cual el Tribunal concluye “por tanto, la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, por el funcionamiento negligente de la Administración protectora a la hora de valorar, controlar y determinar, sin datos objetivos razonables, la imposibilidad de creación de un entorno familiar estable. Y estas mismas razones determinan suficientemente la antijuridicidad del daño”²¹⁰⁶.

²¹⁰⁵ Sentencia nº 481/2010 de 30 de abril de 2010 del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso) Cataluña, Fundamento de Derecho séptimo, cuyos argumentos considero válidos a pesar de haber sido revocada por el Tribunal Supremo en 28 de noviembre de 2012, (nº de recurso 4321/2010).

²¹⁰⁶ Sentencia nº 481/2010 de 30 de abril de 2010 del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso) Cataluña, Fundamento de Derecho séptimo.

2.4. JURISDICCIÓN COMPETENTE

La inclusión en el Código civil de la tutela administrativa y de la guarda supuso también la decisión del legislador de remitir a la jurisdicción civil ordinaria el conocimiento de todas las cuestiones que, en relación con su existencia, contenido, ejercicio y extinción, puedan plantearse, sustrayéndola de la jurisdicción contenciosa-administrativa, que hubiese sido su sede normal dado el carácter público de estas medidas de protección, y así lo dispone el artículo 172.6 del Código civil, “las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”, y los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento civil²¹⁰⁷, que regula la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y en consonancia con el artículo 3 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que establece que no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: “Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública”.

Pero seguirá siendo competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa aquellas cuestiones que deriven del servicio público del

²¹⁰⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Capítulo V del Título I del Libro IV De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, artículo 780: “Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores:

1. No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.

2. Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.

3. El Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.

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

acogimiento²¹⁰⁸,²¹⁰⁹ en tanto que servicio público, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa²¹¹⁰, en relación con el artículo 1 de la Ley 29/1998, que dispone que ésta “conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo” y el artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que señala el objeto del recurso contencioso-administrativo²¹¹¹.

²¹⁰⁸ Hay que tener en cuenta que la remisión a la jurisdicción civil se circunscribe a las medidas del 172 del Código civil por lo tanto será competente la Jurisdicción Contencioso-administrativa en cualquier otra medida de protección contempladas en las Leyes de Servicios sociales o en las de protección a la infancia de las Comunidades autónomas.

Y por otro lado es competente la jurisdicción contenciosa administrativa en aquellas cuestiones relacionadas con el proceso de integración de la voluntad de la entidad pública, competencia del órgano, plazos, desviación de poder, etc.

²¹⁰⁹ Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual”, *InDret*, 2/2001.

QUINTANA LÓPEZ, T., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Limites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 26, enero, 2012, págs. 77-138

²¹¹⁰ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, artículo 2: “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas.

c) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.

d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aunque en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

²¹¹¹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, artículo 25:

“1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley”.

La modificación introducida por la Ley 4/1999 del artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece la derivación de responsabilidad patrimonial directamente hacía la Administración, llevando el régimen jurídico de la responsabilidad contractual o extracontractual de los servidores públicos de sede civilista ha pasado, a residir en sede de responsabilidad administrativista. Cuestión distinta es el ejercicio de la acción de regreso establecida con carácter obligatorio por el actual 145.2 de la Ley 30/1992, aunque para que la Administración pueda ejercitar la acción de regreso deben darse unos presupuestos previos, el efectivo pago de la indemnización por parte de la Administración a la persona que ha soportado el daño, y que la persona dependiente de la administración haya incurrido en dolo, culpa o negligencia grave.

Una cuestión que se plantea es la jurisdicción competente cuando se demanda conjuntamente a la Entidad pública y a los acogedores²¹¹², la doctrina sentada por los Tribunales de lo contencioso es uniforme, en este sentido la Ley 30/1992, "ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional en una materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que instaurara la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y lo ha hecho claramente por una doble vía: unificando, en primer lugar, el procedimiento para la reclamación de la indemnización y, en segundo lugar, unificando también la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, sin duda con el decidido propósito de terminar, con el "lamentable peregrinaje jurisdiccional", en gráfica expresión de la Sala Primera de este Tribunal y

²¹¹² En relación a la demanda conjunta de la entidad pública y a la compañía aseguradora JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., "Orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en caso de seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 23, 2009, págs. 67-81, "creemos tener suficientes y sólidos argumentos para poder afirmar que el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando se ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora es el contencioso-administrativo", pág. 81. Aunque hay que tener en cuenta el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 28 Diciembre de 2007, que establece que el orden civil es el competente para conocer de las demandas dirigidas exclusivamente frente a una aseguradora como demandada en virtud de las obligaciones asumidas en un contrato de seguro que cubre la responsabilidad civil de una Administración pública. En este mismo sentido, se pronuncia la Sala en los Autos de 19 de diciembre de 2013, (Cc 31/13), y de 19 de febrero de 2014, (Cc 42/13), que atribuyen la competencia a la jurisdicción civil para conocer de las acciones ejercitadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro dirigidas exclusivamente frente al asegurado de la Administración, *vid. Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2013-2014, (Crónica de la Sala del artículo 42 de la LOPJ)*, HERNÁNDEZ VERGARA, A., (autor), BERBEROFF AYUDA, D. T., (supervisor), págs. 307 y ss.

expresábamos a continuación que "el primer aspecto unificador, el del procedimiento, aparece patente en el artículo 145.1 de la Ley 30/1992 cuando dice que para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio". Al tener un alcance general y unitario el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 106.2 de la Constitución) no sólo no es esencial sino que resulta indiferente, que la actividad administrativa haya tenido lugar en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, del propio modo que también es indiferente (artículo 142.6 de la Ley 30/1992) la naturaleza pública o privada de la relación de que la responsabilidad derive. Hay que destacar también que este procedimiento unitario, que es previo y obligado al planteamiento jurisdiccional de toda reclamación de esta naturaleza, hasta el punto que ha desaparecido la posibilidad de la acción jurisdiccional autónoma de resarcimiento que la normativa derogada preveía - artículo 402) y 3) de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 no puede equivaler a las vías administrativas previas a las reclamaciones judiciales civiles o laborales contra las Administraciones Públicas, por la elemental razón de que existe una regulación específica de las mismas sujeta a procedimientos y principios diferentes de los que rigen las reclamaciones de responsabilidad patrimonial -capítulos II y III del Título VIII, de la propia Ley 30/1992"²¹¹³.

²¹¹³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 22 de diciembre 2014, (recurso nº 1972/2013), en su Fundamento de Derecho primero recoge el Fundamento sexto de la sentencia dictada el 27 de diciembre de 2012, por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso administrativo nº 433/2010.

CONCLUSIONES

1. El acogimiento familiar regulado en el Código civil es una figura jurídica que no es automática ni independiente, no constituye por sí misma una figura de protección del menor; es, junto al acogimiento institucional, una de las técnicas legales establecidas en el artículo 172.3 del Código civil para la materialización de la protección pública dispensada por el artículo 172.1 y 2 del Código civil a aquellos menores cuya situación jurídica haya sido establecida por resolución administrativa de la entidad pública fundamentada en un riesgo o desamparo derivado del comportamiento de los progenitores o tutor ordinario, por lo que su existencia está indisolublemente unida a los supuestos de hecho establecidos en dicho artículo.

Esta resolución administrativa tiene como efecto ineludible la separación del menor de los progenitores o tutores y activa necesariamente el acogimiento del menor, pero de acuerdo con la dicción literal del Código civil la posible existencia del acogimiento familiar del menor protegido no depende de la resolución de protección *ex* artículo 172 sino de la resolución de la entidad pública estableciendo como técnica de protección del superior interés de ese menor protegido el acogimiento familiar.

2. En la exigencia legal de reubicar al menor, en la necesidad de dotar de una infraestructura de sustitución de la familia de origen es donde el acogimiento familiar responde a la naturaleza de servicio público en sentido estricto, en tanto que existe *publicatio*, responsabilidad pública de esa actividad asumida en régimen de monopolio con independencia de su modo de gestión, encuadrado en los actualmente denominados como servicios públicos no económicos, y dentro de estos en los personales.

3. Esto conlleva definir al acogimiento familiar en sede civil como un servicio público cuya finalidad es la materialización de la guarda del menor asumida por la entidad pública previa resolución fundamentada en el artículo 172. 1 y 2 del Código civil y la ubicación de manera estable y continua, aunque no permanente, del menor en otro entorno y al cuidado de un particular, el acogedor, que mediante un acuerdo con la entidad pública asume el cumplimiento de una función pública en el ámbito

de su domicilio privado, quedando integrado en la organización administrativa del servicio público como colaboradores necesarios para el ejercicio de las funciones materiales de la guarda del menor y sometidos a la dirección control y supervisión de la entidad pública titular.

3. La especificidad de este servicio público es que la discrecionalidad política, que se predica de la Administración pública en la creación y reglamentación de los servicios públicos, queda limitada por lo dispuesto en el Código civil; es este cuerpo legal el que determina la configuración básica del servicio público de acogimiento familiar, el que define a los hipotéticos destinatarios, reservándolo para un determinado sector de la población, menores bajo patria potestad o tutela; establece los requisitos de acceso, que no son otros que la asunción por la entidad pública de la guarda, vinculada a la tutela *ex lege* o solo de la guarda, por las causas establecidas en el Código civil, a saber, por declaración de desamparo, que debe ceñirse a aquella situación “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”, de acuerdo con el artículo 172.1 del Código civil o “cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor”, según establece el artículo 172.2 del Código civil (o futuro 172 ter 1 Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, 27 de febrero de 2015).

4. Ambas son situaciones fácticas que deben ser comprobadas y sustanciadas por la entidad pública a través de un procedimiento administrativo, que debería constituirse en una auténtica garantía para los menores y sus familias, en la piedra angular del sistema de protección, ya que a través del procedimiento administrativo la entidad pública integra y exterioriza su voluntad, es decir, toma decisiones sobre la necesidad o no de intervenir, y en su caso que intervención considera necesaria, en cualquier caso la voluntad de la entidad pública va a ser trascendente para el

menor y su familia, tanto a nivel jurídico como en la influencia en el desarrollo integral del menor.

5. Siendo el Código civil quien determina los requisitos de acceso, es la actuación de los profesionales integrados en la organización administrativa autonómica de protección de menores la que concreta el contenido preciso de los conceptos jurídicos indeterminados que se conjugan en la protección del menor, son la investigación, los informes y el diagnóstico los que constituyen el instrumento imprescindible para fundamentar la resolución de la entidad pública y, sin embargo, esa actuación no responde a una estructura común, más allá del ineludible sometimiento de la actividad de la entidad pública a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que constituye un marco común en todo el territorio nacional. Las normativas autonómicas sectoriales han desarrollado las especificidades del procedimiento administrativo en el ejercicio de sus competencias o se han limitado a hacer una remisión a la Ley 30/1992, lo que supone una desigualdad inadmisibles en los derechos de los menores y sus familias en función del territorio donde residan, dada las diferencias en el propio desarrollo del procedimiento y las contradicciones en los criterios técnicos de valoración y diagnóstico de las circunstancias en las que se encuentran los menores que pueden dar lugar a la resolución de protección en el marco del 172 y ss. del Código civil.

No cabe hablar de protección del menor si los órganos encargados de adoptar las medidas precisas para ello carecen de un marco teórico-metodológico común y de una formación específica, de los agentes que intervienen en todo el proceso. Hay que tener en cuenta que para poder concretar el interés del menor en la resolución de la entidad pública es necesario que el contenido de los supuestos de hecho del articulado del Código civil sean analizados con las aportaciones de los profesionales de otras áreas de las ciencias sociales, a los que debe exigirse una formación específica en el conocimiento y estudio de las necesidades de los menores, básica para garantizar los derechos que las normas de protección reconocen a los menores. Esta profesionalización exige una decidida actuación política que active la necesaria investigación sobre las necesidades del menor, porque es en el consenso de su sistematización donde se extraerán los criterios que

legitimen y den seguridad jurídica a las decisiones y, en su caso, las intervenciones necesarias para asegurar la protección del menor.

6. Por otra parte, el Código civil también impone el objeto del servicio público de acogimiento familiar, que no es otro que materialización de la guarda del menor, noción ésta imprecisa. Esta indefinición de la noción de guarda de menores plantea una doble laguna legislativa, en primer lugar, hay una ausencia de definición de las diferentes tipos de guarda y hay una laguna por la ausencia de una concepción unitaria del concepto de guarda por terceros en el derecho de las personas.

En este sentido, cabe considerar la sustitución de dicha expresión en la regulación de las instituciones tuitivas del Código civil, tanto en la regulación de la “fragmentación” de la patria potestad como consecuencia de la no convivencia de los progenitores, como cuando se convierte en una figura autónoma y segregada de la patria potestad o de la tutela ordinaria en aplicación del artículo 172.1 y 2 del Código civil, como por otra parte ya se ha producido en otros ordenamientos jurídicos europeos; en cualquier caso, y en relación con el objeto de esta tesis, la utilización de esta *flatus vocis* por el Código civil no supone sino una clara confusión en las relaciones jurídicas de los implicados en el acogimiento familiar, entidad pública, acogedores, progenitores o tutor ordinario, así como el menor, con la consiguiente inseguridad jurídica dado que la falta de concreción de este término no permite atribuir de manera clara las funciones encomendadas a los distintos participantes del acogimiento familiar.

En una futura regulación de la protección del menor derivada del Código civil, el legislador deberá tener en cuenta que la guarda asumida por la Entidad pública es una función de titularidad pública, pero parte de su contenido necesariamente se ve abocado a compartirlo con los acogedores, habida cuenta de que son particulares que cumplen su función en su domicilio particular, cuestión esta que de acuerdo con la actual regulación plantea unos interrogantes sobre la imposible escisión de la titularidad y el ejercicio entre la entidad pública y los acogedores e incluso terceros, dado su carácter de función pública, por lo que no puede ser analizada desde la regulación del ejercicio de la patria potestad en las situaciones de no convivencia. La indefinición de la palabra guarda supone una clara inseguridad jurídica, lo que exige

una labor del legislador de clarificación y de precisión sobre la “guarda” que asume la entidad pública de la “guarda” de los acogedores.

7. En igual medida, y respecto a las funciones que el Código civil atribuye al acogedor, es necesario que el legislador abandone en la regulación del acogimiento familiar la identificación de las funciones de los acogedores con las funciones propias de la patria potestad, dado que la figura del acogimiento familiar no puede asimilarse a la patria potestad ni los acogedores son progenitores sustitutos, sino particulares a los que la entidad pública encomienda el cuidado del menor de manera temporal y dentro del espacio físico de su domicilio privado, quedando su actuación bajo el control, dirección y supervisión de la entidad pública, titular de la guarda, actividad que deberá adecuarse a la finalidad del acogimiento que no es otro que permitir la intervención de la entidad con el menor y su familia de origen para restablecer las condiciones necesarias que garanticen el retorno del menor a su familia, y de no ser posible ésta por no responder a su superior interés, arbitrar una medida de protección definitiva. En definitiva, hubiese sido deseable que el legislador hubiese realizado una labor de depuración lingüística incorporando al texto la definición de aquellos conceptos que se recogen en el articulado, tal y como ya hacen otras normativas.

Entiendo que, de prosperar el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se ha perdido una oportunidad de sustituir la palabra guarda por conceptos que diferencien de manera clara las funciones de protección que asume la entidad pública de las que asumen los acogedores, o de las que mantienen los progenitores, aún en el caso de suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

8. En otro orden de cosas, es necesario que el legislador aborde de una manera inmediata la aporía que se plantea en el servicio público de acogimiento familiar, dado que siendo el recurso que la entidad pública ha decretado para un menor concreto en función de su interés superior en cualquiera de los supuestos del artículo 172 del Código civil, el servicio no está garantizado, el hecho de ser un menor con una resolución de la entidad pública en este sentido no genera a *priori*

para el menor un derecho de los que la doctrina administrativista denomina derecho subjetivo perfecto.

La eficacia de la resolución no depende de la voluntad de la entidad pública, sino de solidaridad de aquellos particulares que se ofertan para acoger a menores con resolución de acogimiento familiar. Por lo tanto, tal y como está actualmente configurado este servicio público, la adjudicación del mismo está condicionada a la existencia de esas personas y a su calificación como idóneas por la entidad pública; y esto trae como consecuencia inmediata que el reconocimiento del derecho a ese servicio puede no estar garantizado por falta de recursos humanos para materializarlo, estaríamos ante una situación en la que el derecho subjetivo queda enervado ante la imposibilidad de la entidad pública de cumplir con su deber de prestar dicho recurso.

En este sentido, es cierto que el acogimiento familiar no constituye un derecho fundamental del menor derivado del Derecho natural, ni tampoco está concebido como un derecho absoluto *erga omnes*, ni puede ser considerado como la figura que mejor determine el interés de los menores protegidos como categoría social. El acogimiento familiar constituye una prestación pública concreta, un derecho subjetivo que solo tiene enfrente a un sujeto obligado, solo puede ser dirigido contra la entidad pública cuando ésta, mediante la resolución motivada, ha establecido que el acogimiento familiar es indispensable para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de un menor concreto en una situación jurídica con encaje en los artículos 172 y ss. del Código civil; es la decisión de la entidad pública la que supone el reconocimiento del derecho de ese menor concreto a esa medida de protección, pero al no poder garantizar el establecimiento de ese servicio público, en realidad, el derecho subjetivo a dicho servicio solo tiene eficacia con el acto de adjudicación del mismo, adjudicación que se enmarca en la actividad pública de adjudicación de recursos escasos.

9. En una organización política cuya calificación jurídica es un Estado social es inconcebible la situación de indefensión de miles de menores con resolución de acogimiento familiar en el marco del artículo 172.1 y 2 del Código civil, que ven frustrado un derecho reconocido sin que pueda ser adjudicado el servicio público

que la propia entidad pública ha establecido como esencial para su protección, situación que debe ser resuelta estableciéndose un cuerpo de acogedores profesionales tal y como se ha planteado en otros ordenamientos jurídicos.

Esta exigencia de constituir una profesión estatutaria responde, además de la consideración de un Estado social, a que desde un análisis estrictamente jurídico, el acogimiento familiar como servicio público está fuera del margen de discrecionalidad de la entidad pública, es un servicio aunado por el Código civil a una determinada situación jurídica de un menor concreto y a su superior interés, por lo tanto, viene impuesto a la entidad pública cuando ella misma, en el ejercicio de su potestad, ha resuelto establecer acogimiento familiar para un menor concreto; su inexistencia comportaría la correspondiente responsabilidad patrimonial de la entidad pública por los daños morales que pueda sufrir el menor en el libre desarrollo de su personalidad por permanecer en una ubicación que la entidad pública ha considerado no idónea, en acogimiento residencial.

10. Por otra parte, la regulación jurídica del acogimiento familiar que hemos realizado, al estar enmarcada en los artículos 172 y ss. del Código civil, solo rige en aquellas Comunidades Autónomas sujetas a Derecho civil común, para las cuales dichos artículos deberían constituir el estatuto común para los menores que residan en dichos territorios autonómicos.

Ahora bien, las Comunidades Autónomas de Derecho civil común han asumido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en protección de menores y han desarrollado su propia normativa en ese sentido, y aún con el respeto a la regulación del Código civil, han introducido modificaciones sustantivas sobre determinados aspectos del acogimiento familiar que, en la práctica, supone que la protección de los menores no constituya un sistema unitario sino tantos sistemas como Comunidades Autónomas, lo que vulnera el principio de igualdad en su doble vertiente, jurídica y material, el de universalidad, así como a la libre circulación de los menores y sus familias por el territorio nacional, cuestión esta que el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en la nueva redacción del artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, ha intentado paliar estableciendo la obligación de la Comunidad Autónoma que recibe a un menor con

una resolución de protección emitida por otra Comunidad de asumir dicha medida, pero que su eficacia y efectividad van a estar muy limitadas en la práctica dado que dicho artículo tiene la consideración de Ley ordinaria y de acuerdo con el reparto competencial actual difícilmente puede imponerse; solo cabría la suscripción por parte de las Comunidades autónomas de un protocolo de reconocimiento de las resoluciones de las entidades públicas en materia de actuación de protección de menores en el marco del 172 del Código civil, en el sentido establecido en Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Aunque tendría mayor virtualidad otorgar la competencia en la declaración de desamparo y en la ratificación de la medida de asunción de la guarda a petición de progenitores o tutores a los jueces a propuesta de la entidad pública autonómica competente territorialmente en la protección de menores, tal y como se contempla actualmente la adopción.

Estas cuestiones exigen un replanteamiento del actual reparto competencial en materia de protección jurídica de los menores en riesgo, siendo también necesario abordar la protección social del menor y de sus familias, abogando por una recentralización de determinados niveles de protección social que garantizasen unas prestaciones comunes en todo el territorio nacional, siendo esta fórmula factible por que ya ha sido planteada por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Estos niveles de cobertura de las necesidades comunes a toda España tendría un impacto positivo sobre la protección dispensada por el Código civil a los menores en riesgo, porque hemos de recordar que la declaración de desamparo y la guarda asistencial no son sino recursos *"in extremis"* y con carácter absolutamente subsidiario, estableciéndose la obligación de las Administraciones públicas de realizar una labor de prevención normalizada que evitaría que la actividad preventiva quede a la arbitrariedad, y en el mejor de los casos, a la discrecionalidad, de las políticas de protección a la infancia que cada Comunidad Autónoma establezca en función de criterios políticos o económicos. En realidad, parte del contenido de esa labor preventiva debería conceptualizarse como un derecho del

menor y de sus familias, no como una mera expectativa, estableciéndose un catálogo de servicios públicos adecuados a ese fin. La carencia de una cartera mínima de prestaciones sociales a nivel estatal ha propiciado que se esté volviendo a un sistema de protección de la infancia basado en los postulados de la beneficencia privada y de la caridad, así en la situación económica actual son las entidades no lucrativas de interés general las que están asumiendo, en parte, la protección social del menor, labor que es muy loable pero que no se basa en derechos subjetivos.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias

Sentencia Tribunal Constitucional 52/2014, de 10 de abril

Sentencia Tribunal Constitucional 42/2014, de 25 de marzo

Sentencia Tribunal Constitucional 30/2014, de 24 de febrero

Sentencia Tribunal Constitucional 186/2013, de 4 de noviembre

Sentencia Tribunal Constitucional 127/2013, de 3 de junio

Sentencia Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril

Sentencia Tribunal Constitucional 40/2013, de 14 de febrero

Sentencia Tribunal Constitucional 26/2013, de 31 de enero

Sentencia Tribunal Constitucional 10/2014, de 27 de enero

Sentencia Tribunal Constitucional 198/2012, 6 de noviembre

Sentencia Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre

Sentencia Tribunal Constitucional 36/2012, 15 de marzo

Sentencia Tribunal Constitucional 178/2011, de 8 de noviembre

Sentencia Tribunal Constitucional 66/2011, de 16 de mayo

Sentencia Tribunal Constitucional 59/2011, de 3 de mayo

Sentencia Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre

Sentencia Tribunal Constitucional 163/2009, de 29 de junio

Sentencia Tribunal Constitucional 158/2009, de 29 de junio

Sentencia Tribunal Constitucional 183/2008, de 22 de diciembre

Sentencia Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre

Sentencia Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero

Sentencia Tribunal Constitucional 11/2008, de 21 de enero

Sentencia Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre

Sentencia Tribunal Constitucional 237/2007, de 7 de noviembre

Sentencia Tribunal Constitucional 104/2004, de 28 de junio

Sentencia Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril

Sentencia Tribunal Constitucional 27/2004, de 4 de marzo

Sentencia Tribunal Constitucional 140/2002, de 3 de junio
Sentencia Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo
Sentencia Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo
Sentencia Tribunal Constitucional 91/2000, de 30 de marzo
Sentencia Tribunal Constitucional 118/1998, de 4 de junio
Sentencia Tribunal Constitucional 156/1993, de 6 de mayo
Sentencia Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo
Sentencia Tribunal Constitucional 220/1992, de 11 de diciembre
Sentencia Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre
Sentencia Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero
Sentencia Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril
Sentencia Tribunal Constitucional 65/1990, de 5 de abril
Sentencia Tribunal Constitucional 1/1990, de 15 de enero
Sentencia Tribunal Constitucional 64/1988, de 12 de octubre
Sentencia Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero
Sentencia Tribunal Constitucional 127/1987, de 16 de julio
Sentencia Tribunal Constitucional 88/1987, de 2 de junio
Sentencia Tribunal Constitucional 65/1987, de 21 de mayo
Sentencia Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo
Sentencia Tribunal Constitucional 158/1986, de 11 de diciembre
Sentencia Tribunal Constitucional 146/1986, de 25 de noviembre
Sentencia Tribunal Constitucional 76/1986, de 9 de Junio
Sentencia Tribunal Constitucional 39/1986, de 31 de marzo
Sentencia Tribunal Constitucional 6/1986, 12 de febrero
Sentencia Tribunal Constitucional 102/1985, de 4 de octubre
Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril
Sentencia Tribunal Constitucional 49/1985, de 28 de marzo
Sentencia Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero
Sentencia Tribunal Constitucional 81/1982, de 21 de diciembre
Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril
Sentencia Tribunal Constitucional 7/1981, de 16 de noviembre
Sentencia Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de julio

Autos

Tribunal Constitucional, Auto 129/2014, de 5 de mayo

Tribunal Constitucional, Auto 161/2011, de 22 de noviembre

Tribunal Constitucional, Auto 952/1988, de 21 de julio

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia Tribunal Supremo 90/2015, de 20 febrero

Sentencia Tribunal Supremo 771/2014, de 12 de enero de 2015

Sentencia Tribunal Supremo 453/2014, de 23 de septiembre

Sentencia Tribunal Supremo 315/2014, de 6 de junio

Sentencia Tribunal Supremo 818/2013, de 17 de diciembre

Sentencia Tribunal Supremo 761/2013, de 12 de diciembre

Sentencia Tribunal Supremo 757/2013, de 29 de noviembre

Sentencia Tribunal Supremo 679/2013, de 20 de noviembre

Sentencia Tribunal Supremo 663/2013, de 4 de noviembre

Sentencia Tribunal Supremo 495/2013, de 19 de julio

Sentencia Tribunal Supremo 370/2013, de 7 de junio

Sentencia Tribunal Supremo 359/2013, de 24 de mayo

Sentencia Tribunal Supremo 257/2013, de 29 de abril

Sentencia Tribunal Supremo 193/2013, de 15 de marzo

Sentencia Tribunal Supremo 443/2013, de 18 de febrero

Sentencia Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero

Sentencia Tribunal Supremo 879/2012, de 31 de enero de 2013

Sentencia Tribunal Supremo 762/2012, de 17 de diciembre

Sentencia Tribunal Supremo 323/2012, de 25 de mayo

Sentencia Tribunal Supremo 200/2012, de 26 de marzo

Sentencia Tribunal Supremo 60/2012, de 17 de febrero

Sentencia Tribunal Supremo 823/2012, de 31 enero

Sentencia Tribunal Supremo 7319/2011, de 14 de noviembre

Sentencia Tribunal Supremo 320/2011, de 12 de mayo

Sentencia Tribunal Supremo 84/2011, de 21 de febrero
Sentencia Tribunal Supremo 485/2010, de 26 de julio
Sentencia Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio
Sentencia Tribunal Supremo 512/2009, de 30 de junio
Sentencia Tribunal Supremo 176/2008, de 22 de diciembre
Sentencia Tribunal Supremo 74/2008, de 30 de enero
Sentencia Tribunal Supremo 823/2006, de 1 de septiembre
Sentencia Tribunal Supremo 415/2000, de 24 de abril
Sentencia Tribunal Supremo 234/2000, de 11 de marzo
Sentencia Tribunal Supremo 1486/1998, de 5 de marzo
Sentencia Tribunal Supremo 713/1996, de 17 de septiembre
Sentencia Tribunal Supremo 305/1986, de 17 de mayo
Sentencia Tribunal Supremo 228/1983, de 28 de abril

Sala de lo Contencioso

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 22 de diciembre de 2014
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 19 de diciembre de 2014
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 7 de octubre de 2014
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 25 de Junio de 2014
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 3 de diciembre de 2013
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 17 de junio de 2013
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 15 de enero de 2013
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 12 de diciembre de 2012
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 28 de noviembre 2012
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 27 de noviembre de 2012
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 16 de octubre de 2012
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 25 de mayo de 2012
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 13 de marzo de 2012
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 6 de marzo de 2012
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 14 de noviembre de 2011
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 31 de octubre 2011
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 27 de mayo de 2011

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 15 de diciembre de 2010
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 9 de diciembre de 2010
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 23 de noviembre de 2010
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 26 de octubre de 2010
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 21 de junio de 2010
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 27 de enero de 2010
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 16 de diciembre de 2009
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 24 de noviembre de 2009
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 3 de junio de 2009
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 14 de mayo de 2009
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 21 de abril de 2009
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 18 de julio de 2008
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 13 de mayo de 2008
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 8 de abril de 2008
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 5 de febrero de 2008
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 10 octubre de 2007
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 19 de julio de 2007
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), de 30 de enero de 2007
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 25 de octubre de 2006
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 9 de noviembre de 2004
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 22 de septiembre de 2003
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 12 de diciembre de 2000
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 13 de enero de 2000
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 4 de octubre de 1999
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 23 de diciembre de 1998
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 12 de diciembre de 1998
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 6 de noviembre de 1998
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 22 de marzo de 1995
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 5 de octubre de 1993
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 24 de Mazo de 1992
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 8 de febrero de 1991
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 25 de junio de 1990

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 6 de marzo de 1990
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 6 de noviembre de 1988
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 27 de mayo de 1957

Sala de lo Penal

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 835/2012, de 31 de octubre
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 730/2011, de 12 de julio
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo penal), de 930/2010, de 21 de octubre
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 559/2009, de 27 mayo
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 3613/2009, de 27 mayo
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 1016/2006, de 25 de octubre
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 1138/2003, de 12 de septiembre
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 942/2003, de 30 de junio
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 1772/2001, de 4 de octubre
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo penal), de 3.386/1991, de 29 de octubre.
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 4999/1990, de 11 de diciembre
Sentencia Tribuna Supremo (Sala de lo penal), de 3.044/1987, de 18 de mayo
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 1745/1972, de 11 de diciembre

Sala del artículo 42 de la LOPJ

Auto de la Sala del artículo 42 de la LOPJ de 19 de diciembre de 2013, (Cc 31/13)
Auto de la Sala del artículo 42 de la LOPJ de 19 de febrero de 2014, (Cc 42/13)

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 9/2013 de 4 de abril de 2013.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sentencias

Sala de lo Civil y Penal

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), 4/2012 de 1 de febrero.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), 29/2008, de 31 de julio de 2008.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), 7/2000, de 14 de abril.

Sala de lo Contencioso

Sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social), 731/2014 de 15 de abril de 2014.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso), 481/2010 de 30 de abril de 2010.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso), 1848/2009, de 9 de octubre de 2009.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso) de 3 de septiembre de 2008.

Sentencia Tribunal Superior de Andalucía, (Sala de lo Contencioso), de 7 de noviembre de 2007.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso) 1253/2006, de 3 de julio de 2006.

Sentencia Tribunal Superior de Galicia, (Sala de lo Contencioso), de 22 de noviembre de 2005.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso), de 19 de diciembre de 2003.

Autos

Auto Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sección 1), 34/2013 de 28 de febrero 2013

Auto Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sección 1), nº de recurso 87/2011, de 25 de octubre de 2012

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencias

Sentencia Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª), 161/2013 de 21 noviembre

Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), 467/2013 de 1 de julio.

Sentencia Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), 188/2013, de 20 de marzo.

Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), 305/2012 de 13 de

Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), 39/2011 de 14 de febrero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), 503/2010 de 5 de julio.

Sentencia Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª), 292/2010 de 2 de julio.

Sentencia Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), 313/2010, de 8 de junio.

Sentencia Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), 113/2010 de 4 mayo.

Sentencia Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª), 263/2008 de 19 septiembre.

Sentencia Audiencia Provincial de León, (Sección 1ª), 56/2008 de 22 de febrero

Sentencia Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), 212/2007 de 12 de julio.

Sentencia Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª), 398/2006 de 7 noviembre.

Sentencia Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª) 25/2006 de 26 enero.

Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), 193/2005 de 8 junio.

Sentencia Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª), 250/2005 de 7 abril 2005.

Sentencia Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), 29/2005 de 17 febrero 2005.

Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), 127/2004 de 16 noviembre.

Sentencia Audiencia Provincial de La Rioja nº 81/2003, de 6 marzo.

Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª), 790/2002 de 31 de octubre.

Sentencia Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª), 198/2002, de 12 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), 28 de junio (nº de recurso 854/2001).

Sentencia Audiencia Provincial de Teruel (Sección Única), 246/2000 de 29 noviembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18), de 26 junio 2000 (nº de recurso 30/2000).

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de noviembre de 1997, (AC 1997/2330).

Autos

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), 162/1999 de 30 abril 1999.

Auto de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª), 38/2009 de 3 de marzo 2009

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

Auto del Juzgado de primera instancia nº39 de Madrid (sección 39), de 6 de marzo 2013.

Sentencia Juzgado de Primera Instancia (nº 11), Santander, 435/2012 de 28 de septiembre de 2012.

JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES DE FRANCIA

Civil

Cour de cassation 1e chambre civile 3 décembre 2014, nº de pourvoi 13-24268.

Tribunal de Grande Instance de Bayonne du 26 octobre 2011, n° de pourvoi 11/00950.

Cour de cassation 2e chambre civile, 17 février 2011, pourvoi n° 10-30439.

Cour de cassation 1e chambre civile, 16 avril 2008, pourvoi n° 06-21405.

Cour de cassation 2e chambre civile, 19 octobre 2006, pourvoi n° 04-14177.

Cour de cassation 2e chambre civile, 22 mai 2003, n° de pourvoi 13-10561.

Cour de cassation 2e chambre civile, 6 juin 2002, n° de pourvoi 00-18286 00-19694 00-19922.

Cour de cassation 2e chambre civile, 9 décembre 1999, n° de pourvoi 97-22268.

Cour de cassation 2e chambre civile, 19 février 1997, n° de pourvoi 94-21111.

Pénal

Cour de cassation chambre criminelle, 22 janvier 2013, pourvoi n° 12-90.065

Cour de cassation chambre criminelle, 6 novembre 2012, pourvoi n°11-86.857

Cour de cassation chambre criminelle, 8 février 2005, pourvoi n° 03-87447

JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES DE BÉLGICA

Sentencia Tribunal Constitucional de Bélgica n° 30/2013 du 7 marzo 2013.

Sentencia Tribunal Constitucional de Bélgica n° 107/2009 du 9 julio 2009

Sentencia Tribunal Constitucional de Bélgica n° 95/2008 du 26 junio 2008

JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES DE ARGENTINA

Sentencia Corte de Justicia de Salta, expediente CJS 28.526/06 de 29 de septiembre de 2006.

TRIBUNALES INTERNACIONALES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.M.S. c. ESPAÑA, n° 28775/12, 18 de junio de 2013.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, RAW et AUTRES c. FRANCE, n° 10131/11, 7 de marzo 2013.

Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos, LOMBARDO C. ITALIA, n° 25704/11, 29 enero 2013.

Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos K.A.B. c. ESPAÑA, n° 59819/08, 10 de abril de 2012.

Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos SALECK BARDI c. ESPAÑA, nº 66167/09, 24 de mayo de 2011.

Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos P.V. c. ESPAÑA, nº 35159/09, 30 de noviembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, VAUTIER c. FRANCE, nº 28499/05, de 29 de noviembre de 2009.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, K.A. c. FINLANDIA, 14 de enero de 2003.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos RIEME c. SUECIA de 22 de abril de 1992, serie A, nº 226-B.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, OLSSON c. SUECIA, nº 10.465/83, de 24 de marzo 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ATALA RIFFO Y NIÑAS vs. CHILE, de 24 de febrero de 2012.

Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC--17/2002, de 28 de agosto de 2002.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, "NIÑOS DE LA CALLE" (VILLAGRÁN MORALES Y OTROS) vs. GUATEMALA, de 19 de noviembre 1999.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

ABELA, A., BERLIOZ, G., “Apoyo a la parentalidad de los niños en riesgo de exclusión”, *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, DALY, M. (ed.), Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012.

ABELLA, A., “Nuevos modos de crianza y la contratransferencia en la psicoterapia de adolescentes”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, 2010, nº 49, págs. 49-68.

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, (2ª ed.), Trotta, Madrid, 2004.

ABRAVANEL-JOLLY, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Defrénois, París, 2005.

ABRIL CAMPOY, J. M., “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 675, enero-febrero, 2003, págs. 11-54.

ADRIÁN BERMÚDEZ, F., “Precisiones iusfilosóficas a cerca del fundamento de los derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año II, nº 2, 2012, págs. 205-222.

AGUADO I CUDOLÁ, V., “El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

AGUADO I CUDOLÁ, V., “El régimen jurídico de los servicios sociales y de atención a las personas en situación de dependencia”, *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, AGUADO I CUDOLÁ, V., (coord.), Atelier, Barcelona, 2009.

AGUADO I CUDOLÁ, V., “El derecho a los servicios sociales en el Estatuto de Autonomía de Catalunya”, en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Derechos sociales y*

Estatutos de Autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo estatuto del PDI universitario. Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Valladolid, 6-7 de febrero de 2009, ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, Lex Nova, 2009, pág. 233-247.

AGUADO I CUDOLÀ, V., “La ley catalana de servicios sociales: ¿nuevos derechos de ciudadanía en el estado autonómico?”, *REAF*, núm. 7, octubre 2008, págs. 196-235.

AGUILAR HENDRICKSON, M., “La huella de la beneficencia en los Servicios Sociales”, *ZERBITZUAN*, nº 48, diciembre, 2010, pág. 9-16.

AGUILAR VALDEZ, O., “Técnicas del control judicial de las decisiones de la Administración Económica”, *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, DE LA CUÉTARA, J. M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., VILLAR ROJAS, F. J., (coords.) La Ley, Madrid, 2011.

AGUSTÍ ROCA, C., “Golfillos de la calle. Menores, marginación y control social durante el franquismo a través de los expedientes del Tribunal Tutelar de Menores de Lleida”, *Novísima. Actas del II Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*, NAVAJAS ZUBELDÍA, C., ITURRIAGA BARCO, D., (eds), Universidad de La Rioja, Logroño, 2010, págs. 309-322.

AGUSTÍN INAUDI, R., “El concepto de autonomía personal en Francisco J. Laporta. Consecuencias de sus presupuestos antropológicos”, *Analisi e Diritto* 2011, págs. 181-187.

AJA FERNÁNDEZ, E., *El sistema jurídico de la Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985.

ALÁEZ CORRAL, B., “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, nº 20, 2007, págs. 179-210.

ALBADALEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, (revisada por DÍAZ ALABART, S.), Edisofer, Madrid, 2013.

ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J. M., GARCÍA SERRANO, M., *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011.

ALEXIS M.-A., *Droit de la famille* nº 3, Mars 2013, comentario 43.

ALFONSO RODRÍGUEZ, E., La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores, *Actualidad Civil*, vol. 2, nº 17, 1995, págs. 317-331.

ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el Proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á., *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ALONSO DE LEÓN, S., “Análisis crítico del papel de los parlamentos regionales en el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea”, *ReDCE*, año 8, nº 16, julio-diciembre/2011, págs. 283-329.

ALONSO GARCÍA, M. C., LEIVA RAMÍREZ, E., “La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador”, *Revista Derecho del Estado*, nº 29, julio-diciembre del 2012, págs. 145-173.

ALONSO GARCÍA, R., “Interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 28, pp. 385-410, Civitas, 2008.

ALONSO PÉREZ, M., “La Familia entre el pasado y la modernidad Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. I, pág. 1, tomo 1, Editorial LA LEY 2338/2001.

ALONSO PEREZ, M^º T., “Acerca del prohijamiento en el Derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 12, 1991, págs. 136-154.

ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Estudios Jurídicos, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ LATA, N., “Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los principios del Derecho civil gallego (y de la doctrina del Tribunal Constitucional)”, *Derecho Privado y Constitución*, 75 nº 22, enero-diciembre 2008, págs. 57-94.

ÁLVAREZ LATA, N., SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho privado y Constitución*, nº 24, 2010, págs. 11-66.

ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derecho de Familia*, T. II, Civitas, 1988.

ALLER FLOREANCIG, T., GÓMEZ PÉREZ, E. ARRUABARRENA TERÁN R., *Cuadernos de Bienestar y Protección Infantil*, publicación de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, 2010.

AMAT LLOMBART, P., “Régimen jurídico de la protección a la infancia y del menor en la Comunidad Autónoma Valenciana”, *Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, *El Ejido*, 19-22 de febrero de 2008 / *II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores*, HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M. A., (coords), v. 2, 2011, págs. 863-884.

AMOROS DORDA, F. J., “Comisiones de Investigación: Comentario introductorio al Capítulo III del Título I de la Constitución”, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española 1978*, ALZAGA VILLAAMIL, O., (direc.), EDERSA, Madrid, 1983-1989.

AMORÓS MARTÍ, P., *Situación actual de los servicios de adopción y acogimiento familiar: El proceso de selección*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988.

ANDREU MARTÍNEZ, M. B., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

ANTÓN ZARRAGOITIA, M., “Previsiones sobre el principio de subsidiariedad y su impacto en el ámbito regional”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 40, 2009.

AÑON ROIG, M. J., *Necesidades y derechos, un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

APILLUELO, M., *La relación del trabajo del menor de edad*, CES, Madrid, 1999;
BORRÁS LLOP, J.M., (dir.), *Historia de la infancia, en la España contemporánea. 1834-1936*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales- Fundación German Sánchez Ruipérez, págs. 227-311.

ARCE Y FLOREZ-VALDES, J., *El derecho civil constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid 1991.

ARDANT, P., *La personne humaine, sujet de droit*, Presses Universitaires de France, Poitiers, 1993.

ARECES PIÑOL, M. T., *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Comares, Granada, 2009

ARENAL, C., *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Imprenta del colegio de Sordo-Mudos y Ciegos, Madrid, 1861.

ARIAS ASTRAY, A., GUILLÉN SÁDABA, M. E., PÉREZ MADERA, D., DE LUCAS Y MURILLO DE LA CUEVA, F., "La definición de los servicios sociales en las leyes de servicios sociales de "primera" y "segunda generación" en España", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, v. 4, 2004, págs. 507-518.

ARÍAS DÍAZ, D., "Reflexiones acerca de la ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos, *La Ley*, año XXVI, nº 6184, de 7 de febrero de 2005, págs. 1738-1739.

ARIAS MIRANDA, J., *Reseña histórica de la Beneficencia Española*, Impresa del Colegio de Sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1862.

ARIÈS, P., DUBY, G., *Historia de la vida privada*, Taurus, (5 volúmenes), Madrid, 1990.

ARIÈS, P., *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1987; ARIÈS, P., DUBY, G., *Historia de la vida privada*, Taurus, (5 volúmenes), Madrid, 1990.

ARIÑO ORTIZ, G., "Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)", *Actualidad y perspectivas del*

Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla, 3 vols., Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, págs. 1315-1336.

ARMENTEROS LEÓN, M., “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”, *Diario La Ley*, nº 7679, Sección Doctrina, 22 julio 2011, Año XXXII, La Ley 13146/2011.

ARMIJO SANCHO, G., “La tutela constitucional del interés difuso. un estudio según el nuevo Código de la niñez y la adolescencia de Costa Rica”, *Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Antología*, GONZÁLEZ OVIEDO M., VARGAS ULATE, E., (coords.), Conamaj, Escuela Judicial, Unicef, Costa Rica, 2001, págs. 107-167.

ARNALDO ALCUBILLA, E., FERNÁNDEZ VALVERDE, R., (dirs), *Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Comentarios a la Ley 29, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007.

ARQUILLO COLET, B., “Seguro y responsabilidad patrimonial de la administración: los problemas del aseguramiento de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y sus soluciones jurídicas”, *Atelier*, Barcelona, 2008.

ARROYO JIMÉNEZ, L., “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *InDret* 1/2015, enero 2015.

ARROYO YANES, L. M., *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo blanch, Valencia 1994.

ARRUABARRENA MADARIAGA, M. I., “Procedimiento y criterios para la evaluación y la intervención con familias y menores en el ámbito de la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, 2009. Vol. 30(1), págs. 13-23.

ARRUABARRENA MADARIAGA, M. I., SÁNCHEZ REDONDO, J. M., (coords.), *Investigación y evaluación ante situaciones de desprotección en la infancia*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2010.

ARTEAGA BASURTO, C., SOLÍS SAN VICENTE, S., (coords.), *Necesidades sociales y desarrollo humano: un acercamiento metodológico*, Plaza y Valdés, México, 2005.

ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., QUESADA SÁNCHEZ, A. J., “Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática”, *Diario La Ley*, (digital), año XXVIII, nº 6639, 29 de enero de 2007.

ASÍS ROIG, R., (dir.); BARRANCO AVILÉS, M. del C., PALACIOS RIZZO, A., CUENCA GÓMEZ, P., (Coords.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, FUNDACIÓN ONCE diciembre de 2008.

ATIAS, C., en prefacio a la reimpresión en 2007 de la edición de 1952 de la obra de DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007.

ATIENZA NAVARRO, M. L., “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2006.

AUGHUET, C., *Précis de droit de la famille*, LES MEMBRES DE L’UNITE DE DROIT FAMILIAL DU CENTRE DE DROIT PRIVE DE L’ULB, VAN GYSEL, A-C., (dir.) Bruylant, Bruselas, 2009.

AUNE, A-C., *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2007.

AVELLANOSA PEÑA, B., “Instituciones y crianza”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 48, 2009, 167-175.

AVENA-ROBARDET, V., “Partage des allocations familiales en résidence alternée même pour l'enfant majeur”, *Actualité juridique Famille*, nº 2, février 2010, Jurisprudence, note à propos de 2e Civil, 14 janvier 2010, págs. 81-82.

AZNAR LÓPEZ, M., “Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 30, 2001.

AZNAR LÓPEZ, M., “La protección de los derechos de la infancia y el defensor del pueblo”, *El menor y la Familia: Conflictos e Implicaciones*, RODRÍGUEZ TORRENTE, I., (ed.), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.

BADOSA COLL, “La protección de menores en el derecho catalán. De la “guarda y educación” del menor a la “crianza y formación” del niño y del adolescente”, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, ESPIAU ESPIAU, S., VAQUER ALOY, A., (eds.), Pons, Madrid, 1999.

BAEKELAND, C. E., “Las grietas estructurales”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 39/40, 2005, págs. 71-78.

BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Sobre la idea europea de buena administración”, *Noticias CEE*, nº 247-248, 2005, págs. 61-66.

BALBÍN TORRES, E., *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, Fondo Editorial PUCP, 2005.

BALSELLS BAILON M. A., “Quebec y Cataluña: redes y profesionales para la acción socioeducativa con familias, infancia y adolescencia en situación de riesgo social”, *Revista Española de Educación Comparada*, 12 (2006), págs. 365-387.

BALSELL BAILÓN, M^a A., La infancia en riesgo social desde la sociedad del bienestar, *Teoría de la Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, nº 4, 2003, págs. 1138-9737.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALLESTEROS MOFFA, L. Á., “La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 33, mayo, 2014.

BALLESTEROS MOFFA, L. Á., “Crisis del silencio administrativo negativo”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº 6, 2013.

BAÑO LEÓN, J. M., *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.

BARALLAT LÓPEZ, J., “La mediación en el ámbito penal”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 29, enero 2013.

BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: Una visión crítica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

BARBER CÁRCAMO, R., PASCUAL MEDRANO, A., “La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 12, 2007, págs. 39-66.

BARBER CÁRCAMO, R., “La constitución y el Derecho civil”, *REDUR*, nº 2, 2004.

BARCIA LEHMANN, R., “Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 26, 2013, nº 2- diciembre, págs. 9-37.

BARRERO E. R., RODRÍGUEZ MUÑOZ, M. F., MORELL PARERA, J. M., “¿Cómo afrontar el proceso de acogida? Una perspectiva psicológica”, págs. 89-124, RODRÍGUEZ MUÑOZ, M. F., MORELL PARERA, J. M., SIERRA GARCÍA, P. (coords.), *Acogimiento familiar. Manual práctico*, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 2014.

BARTHASSAT, A., “La política de integración en Ginebra y sus repercusiones”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA , 1991, nº 11-12, págs. 41-58.

BARUDY, J., DANTAGNAN, M., *Los buenos tratos a la infancia: parentalidad, apego y resiliencia*, Gedisa, Barcelona, 2005.

BASS, D., LERNOUT, Y., (dir.), *Le placement familial en Europe, une question de justice?*, Grape, París, 2000.

BASSELS, M. A., “La infancia en riesgo social desde la sociedad del bienestar”, *Teoría de la Educación: Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, nº 4, 2003.

BASSOLS COMA, M., *La Administración pública de las Comunidades Autónomas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2004.

BASTARD, (dir.) B., *Rester liés*, Les Editions de la MSH, París, 2001.

BATALLER RUIZ, E., “El derecho civil autonómico en España: génesis y perspectiva”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, número 5, 1º semestre, 2009.

BATTEUR, A., LARRALDE, J. M., “La liberté de ne pas être mère: l'accouchement sous X”, *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (direc.), L.G.D.J., Paris, 2012.

BATTEUR, A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, L.G.D.J., Paris, 2009.

BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2002.

BAZÁN, J. L., “Bioderecho y menores en el Consejo de Europa”, Conferencia inaugural de las Terceras Conferencias de Bioética y Derecho, “*Los niños y los adolescentes en el ámbito de la Bioética*”, 29 de mayo de 2007, organizadas por la Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada (CEDAP-UC) en colaboración con el Centro de Bioética (Facultad de Medicina-UC.)

BEIGNIER B., “De «l'enfant roi» au «parent roi?»”, *Droit de la famille*, nº1, janvier 2012, repère 1.

BÉJAR, A., “Los lugares de la madre (el trabajo en red de seguimiento terapéutico de niños institucionalizados)”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, 2010, nº 49, págs. 101-113.

BELOFF, M., “Constitución y derechos del niño”, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, VV.AA., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Una apuesta por la mediación administrativa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2014.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Los principios organizativos de la Administración social”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, enero-agosto, 2005, págs. 207-232.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La ordenación legal de los servicios sociales en Navarra: algunos aspectos necesitados de reforma”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 25, 1998, págs. 283-300.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *Régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Bilbao, 1992.

BELLO JANEIRO, D., "Competencia autonómica en materia de menores. El caso de Galicia", *Políticas jurídicas para el menor*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., (edit.), Comares, Granada, 2009.

BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

BÉNABENT, A., *Droit de la Famille*, 2ªed., Montchrestien, París, 2012.

BENAVENTE MOREDA P., "Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego", *AFDUAM*, nº 15, 2011, págs. 15-62.

BENEDICTO XVI, Carta encíclica *Caritas in veritate*, de 29 de junio de 2009.

BERCIANO, M^a. J. (coord.), *Instrumento para la valoración de las situaciones de riesgo y desamparo en los Servicios Sociales Municipales y Territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma Vasca*. Gobierno Vasco. Departamento de Empleo y Asuntos Sociales, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Un voto particular demoledor", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10/2014, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Un nuevo paso a favor de la verdad biológica en materia de filiación", *Aranzadi civil-mercantil*, v. 1, nº 2 (mayo), 2011, págs. 17-22.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al artículo 154", *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, v. II, AMORÓS GUARDIOLA, M., (coord), Tecnos, Madrid, 1984.

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.

BERNARD, M.-F., DOTTORI, S., FERET, M.-A., OXLEY, J, SOURMAIS, L., *La visite en présence d'un tiers dans le cadre de la protection judiciaire: faire de la visite un acte bientraitant et éducatif*, décembre 2012, <http://www.cnape.fr/files/news/1150.pdf>

BERROCAL LANZAROT, A. I., “Derecho de visita de los abuelos. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de lo civil, de 20 de octubre de 2011”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 2012, año nº 88, número 730, págs. 987-1198.

BERROCAL LANZAROT, A., “La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados”, *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales*. Ponencias y comunicaciones de Congreso internacional la protección de las personas mayores, Córdoba 7-9 octubre 2009, PÉREZ GARCÍA, M. J., (coord.), IDADFE, Madrid, 2009.

BERTRAND-MIRKOVIC, A., *La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en Provence, 2003.

BETAILLOLE-GONTHIER, F., “*La capacité naturelle*”, Tesis presentada el 6 de enero de 1999, Universidad Montesquieu-Bordeaux IV, París, 1999.

BIGLINO CAMPOS, P., “La reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver”, *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, nº 25, 2011, págs. 19-35.

BINGEN, A., LEBRUN, M., “La contractualisation des rapports sociaux à l'épreuve de la subjectivité”, Namur, Deuxième Congrès International des formateurs en travail social et des professionnels francophones de l'intervention sociale, Belgica, 3 a 7 julio de 2007, http://www.congres2007.org/pages/actes_pdf/Bingen_Lebrun.pdf.

BLANCO ESTEVE, A., (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2012.

BOIXAREU CARRERA, A., “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 21, nº 3, 1994, págs. 771-808.

BONET RAMÓN, F., *Derecho civil. Introducción y parte general*, t. I, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1948.

BONNIE, R. J., JOHNSON, R. L., CHENNERS, B. M., SCHUCK, J., *Reforming juvenile justice, A Developmental Approach*, National Research Council of academies press, 2013, Notes de lecture de YOUF, D., *Sociétés et jeunesses en difficulté*, n° 13, Printemps 2012.

BORRÁS, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, (discurs d’ingrés), *Revista Jurídica de Catalunya*, any XCIII, n° 4, 1.994, Barcelona, págs. 930-931.

BOSCH I CARRERA, A., “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, VV. AA., *Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 23 i 24 setembre 2004*, Documenta Universitaria, Universitat de Girona, Girona, 2005.

BOUAZZA ARIÑO, O., “Protección de las minorías étnicas y derecho a la igualdad. (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Muñoz Díaz c. España, de 8 de diciembre de 2009)”, *Revista General de Derecho Administrativo* n° 23, 2010.

BRACONNIER, A., “La adolescencia hoy: ¿El fin del desarrollo?”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, 2010, n° 49, págs. 39-47.

BRAGE CAMAZANO, J., “Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción”, Panóptico. Observatorio penitenciario, <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/brage.pdf>.

BRESSAND, M., CHRIQUI-REINECKE, M., SCHMITT, M., *Promouvoir la bientraitance dans les établissements de santé*, Rapport de la mission ministérielle remis à Monsieur Xavier Bertrand, Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, Janvier, 2011.

BROEKMAN, J. M., *Derecho y antropología*, Civitas, Madrid, 1993

BRUGGEMAN, M., “Droit au respect de la vie familiale d’une famille d’accueil: le temps est assassin”, *Droit de la Famille*, n° 3, marzo 2012, comentario 44.

BUENO ABAD, J. R., PÉREZ COSÍN J. V., “Acogimiento familiar: estudio de las interacciones ante las visitas familiares”, *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, nº 7, 1999, págs. 135-155.

BUENO ARÚS, F., “Introducción al derecho correccional de los menores”, BUENO ARÚS, F., SALINAS IÑIGO, A., PERIAGO MORANT, J. J., LEGAZ CERVANTES, F., *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 123 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Fundación Diagrama, Murcia, 2008.

BUFFELAN-LANORE, Y., LARRIBAU-TERNEYRE, V., *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, París, 2013.

BUSNELLI, “El Derecho civil entre Código y leyes especiales”, *R.G.L.J.*, 1985, tomo 5, XC.

BUSTOS PUECHE, J. E., *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996.

CABALLERO LOZANO, J. M., “La nueva responsabilidad por daños causados por piezas de caza en Castilla y León tras la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas financieras”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 10, 2006, págs. 135-206.

CABALLERO LOZANO, J. M., “La capacidad asociativa del menor de edad”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A, (coord.), v. 1, (Semblanzas. Derecho civil. Parte general), Civitas, Madrid, 2002 págs. 300-320.

CABALLERO LOZANO, J. M., “Los menores de edad y las asociaciones: a propósito de una lectura contractualista del derecho de asociaciones”, *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, VATTIER FUENZALIDA, C., (coord.), Universidad de Burgos, 1999, págs. 79-94.

BUZZELLI, S., “Il minori fonte di prova vulnerabile: Quadro giuridico e buone prassi europee”, *L'Indice penale*, año XI, nº I, enero-junio 2008, págs. 397-411.

CADENAS SOBREIRA, M. A., “Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil”, BELLO JANEIRO, D., (coord.), *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Barcelona, 2013.

CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción internacional del menores: una visión general”, *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, GAMARRA CHOPO, Y., (coord.), Institución “Fernando el Católico”, Diputación provincial de Zaragoza, Zaragoza, 2011, págs. 115-155.

CAMAJI, L-E., *La personne dans la protection sociale: Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Dalloz, París, 2008.

CAMPOS R., “Aportes estratégicos a la teoría del derecho frente al pluralismo jurídico”, II Jornadas Nacionales de Teoría General del Derecho y Estrategia Jurídica (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2 y 3 de septiembre de 2013 / Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4 de septiembre de 2013), págs. 7-12.

CANDELA TALAVERO, J. E., “La fiscalización a la administración ante las vías de hecho”, *Auditoría Pública*, nº 52, 2010, págs. 95–103.

CAPARRÓS, N., CAPARRÓS CIVERA, N., JIMÉNEZ-AYBAR, I., *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, Rialp, Madrid, 2001.

CAPELIER, F., “Enjeux et particularités de la contractualisation en protection de l’enfance: l’exemple du projet pour l’enfant”, *Sociétés et jeunesses en difficulté*, nº 13, printemps 2012.

CAPITÁO, G. “Planificación y contractualización en el Derecho del ambiente”, *Documentación Administrativa*, nº. 257/258, mayo-diciembre, 2000.

CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, enero, 2013, págs. 315-336.

CARBASSE, J.-M., *Manuel d’introduction historique au droit*, PUF, París, 2006.

CARBONE, V., “Crisi della familia e principio di solidarietà”, *Famiglia e diritto*, nº 12, 2012, págs. 1165-1178.

CARBONNIER, J., *Droit civil, Introduction: les personnes, la famille, l’enfant et la couple*, PUF, 2004.

CARBONNIER, J., “Note sous cour d’appel de Paris, 30 avril 1959”, *Dalloz périodique*, nº 673, 1960.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “Acogimiento familiar versus paternidad: el derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2000, págs. 1489-1497.

CÁRDENAS MIRANDA, E. L., “El interés superior del niño”, *Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad*, www.letrasjuridicas.com/Volumenes/23/18a.pdf ISSN 1665-1529

CARDOSO-ROULOT, N., *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L’Harmattan, París, 2008.

CARITAS DIOCESANA DE ZARAGOZA, Gobierno de Aragón “Procedimiento para valorar las situaciones de riesgo de los menores”, Zaragoza, febrero de 2012, <http://www.caritas-zaragoza.org/>

CARRASCO, M. M., “Protección penal de la filiación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 2010, nº 12-06, págs. 06:1-06:30.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., *Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., MIGUEZ MACHO, L., “Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado asistencial”, comunicación elaborada en el marco del Proyecto de Investigación *Derechos socioeconómicos y sistema de prestaciones en un Estado multinivel* (DER2009-07183), presentada en el VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Valladolid, 6-7 febrero, 2009.

CASADO, D., “Apunte histórico de la construcción de los servicios sociales”, en CASADO, D. y FANTOVA, F. (coords.) *Perfeccionamiento de los Servicios Sociales en España*, Cáritas Española, Madrid, 2007.

CASADO, D., “Demandas y reforma de la oferta técnica de los servicios sociales” en CASADO, D. y FANTOVA, F. (coord.): *Perfeccionamiento de los servicios*

sociales en España. Informe con ocasión de la Ley sobre autonomía y dependencia. Cáritas Española, Madrid, 2007.

CASADO, D., "La rama de los servicios sociales" en CASADO, D. y FANTOVA, F. (coord.), *Perfeccionamiento de los servicios sociales en España. Informe con ocasión de la Ley sobre autonomía y dependencia*, Cáritas Española, Madrid, 2007.

CASAS MÍNGUEZ, F., "Mercado de servicios y Servicios de interés general en la Unión Europea", *Boletín Informativo de Trabajo Social*, nº 15, 2010, <http://www.uclm.es/bits/sumario/85.asp>

CASSESE, S., *Las bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1996.

CASTAIGNÈDE, J., "Les petits responsables. Réflexions sur la responsabilité pénales et la responsabilité civiles du mineur", *Regards croisés sur les Droits de la famille et du patrimoine, Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, DOAT, M., REBOUR, G., (coords), L'Harmattan, París, 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, v. II, Reus, Madrid, 1952.

CAVALIERI, A., *O Direito do Menor*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1976.

CAVAS MARTINEZ, F., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., (dirs.), *El Derecho Social de la Región de Murcia*, Universidad de Murcia, Murcia, 2007.

CAVAS MARTINEZ, F.; SÁNCHEZ TRIGUEROS C., "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 23, 2005, págs.103-128.

CAVERO T., POINASAMY, K., *La trampa de la austeridad. El verdadero coste de la desigualdad en Europa*, INTERMÓN OXFAM, 11 septiembre 2013, www.oxfam.org

CERDÁ GIMENO, J., "Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, mayo-junio, 1987, nº 580, págs. 739 y 764.

CERF-HOLLENDER, A., “L’absence de protection pénale de l’enfant à naitre”, *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (direc.), L.G.D.J., París, 2012.

CESANA, G., BAREA, M., “Subsidiariedad horizontal en la protección social de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 238, 2004 págs. 9-17.

CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del Niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño” en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELFOFF, Mary (comps.), Temis Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1998.

COBAS COBIELLA, M. E., GUILLÉN CATALÁN, R., “Una breu presentació de la llei 6/2009, de 30 de juny, de la generalitat, de protecció a la maternitat”, *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, nº 8, 2º semestre, 2010.

COBO OLVERA, T., *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2008.

COCA PAYERAS, M., “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, nº 1 (enero-marzo, 2014), Estudios, págs. 29-48.

COHEN, D. “Le droit á ...”, *L’avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré. Dalloz, París, 1999.

COLINA GAREA, R., “Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho civil”, *AFDUJC*, 10, 2006, págs. 217-250.

COLTON, M. J., HELLINCKX, W., *La atención a la infancia en la Unión Europea. Guía por países sobre acogimiento familiar y atención residencial*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993.

COLLINS J. M. “Lady Madonna, Children at Your Feet: The Criminal Justice System’s Romanticization of the Parent–Child Relationship”, *Iowa Law Review*, Vol. 93, No. 1, 2007, Wake Forest Univ. Legal Studies Paper nº 1086393.

CONSTANT, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Del espíritu de conquista*, trad. Truyol y López, Tecnos, Madrid, 1988.

CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Defensa del Estado Social*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.

CORDÓN MORENO, F., “El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 1, septiembre 2003, págs. 141-169.

CORNU, G., *L’art du droit en quête de sagesse*, Presses Universitaires de France, París, 1998.

CORPART, I., “Le foetus mort, enfant de personne”, *De code en Code. Mélanges en l’honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, París, 2009.

CORRAL GARCÍA, E., *La familia monoparental y el interés del menor*, Actualidad civil, ISSN 1139-8108, nº 22, dic. 2008, p. 2456-2468.

CORTELL GINER, R. P., “El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, v. 11, nº 32, 2009, págs. 79-96.

CORTÉS LOZANO, Á., DÍAZ HUERTAS, J., RIVERA CUELLO, M., MUÑOZ HOYOS, A., *Salud de los niños atendidos por el sistema de protección a la infancia: Acogimiento residencial, Acogimiento Familiar y Adopción. Guía para profesionales sanitarios y acogedores*, editado por Sociedad Española de Pediatría Social, 2012.

COSCUELLA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012

COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CRESPO MORA, M. C., “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret* 2/2013.

CRISCUOLO, A., PUTATURO DONATI, M. G., *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina: Delle persone e della famiglia (artt. 79-230-"bis")*, V. 1, Giuffrè Editore, Milán, 2012.

CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley- Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

CRUZ MÁRQUEZ, B., "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3 noviembre 2005.

CRUZ, L., "Sobre el acogimiento residencial y las condiciones socioeducativas en las que se debe desarrollar la medida", *Pedagogia i Treball Social. Revista de Ciències Socials Aplicades*, nº 2, 2011, págs. 66-88.

CHABERT, C., *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2001.

CHENOT, M., "La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat", *Etudes et documents du Conseil d'Etat –EDCE*, 1950.

D'ATENA, A., "Modelos federales y subsidiariedad en el reparto de las competencias normativas entre la Unión y los Estados miembros", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 3, 2005, págs. 195-202.

DA SILVA OCHOA, J. C., "Derechos de los ciudadanos con especial referencia a lenguas y acceso a registros (artículos 35 a 40)", *Administraciones públicas y ciudadanos (estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, PENDÁS GARCÍA, B., (coord.), Ciss Praxis, Barcelona, 1993, págs. 297-352.

DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, París, 2007, (reimpresión de la edición de 1952).

DAMON, J., *Les familles recomposés*, PUF, París 2012.

DÁVILA GONZÁLEZ, J., "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor", *Estudios de Derecho de las obligaciones/ Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO, E., (coord.), La Ley, Madrid, 2006.

DE ALZOLA Y MINONDO, P., "La mendicidad y la vagancia", Conferencias dadas en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Bilbao, *Revista bascongada*, 1903.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 46-59, septiembre 2012.

DE CABO MARTÍN, C., *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons Madrid, 2006

DE CASTRO MARTÍN, R., "El interés superior del Menor". Ponencia Jornada Técnica *Análisis del Sistema de protección de menores en el ámbito del Sistema judicial*, Observatorio de la Infancia en Andalucía, Sevilla, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, parte general, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, (reed. 1984).

DE DIEGO GÓMEZ, A., "Los servicios sociales, en riesgo por la reforma de la Administración local", *Mundiarío*, 13 de diciembre de 2013.

DE DIOS VIÉITEZ, M. V., "Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores", *Revista jurídica de Navarra*, nº 43, 2007, págs. 167-182.

DE ELIZALDE, F., Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil", *InDret* 3/2014.

DE GUAYO CASTIELLA, I., "Las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas", en RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXÍA, P., (eds.), *Curso de Derecho público de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2003.

DE INGLY, F., "Qu'est-ce qu'un bon parent?", *L'autorité parentales en question*, DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., CHOAIN, C., (eds), Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2003.

DE LA CORTE IBAÑEZ, L.; BLANCO, A.; SABUCEDO, J.M (eds.) *Psicología y derechos humanos*, Icaria, Barcelona, 2004.

DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., “Los efectos colaterales de las reformas. Filiación y patria potestad”, en *Novedades legislativas en materia Matrimonial*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (dir.), *Estudios de Derecho Judicial*, 130-2007, Consejo General del Poder Judicial, págs. 213-220.

DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret* 1/2015

DE LA PALMA DEL TESO, Á., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *AFDUAM*, 15 (2011).

DE LA ROSA CASADO, ante *la Comisión especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, para informar sobre la situación de los centros tutelares de menores (713/000931)*, en sesión del Senado de 7 de marzo de 2011 (Diario de sesiones nº 484)

DE LAMA AYMÁ, A., *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., *Diario de Sesiones del Senado*, año 1987, III Legislatura, nº 46, Sesión Plenaria nº 46, de 7 de octubre de 1987.

DE MEO, R., “La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, v. XLI, enero-marzo, 2012.

DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., Colex, Madrid, 2013.

DE PABLO CONTRERAS, P. V., “Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor:*

jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi, PÉREZ ALVAREZ, M. Á., (coord.), Universidade da Coruña, A Coruña, 1997.

DE PABLO CONTRERAS, P. V., “Comentario al art. 172”, *Comentarios a las reformas del Código civil desde la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Tecnos, Madrid, 1993.

DE PABLOS RODRÍGUEZ, P., PÉREZ MARTÍN, M., “Trastornos en las funciones parentales, efectos en el desarrollo del psiquismo: un problema transgeneracional”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 31/32, 2001, págs. 173-182.

DE PALMA DEL TESO, A., “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, *Marco jurídico de los Servicios Sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

DE PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *AFDUAM*, nº 15 (2011).

DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia*, INAP, Madrid, 2006.

DE POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración del Sr. D. José de Posada Herrera. Estudios sobre la beneficencia pública*, v. II, Madrid, 1845; reedición Universidad de Oviedo y Universidad de León, Servicio De Publicaciones, 1995.

DE ROBERTIS, C., *Fundamentos del trabajo social: ética y metodología*, Universitat de València, Valencia, 2003.

DE ROBERTIS, C., CARPENTIER, G., CASTILLO-WINTER, S., FALCO, C., *Le contrat: un outil pour le travail social*, Bayard, París, 1993.

DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad, La responsabilidad civil por daños causados por personas en a que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DE TORRES PEREA, J. M., “El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de

oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, nº LXVI-II, abril 2013, págs. 587-685.

DE TORRES PEREA, J. M., “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret*, 4/2011.

DE TORRES PEREA, J. M., *El interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»), *Diario La Ley*, nº 7393, 2010.

DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales*, Publicaciones del Senado, Madrid, 2003.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *El acogimiento familiar en Andalucía*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2001.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., “Réflexions critiques d’une juriste sur la «parentalité»”, *Mélanges en l’honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, París 2012.

DEL CAMPO VILLARES, M. O., FERREIRO SEOANE, F. J., *De la Administración a la Gestión de los Servicios Públicos*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2012.

DEL VAL, A. I., “El futuro de la familia: la familia”, *Iglesia viva: revista de pensamiento cristiano*, nº 217, 2004, págs. 9-26

DEL VALLE, J. F., BRAVO ARTEAGA, A., MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, M., SANTOS GONZÁLEZ, I., *La perspectiva de niños y adolescentes sobre la calidad del acogimiento residencial*, Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012.

DEL VALLE, J. F., BRAVO ARTEAGA, A., MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, M., SANTOS GONZÁLEZ, I., *Estándares de calidad en acogimiento residencial especializado. Versión para centros especializados EQUAR-E*, Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012.

DEL VALLE, J. F., BRAVO ARTEAGA, A., MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, M., SANTOS GONZÁLEZ, I., *Estándares de calidad en acogimiento residencial EQUAR-E*, (Versión genérica), Informes, estudios e investigación 2012, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012.

DEL VALLE, J. F., BRAVO, A., LÓPEZ, M., “El acogimiento familiar en España: implantación y retos actuales”, *Papeles del Psicólogo*, 2009, v. 30(1), págs. 33-41.

DEL VALLE, J. F., BRAVO ARTEAGA, A., *Situación actual del acogimiento familiar de menores en España*, Dirección General de Acción Social, del Menor y la Familia, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Universidad de Oviedo, Diciembre, 2003.

DELAPORTE-CARRÉ, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008.

DELGADO DEL RÍO, G., *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Civitas, Madrid, 2010.

DELGADO ECHEVERRIA, J., *Los Derechos civiles forales en la Constitución española de 1978*, Universidad de Zaragoza, 1978.

DELGADO MAGRO, L., FORNIELES, A., COSTAS, C., BRUN-GASCA, C., “Acogimiento residencial problemas emocionales y conductuales”, *Revista de investigación en educación*, v. 1, Nº. 10, 2012, págs. 158-171.

DELGADO-OCANDO, J. M., “Estado Social de Derecho y Administración Prestacional”, *Revista Gaceta Laboral*, v. 1, nº 2, 79-86, 1995.

DELRIEU, S., ZADEWSKI, V., *Droit des mineurs et des majeurs protégés*, Ellipses, 2010.

DELVAL, J., GÓMEZ, J.C., “Dietrich Tiedemann: La psicología del niño hace doscientos años”, *Infancia y Aprendizaje*, nº 41, 1988, págs. 9-30.

DELVAUX, D., *Note de travail. Indicateurs et bien-être: quelques balises*, Observatoire de l'Enfance, de la Jeunesse et de l'Aide à la Jeunesse, octobre 2007, Bélgica, <http://www.oejai.cfwb.be/index.php?id=5347>

DEMAUSE, LL., *Historia de la infancia*, Alianza, Madrid, 1982.

DENIS, P. “Entre familia y parentalidad: algunas consecuencias de las discontinuidades relacionales”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEPYPNA, nº 49, 2010, págs. 79-90

DESDENTADO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, *R.V.A.P.*, nº 84, 2009, págs. 85-133.

DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el consejo general del Poder Judicial. Un análisis crítico”, *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, nº 139, 2008, págs. 555-574.

DIAGO DIAGO, M. del P., “La "Kafala" islámica en España”, *Cuadernos de derecho transnacional*, v. 2, nº 1, 2010, págs. 140-164.

DÍAZ ALABART, S., “El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda”, *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, DÍAZ ALABART, S., (direc.), Ibermutuamur, Madrid, 2004, capítulo II, http://www.ibertalleres.com/web_juridica/inicial.htm

DÍAZ DÍAZ, M. C., *El empleado público ante el procedimiento administrativo: deberes y obligaciones de buena administración*, Tesis doctoral, Salamanca, 2010, http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/108955/1/DDAFP_Diaz_Diaz_MC_ElEmpleadoPublico.pdf

DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas”, *REDUR*, nº 11, diciembre 2013, págs. 149-167.

DÍAZ RODRÍGUEZ, M. E., GONZÁLEZ BARDANCA, M. S., “Las versiones de la aplicación de la ley” *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEYPNA, nº 41/42, 2006, págs.59-66.

DÍEZ GARCÍA, H., “La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., (coords.), v. 1, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, EDITUM, 2004.

DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

DÍEZ MORRÁS, F.J., “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *REDUR* 10, diciembre 2012, págs. 95-104.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, v. I, Tecnos, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, v. I, Tecnos, Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., (direc.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ROGEL VIDE, C., CAFFARENA LAPORTA J., CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Dirección General de Servicios Sociales-SEREM y Fundación General Mediterránea, 1997.

DÍEZ-PICAZO, Y PONCE DE LEÓN, J. L., “Estudio sobre la legislación de beneficencia en España”, *Legislación sobre instituciones de beneficencia particular, Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*, PIÑAR, J. L. y REAL PÉREZ, A., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, V. 35, nº 1, 1982.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, 1962.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., “El sentido histórico del Derecho civil”, *R.G.L.J.*, 207, 1959.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C., (dirs.), *Comentarios al Código penal*, parte especial, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos contra la seguridad de menores o incapaces*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

DOMINGO RODRIGO, L. M., “Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las unidades familiares no matrimoniales” *Libro homenaje a Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.

DOMÍNGUEZ HERNÁNDEZ, H., “La aplicación del principio de subsidiariedad en la legislación comunitaria”, *Ambienta: Revista del Ministerio de Medio Ambiente*, octubre 2006, págs. 52-55.

DOSI, G., “Dall’interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni”, *Il Diritto di Famiglia e delle Personne*, nº 4, 1995, pág. 1605.

DOUBLET, C., (dir.), *Le guide des assistants familiales. Le statut, L’assmat*, 2013-2014.

DOUMONT, D., RENAR, F., “Parentalité: Nouveau concept, nouveaux enjeux?”, Série de dossiers techniques 04-31, Ecole de santé Publique, Bélgica, noviembre, 2004.

DOUVILLE, T., “L’statut de l’embryon et du foetus”, *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (Direc.), L.G.D.J., París, 2012.

DOYAL, L., GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona 1994.

DUEK, C., “Infancia, desarrollo y conocimiento: los niños y niñas y su socialización”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre, 2010, págs. 799-808.

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit, le problème de l’État*, Boccard, París, 1927, (3ª ed.).

DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho, Público y Privado*, Heliasta, Buenos Aires, 1975.

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, La théorie générale de l’État, suite et fin*, Boccard, París, 1928, (3ª ed.).

DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, págs. 295-318, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, CALVO CARAVACA, A.

L., CASTELLANOS RUIZ, E., (coords.), Editorial Constitución y Leyes, Colex, Madrid, 2004.

DURÁN BERNARDINO, M., “Hacia la sostenibilidad financiera del sistema de dependencia: la dualidad entre prestaciones de servicios *versus* prestaciones económicas”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y de la dependencia*, GARCÍA GARNICA, M.C., (dir.), ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., (coord.), Dykinson, Madrid, 2014.

DURÁN RUIZ, F. J., “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* www.refdugr.com Fecha de publicación: 1 de junio de 2007.

DURANY PICH, S., “Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2000.

DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*; Planeta-Agostini, Barcelona, 1985.

ÉGÉA V., “Enfant placé: versement des allocations familiales au service d'aide sociale”, *Droit de la famille*, nº 5, mai 2013, alerte 26.

ELBAUM, M., “La «politique des indicateurs»”: contenu et limites, *Politiques sociales et familiales*, nº 110-décembre 2012.

ELÍAS MÉNDEZ, C., “La tutela no jurisdiccional de la infancia y de la juventud frente a la actuación administrativa: la institución del defensor del menor”, *Revista de Derecho Universitat de València (Estudi General)*, nº 2 noviembre 2003.

EMPEZ VIDAL, N., “Menores no acompañad@s con referentes familiares, l@s invisibles del sistema de protección”, *Diez años de cambios en el mundo, en la geografía y en las ciencias sociales, 1999-2008*, X Coloquio Internacional de Geocrítica, Universidad de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008.

ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, v. I, Tecnos, Madrid, 1994.

ESCRIBANO TORTAJADA, P., “Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales”, *Actualidad Civil*, nº 12, Quincena del 16 al 30 de junio de 2009, págs. 1357, t. I, La Ley.

ESPINOSA BAYAL, M. Á., OCHAÍTA ALDERETE E., ORTEGA GUERRERO, I., *Manual formativo sobre promoción de la no violencia entre niños, niñas y adolescentes T I*, Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA) Universidad Autónoma de Madrid-UNICEF Comité Español, Plataforma de Organizaciones de Infancia, Madrid, 2003.

ESPUNY TOMÁS, M. J., “Mendicidad infantil: Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903”, *IUSLabor revista electrónica*, 04/2005, Universitat Pompeu Fabra.

FABLET, D., “L'émergence de la notion de parentalité en milieu(x) professionnel(s)”, *Revue Sociétés et jeunesses en difficulté*, nº 5, printemps 2008.

FÁBREGA RUIZ, C. F., “La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en su expediente de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial”, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, GARCÍA CASTAÑO, F. J., KRESSOVA, N., (coords.), Granada: Instituto de Migraciones, 2011.

FÁBREGA RUIZ, C. F., “Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007.

FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006.

FÁBREGA RUIZ, C. F., “Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho”, *Diario La Ley*, año XXV, nº 5940, lunes, 26 de enero de 2004

FANTOVA AZCOAGA, F., “Sistemas públicos de servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, número 49, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2008.

FANTOVA AZCOAGA, F., “Los sistemas de servicios sociales en España: intento de caracterización”, *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, nº 21, diciembre, 2004.

FARNÓS AMORÓS, E., “Sentencia TSJ Cataluña de 30 de abril de 2010: Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños derivados de la excesiva celeridad en la declaración de acogimiento simple con finalidad preadoptiva y en la propuesta de acogimiento preadoptivo de un menor desamparado al nacer. Desconsideración de la posibilidad de evolución positiva de los progenitores. Funcionamiento anormal de los servicios públicos. Imposible retorno del menor con la familia biológica. Indemnización del daño moral derivado de la pérdida de la oportunidad de establecer un vínculo afectivo real ...”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 86, 2011 , págs. 717-748.

FASSLER, C., (coord.), *Familias en Cambio en Un Mundo en Cambio*, Ediciones Trilce, Montevideo, 2006.

FELIU REY, M. I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, 1989

FENOUILLET, D., DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., (dirs), *Le contractualisation de la famille*, Économica, París, 2001.

FERNANDEZ AMOR, J. A., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre financiación autonómica”, *Revista catalana de dret públic*, número 32, 2006.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., FUERTES ZURITA, J. *El acogimiento residencial en la protección a la infancia*, ediciones Pirámide, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., BRAVO ARTEAGA, A., *El acogimiento familiar en España*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2003.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., ÁLVAREZ-BAZ, E., BRAVO, A., “Acogimiento en familia extensa. Perfil descriptivo y evaluación de necesidades en una muestra del Principado de Asturias”, *Bienestar y Protección Infantil*, I, 1, 2002, págs. 34-56.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, M. R., “Más allá de la educación emocional. La formación para el crecimiento y desarrollo personal del profesorado PRH como modelo de referencia”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, nº 19(3), 2005.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 18, 2003, págs. 7-21.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La actividad de fomento en el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña de 13 de junio de 1995 (régimen jurídico de las subvenciones y de la Acción concertada)”, *Revista de Administración Pública*, nº 139, enero-abril 1996.

FERNÁNDEZ GARCÍA, B., “Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad Institucional”, *ZERBITZUAN*, nº 48, diciembre, 2010, págs. 145-152.

FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A., “Artículos 205 a 233”, *Código penal, comentado y con jurisprudencia* RODRÍGUEZ RAMOS, L., (dir.), La Ley, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ RIQUELME, S., “Los orígenes de la Beneficencia. Humanismo cristiano, Derecho de pobres y Estado liberal”, *La Razón Histórica*, Instituto de Estudios Históricos y Sociales, nº 1, 2007, págs. 12-30.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, nº.150, septiembre-diciembre, 1999, págs. 57-73.

FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L. C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 26, enero 2012, págs. 211-258.

FERRANDO, G., en “I diritti dei minori nella familia in difficoltà”, *Famiglia e diritto*, nº 12, 2010, págs. 1174-1184.

FERRARI M., PISERI, F. “Scolarizzazione e alfabetizzazione nel Medioevo italiano”, *Reti Medievali Rivista*, 14, 1 (2013) Firenze University Press, págs. 314-350.

FERRER VANREL, P., “El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la «potestad de guarda»”, *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 1993, págs. 163-217

FIGUEROA HUENCHO, V., "Innovación en la toma de decisiones: La gestión por resultados como herramienta de apoyo a los directivos públicos", *Revista Chilena de Administración Pública*, nº19 (2012) pág. 81-101.

FLORES GONZALEZ, B., "La protección jurídica de los menores inmigrantes", en *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, PONS DE LA FLOR, M. P., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., YAÑEZ VIVIERO, F., (coords.), Ex Libris ediciones UNED, Madrid, 2009.

FONSECA, C., MARRE, D., UZIEL, A., VIANNA, A., "El principio del 'interés superior' de la niñez tras dos décadas de prácticas: perspectivas comparativas", *Scripta Nova* Revista electrónica de geografía y ciencias sociales Universidad de Barcelona, v. XVI, nº 395 (1), 15 de marzo de 2012.

FONT OPORTO, P., "El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el Estado social. Estudio histórico y sistemático", *Revista general de derecho constitucional*, nº 16, 2013.

FORNÓS I BARRERAS, A., "La crianza: su importancia en las interacciones entre padres e hijos", *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 31/32, 2001, págs. 183-198.

FORTUNY BERENGUER, M., "La maternidad subrogada: un caso práctico", *El Derecho*, grupo Francis Lefebvre, de 24 de octubre, 2013, www.elderecho.com/

FOSSIER, T., *Droit de la Famille*, MURAT, P., (dir.), Dalloz, París, 2009.

FRANCÉS LECUMBERRI, P., "El principio de oportunidad y la justicia restaurativa Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor", *InDret* 4/2012, Barcelona.

FUENTES ABRIL, J., "La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial)", *Noticias Jurídicas*, junio 2009.

FUERTES LÓPEZ, F. J., "Intento de notificación: perfección y acreditación. Modificación de la doctrina legal. (Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2014, (parte Comentario).

FURSTENBERG, F. JR., "El cambio familiar estadounidense en el último tercio del siglo XX", págs. 11-36, *Nuevas formas de familia perspectivas nacionales e internacionales*, UNICEF–UDELAR, Montevideo, Uruguay, 2003.

GALÁN VIOQUE, R., "El derecho a una buena administración (artículo II-101 del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución europea)", *Revista de la Facultad de Derecho, Crónica Sevillana*, nº. 1, 2005.

GALGANO, F., *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bolonia, 1979.

GALIANO MARITAN, G., "La convención de los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Marzo 2012.

GALLEGO, E. A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dikynson, Madrid, 2005.

GALLUS, N., *Précis de droit de la famille*, Les membres de l'unité de Droit familial du Centre de Droit privé de l'ULB, VAN GYSEL, A-C., (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009.

GARAMENDI, P.M., BAÑÓN, R., PUJOL, A., "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España". *Revista Española de Medicina Legal*. Volumen 37 (nº 1), 2011, pág. 16-23.

GARCÉS FERRER, J., "El marco político de los servicios sociales", en GARCÉS FERRER, J. (coord.), *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GARCÍA AMADO, J. A., "Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1997), págs. 803-825.

GARCÍA CANTERO, G., "Notas sobre el acogimiento familiar", *Actualidad Civil*, 1992, págs. 305-318.

GARCÍA CUADRADO, A. M., "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona", *Persona y Derecho*, v. 67, 2012/2, págs. 449-514.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho administrativo*, t. II, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Aranzadi, Cizur-Menor, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., Aranzadi, Cizur-Menor, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Cambra de la Propietat Urbana de Reus y Comarques, Reus, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., “Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 95, 1997, págs. 407-416.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., FERNÁNDEZ, T.-R., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1988.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

GARCÍA GARCÍA, J. A., “Aspectos civiles del ejercicio por la administración pública de la tutela sobre menores desamparados (art. 172 Código Civil)”, *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, nº 15, 1998, págs. 81-109.

GARCÍA GARNICA, M. C., (dir.) MORILLAS FERNÁNDEZ, M., QUESADA PÁEZ, A., (coords.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor; una aproximación interdisciplinar*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

GARCIA GOYENA, F., AGUIRRE, J., *Jueces, Abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, T. I, editores Gaspar y Roig, Madrid, 1852.

GARCÍA HERRERA, M. A., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, UNED, *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59 (2003-2004), págs. 277-304.

GARCÍA MACHO, R. “Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad”, *Revista catalana de dret públic*, nº 38, 2009, págs. 67-96.

GARCÍA MÁYNEZ, E., *La libertad como derecho*, Universidad Nacional autónoma de México, México D.F., 2002, (reimpresión del publicado originalmente en la *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 3, junio/agosto 1939)

GARCÍA MÉNDEZ, E., “Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias”, *Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Antología*, GONZÁLEZ OVIEDO M., VARGAS ULATE, E., (coords.), Conamaj, Escuela Judicial, Unicef, Costa Rica, 2001.

GARCÍA MÉNDEZ, E., *El interés superior del niño como “principio garantista”*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1999.

GARCÍA MÉNDEZ, E., “La Convención internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos”, *Nuevo Derecho Penal*, nº 57, julio 1992, págs. 423 y 427.

GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza editorial, Madrid, (3ª edic.), 1982.

GARCÍA PERÉZ, O., “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret*, 4/2010.

GARCÍA PÉREZ, M., “El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009”, *AFDUDC*, 14, 2010, 421-439.

GARCÍA RUBIO, F., “La Directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España”, *La Administración al Día*, INAP, Estudios y Comentarios, 6 de febrero de 2015.

GARCÍA RUBIO, M. P., “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 14, 2013, págs. 82-109.

GARCÍA RUBIO, M. P., “La responsabilidad civil del menor infractor”, *Revista jurídica galega*, nº. 38, 2003, págs. 39-49.

GARCÍA SÁNCHEZ, I. M., “La nueva gestión pública: evolución y tendencias”, *Presupuesto y Gasto Público* 47/2007, págs. 37-64.

GARCÍA SCHWARZ, *Derechos sociales: imprescriptibilidad y garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

GARCÍA TREVIJANO, E., “Constitución española. Sinopsis artículo 103”, diciembre, 2003, (actualizada por MORET, V., 2011) <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>

GARCÍA VILLALUENGA, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, nº 4-5- (1991-1992), Universidad Complutense, Madrid 1993, págs. 89 a 103.

GARCÍA Y GARCÍA, I., “Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1988, págs. 988-1005.

GARCÍA, G., BARRIGA, L., RAMÍREZ, J. M., SANTOS, J., (Redactores); ZUBIRÍA, A., VELASCO, L., (colaboradores), *Índice de desarrollo de los Servicios Sociales, (Derechos Economía Cobertura) 2013*, Asociación estatal de directores y gerentes en servicios sociales, 2013.

GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, M. J., “Comentario art. 70 1.10º”, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Ley orgánica 14/2007, de 30 de noviembre*, SAÉZ HIDALGO, I., REY MARTÍNEZ, F., (dirs.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., ¿Menores de edad? ¿hasta cuándo?, *El notario del siglo XXI*, enero-febrero 2013, nº 47.

GARRIDO CUENCA, N. M., “Servicios sociales de extranjería: un recorrido inconcluso en el camino hacia la universalización de las prestaciones sociales”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

GARRIDO DE PALMA, V., *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV. Familia, v. 1º, DELGADO DE MIGUEL, J. F., (coord.), Civitas, Madrid, 2001.

GARRIDO FALLA, F., “*La beneficencia general y particular. Situación y perspectiva*” en *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*”, BOE, Madrid, 1967.

GARRIDO FERNÁNDEZ, M., GRIMALDI PUYANA, V. M., *Evaluación de Riesgo Psicosocial en Familias con Menores*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009.

GAVARA DE CARA, J. C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010.

GENERO-MONSHIPOUR, A., “*La fonction des lieux d'accueil pour l'exercice du droit de visite*”, *Empan* 2/ 2003, (nº 50), págs. 136-139.

GESTO ALONSO, B., *El procedimiento de adopción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.

GHESTIN, J., (direc.), GOUBEAUX, G., FABRE-MAGNANA, M., *Traité de droit civil*, T. I, *Introduction générale*, LGDJ, París, 1994.

GIL, G., *L'action de responsabilité pour de tournement des sentiments: haro sus les briseurs de ménages*, Droit Civil Lamy, février, 2012, págs. 57-62.

GIMENEZ, V., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

GIRALDES GUTIÉRREZ, L. S., “*La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales*”, *Revista General de Derecho Administrativo* 36 (2014).

GOODY, J., *La familia y el matrimonio en Europa*, Herder, Barcelona, 1986.

GODOY MORENO, A. “*La Guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y Guarda alterna*”, *VVAA, Diez años de abogados de familia*, (1993/2002), Asociación de Abogados de Familia, La Ley, Madrid, 2003.

GOICOCHEA, A., (dir.) *Código civil español anotado*, Ediciones Góngora, Madrid, 1950.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual”, *InDret*, 2/2001.

GÓMEZ MORÁN, L., *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

GÓMEZ TOMILLO, M., “Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. Especial consideración de los delitos de los arts. 226, 229, 230, de la falta del art. 619 CP y de sus relaciones concursales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª Época, nº 4, 2010.

GONCALVEZ, D., FRANCO, F., “De la niñez como noción cultural a las pautas de crianza. Notas para una antropología de la educación inicial”, *Anuario GRHIAL*, nº 3, Universidad de Los Andes, Mérida, enero-diciembre, 2009, págs. 69-104.

GONTHIER, F., LAMARCHE, M., “Faute en Famille”, *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presse Universitaires de Bordeaux, Burdeos, 2003.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “Comentarios parciales al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio”, *El Derecho, Revista de Derecho de Familia*, grupo Francis Lefebvre, 1 de noviembre 2013.

GONZÁLEZ MENÉNDEZ, A., FERNÁNDEZ HERMIDA, J. R., SECADES VILLA R., “Definición y concepto de menor en riesgo”, *Guía para la detección e intervención temprana con menores en riesgo*, GONZÁLEZ MENÉNDEZ, A., FERNÁNDEZ HERMIDA, J. R., SECADES VILLA R. (coords.), Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias, Gijón, 2004.

GONZALEZ PILLADO, E., GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *InDret* 2/2008.

GONZALEZ PORRAS, J. M., *Familia, herencia, sociedad*, Fundación IDEOR, Córdoba, 1993.

GONZÁLEZ SERRANO, F., TAPIA LIZEAGA, X., “Reflexiones en torno a la escolarización generalizada de los niños de dos años”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 48, 2009, págs. 177-186.

GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “La protección penal de los menores en la esfera sexual a la luz del convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 8, 2012, págs. 71-118.

GONZÁLEZ-BUENO G., BELLO, A., *La infancia en España 2014. El valor social de los niños: hacia un Pacto de Estado por la Infancia*, UNICEF Comité Español, Madrid, 2014.

GOUTTENOIRE, A., “La capacité usuelle du mineur”, *Mélanges en l’honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, París 2012.

GROMALDI, M., *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011-2012.

GUALTERO, R. D. “De la adolescencia hacia la edad adulta en una sociedad de cambios acelerados”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 47, 2009, págs. 5-34.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009”, *Indret*, 3/2010, julio, Barcelona.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret*, abril 2008, Barcelona.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, GUILARTE GUTIÉRREZ V., (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2005.

GULLÓN BALLESTEROS, “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, *La Ley*, 1996-1.

GURVITCH, G., *La déclaration des droits sociaux*, Vrin, Paris, 1.947

GUTIERREZ RESA, A., "El Plan concertado de Prestaciones básicas de Servicios Sociales en España (Once años del Plan Concertado)", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, número 93 de 2001, págs. 89-130.

GUZMÁN BRITO, A., "Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjetivo"", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 25, 2003.

GUZMÁN BRITO, A., "Para la historia del Derecho subjetivo", *Revista Chilena de Derecho*, v. 2, 1975, págs. 55-68.

HABERMAS, J., *La Constitución de Europa*, Trotta, Valencia, 2012.

HAMZAOU, M., *El trabajo social territorializado: las transformaciones de la acción pública en la intervención social*, Universitat de València, Valencia, 2005.

HAUSER, J., "Personnes et droits de la famille", (Civ. 1º, 15 févr. 2012, nº 11-10.344), *RTDciv.*, abril-junio, nº 2, 2012.

HERAS HERNÁNDEZ, M. del M., "La tutela legal del artículo 239 del Código civil. El concepto de desamparo", *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007.

HERAS HERNÁNDEZ, M. del M., "El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)", *Revista de derecho privado*, jul.-agosto, 2004.

HERNÁNDEZ BECERRA, A., "El nuevo código y la constitucionalización del Derecho Administrativo", *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*, BRICEÑO DE VALENCIA, M. T., ZAMBRANO CETINA, W. (Coord. Acad.), Nomos Impresores, Bogotá D.C., 2012.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., "El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 2, 2009.

HERNANDEZ IBAÑEZ, C., *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998.

HERNÁNDEZ IGLESIAS, F., *La Beneficencia en España*, t. I-II, Establecimientos tipográficos de Manuel Minuesa de los Ríos, Madrid, 1876.

HERNANDEZ MARTINEZ, M. P., *Mecanismos de Tutela de los intereses difusos y colectivos*, Universidad Autónoma de México, México, 1997.

HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., “El riesgo social de la infancia”, *Los derechos de los niños: responsabilidad de todos*, VICENTE GIMÉNEZ, T., HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., (coords), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2007.

HERNÁNDEZ PÉREZ, J., “La reforma del régimen local y los servicios sociales”, 2011
<http://www.cpeesm.org/imagenes/files/Articulo%20LRSA%20JHernandez%20311013.pdf>

HERNÁNDEZ, M. del M., “La tutela legal del artículo 239 del Código civil. El concepto de desamparo”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007.

HERNANDO PERTIERRA, B. *Apuntes para una Historia del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Crónica de una transformación: del concepto asistencial a la atención individualizada del menor*, Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

HERRERA CAMPOS, R., *Curso de Derecho civil IV. Derechos de Familia y sucesiones*, SÁNCHEZ CALERO, F. J., (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 273.

HERRERA DE LAS HERAS, R., “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”, *Revista de Derecho*, v. XXV, nº 1, julio 2012, págs. 175-193.

HERRERA GOMÉZ, M. y CASTÓN BOYER, P., *Las políticas sociales en la sociedades complejas*, Ariel, Barcelona, 2003.

HERRERO, C., SOLER, Á., y VILLAR, A., *La pobreza en España y sus comunidades autónomas 2006-2011*, Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, Valencia 2012.

HERREROS LÓPEZ, J. M., “La justiciabilidad de los derechos sociales”, *Lex Social, Revista de los Derechos Sociales*, nº 1, 2011.

HIDALGO GARCÍA, M. V., SANCHEZ HIDALGO, J., LORENCE LARA, B, “Procesos y necesidades de desarrollo durante la infancia”, *XXI Revista de Educación*, nº 10, 2008, Universidad de Huelva.

HOLLWECK, M., MEDINA, G., “Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares”, *La Ley-Thomson, LLBA2001*, 1425.

HOUHOU, Y., *La kafala en Droit algérien et ses effets en Droit français*, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, www.theses.fr/2014PAUU2001/abes

HUERGO LORA, A., *El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

HURTADO JORDÁ, J., “Aspectos históricos de las políticas de institucionalización y de desinstitucionalización” en *Intervención social con menores*. BUENO BUENO, A., (coord.) Universidad de Alicante, Alicante, 1996.

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

IPLAND, J., PARRA, D., “La infancia trabajadora: una reflexión histórica sobre el preaprendizaje en la “Escola del Treball” de Barcelona”, *La infancia en la historia: espacios y representaciones*, DÁVILA, P., NAYA, L.M., (coords.), Consejería de Educación, Universidades e Investigación del País Vasco, San Sebastián, 2005.

ISLER SOTO, E., “La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XXIV, nº 2, diciembre 2011, págs. 65-89.

IVARS RUIZ, J., *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

IZQUIERDO TOLSADA, M., “Querellas chantajistas y Derecho Civil *light*. Sobre las disfunciones de la acción civil en el proceso penal”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 15, 3º trimestre, 2005, págs. 7-21

IZU BELLOSO, M. J., “El régimen jurídico de los premios concedidos por las administraciones públicas”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2009, nº 47, págs. 125-180.

JIMÉNEZ DE PARGA, M., "El interés general de España en el reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA", *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 21, diciembre 2009.

JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., "Orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en caso de seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 23, 2009, págs. 67-81.

JIMÉNEZ MORAGO, J. M., PALACIOS GONZÁLEZ, J., *El acogimiento familiar en Andalucía*, MARÍN VEGA, J., (coord.), Junta de Andalucía, Granada, 2008.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés", *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S., (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

JOLIBERT, B., *L'enfance au 17e siècle*, Vrin, Paris, 1981; PANCERA, C., *L'éducation dei figli - il Settecento*, La Nuova Italia RCS, Scandicci, Florencia, 1999.

JORDANA DE POZAS, L., "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", *Revista de Estudios Políticos*, v. XXVIII, nº 48, noviembre-diciembre, 1949, (Estudios).

JOUVES, J., "La place des assistants familiaux dans le placement familial", *Empan* 4/ 2010 (nº 80), págs. 13-21.

JUAN PABLO II, *En el centenario de la "Rerum novarum"*. Carta encíclica "Centesimus annus", 1 de mayo de 1991, www.vatican.va/

JUGASTRU, C., *Les Droits de la personnalité*, Editions de la Tannerie, Guer, 2006.

JULIENNE, F., "Le mineur, acteur de la vie économique?.- (á propos de la loi du 15 juin 2010)", *Droit de la famille* nº 11, novembre 2010.

KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y de Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.

LACASA, M. E., “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 110, nº 2, 2011.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I parte general, V. II, personas, (Revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.), Dykinson, Madrid, 2010.

LADO CASTRO-RIAL, C., “Los derechos de los ciudadanos en relación con la actuación de las Administraciones públicas”, *Derecho Social y Administración Pública, Libro homenaje a Manuel Peláez Nieto*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2013.

LAFORE, R., “Obligation contractuelle et protection sociale”, *Revue de droit sanitaire et social*, 2009

LAFUENTE BENACHES, M. M., “El reconocimiento de la situación de dependencia por silencio administrativo”, *Revista General de Derecho Administrativo* 24 (2010).

LAGARDE, P., *Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 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*, Texto adoptado por la Decimoctava sesión de 4 de mayo de 2011, Oficina Permanente de la Conferencia, La Haya, w.w.w.hcch.net

LANGA MUELA, A., *Custodia compartida en Aragón. Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a su cargo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013.

LANSDOW, G., *La evolución de la facultad del niño*, Centro de Investigación Innocenti-UNICEF, 2005, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

LARBÁN VERA J., “El proceso evolutivo del ser humano: desde la dependencia adictiva hacia la autonomía”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº43-44, 2007, págs. 171-194.

LARRAÑAGA, E., YUBERO, S., BODOQUE. A. R., "Aspectos psicosociales del proceso de socialización: la familia como escenario de desarrollo", *Boletín Informativo de Trabajo Social*, nº 6, 2006.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil VI. Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, I. Parte general y Derecho de la persona*, Trivium, Madrid, 1995.

LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LAUROBA LACASA, M. E., "Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán", *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 110, nº 2, 2011, págs. 313-344.

LE BOURSICOT, M. C., "Réflexion à propos d'une nouvelle proposition de réforme de l'adoption", *Droit Civil Lamy*, mayo 2012, pág. 59-61

LEBORNE, A, *Le phénomène de multiplication des Droits subjectifs en Droits des personnes et de la Famille*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Aix-en – Provence, 2007.

LEBRUN, M., "Bilan mitigé de l'activation du comportement de recherche d'emploi", *Pyramides, Revue du Centre d'Études et Recherches en Administration publique*, (Les réformes de l'administration vues d'en bas), nº 18, 2009, v. II, págs. 209-234.

LEDESMA BARTERT, F., *Diario de sesiones del Senado (Cortes Generales)*, III Legislatura, 1987, número 46.

LEFAUCHEUR, N., "Niños sin padre, madres sin cónyuge: un enfoque paradigmático", págs. 55-71, *Nuevas formas de familia perspectivas nacionales e internacionales*, UNICEF–UDELAR, Montevideo, Uruguay, 2003.

LEGERÉN MOLINA, A., *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293.3 del Código Civil*, Editado por Ramón Areces, Madrid, 2012.

LEITÁO, M. A. TELES DE MENEZES CORREIA, “O planeamento administrativo e a tutela do ambiente”, “Planificación y contractualización en el Derecho del ambiente”, *Documentación Administrativa*, n°. 257/258, mayo-diciembre, 2000.

LEMAY, M., “Enfants, parents, assistant familial: une histoire de liens”, *Empan*, 4/ 2010 (n° 80), págs. 36-46.

LEONETTI J., *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Documentation française, 2009, www.ladocumentationfrancaise.fr/var

LEROYER, A-M., “Autorité parentales et contrat”, (capítulo V), *Le contractualisation de la famille*, FENOUILLET, D., DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., (dirs.), Économica, París, 2001.

LES MEMBRES DE L'UNITÉ DE DROIT FAMILIAL DU CENTRE DE DROIT PRIVÉ DE L'ULB, *Précis de droit de la famille*, VAN GYSEL, A-C., (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009.

LETE DEL RIO, J. M., “De la guarda de hecho”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IV, ALBALADEJO M., y DÍAZ ALABART, S., (dirs), EDESA, Madrid, 1985.

LIECHTI, A., “Suivi et formation des parents nourriciers”, *Sécurité sociale*, CHSS, n° 6/2006, novembre/décembre, págs. 310-313.

LIKILLIMBA, G.A., “La consécration de la parallel debt en droit français”, *Revue Lamy droit civil*, n° 89 janvier 2012, págs. 27-33.

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

LINDE PANIAGUA, E., “Legislación audiovisual y protección de la infancia”, en VV.AA., *Televisión. Niños y Jóvenes*, RTVV, Valencia, 1994.

LIPPMAN, L. H., BRADFORD WILCOX, W., *World Family Map 2014: Mapa de los cambios en la familia y consecuencias en el bienestar infantil, Inestabilidad familiar y salud en la primera infancia en los países en vías de desarrollo*, Child Trends and The Social Trends Institute, Nueva York-Barcelona, 2014.

LOO GUTIERREZ, M., “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, nº33, págs. 391-426.

LÓPEZ AYLLÓN, S., “Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica”, Estudio preparado para la VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia bajo los auspicios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, celebrada en El Salvador, 24-25 junio 2004, http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=d464523c-e031-402d-a5f0-c57e2736a4a4&groupId=10124

LÓPEZ BENITEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ CUMBRE, L., “Protección social y Comunidades Autónomas”, Ponencia XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Barcelona 20 y 21 de mayo de 2010.

LÓPEZ EBRI, G. A., *Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos para la protección de las personas con discapacidad. Formularios y dictámenes*. Tirant Lo Blanch, 2011.

LÓPEZ GARCÍA, C., “El papel de los servicios de interés general en al reforma de la legislación española de régimen local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y autonómica*, nº 308, septiembre-diciembre 2008, págs. 91-130.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “Comentarios al artículo 90”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, LACRUZ BERDEJO, J. L. (coord.), Madrid, Civitas, 1982.

LÓPEZ MENUDO, F., “La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica”, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

LÓPEZ SANCHEZ, F. “Las necesidades en la infancia: del maltrato al «buentrato»”, en GARCÍA, N., NOGUEROL, V., *Infancia maltratada*, EOS Madrid, 2007.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad extracontractual del menor*, Tesis Doctoral dirigida por MORENO MARTÍNEZ, J. A., CABANILLAS SÁNCHEZ, A., Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

LÓPEZ SANCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid 2000.

LÓPEZ SÁNCHEZ, F., *Necesidades de la Infancia y protección infantil I. Fundamentación teórica, clasificación y criterios educativos*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995.

LUDEÑA BENÍTEZ, O. D., "El Derecho de familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero, 2014, (Derecho comunitario).

LUÑO PEREZ, A., "Derecho privado y Derecho público", *Problemática de la ciencia del Derecho. Estudios homenaje al profesor José M^a Pi y Suñer*, Bosch, Barcelona, 1962.

LLÁCER MATAACÁS, M. R., "La protección civil de los menores desamparados en el derecho catalán", *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, PADIAL ALBÁS, A. M., (coord.), Ediciones de la Universidad de Lleida, Lleida 2012, págs. 107-153.

LLAMAS POMBO, E., (dir.), *Acciones Civiles*, v. I, (Derecho de la persona. Derecho de Sucesiones. Derecho de Familia). La Ley, Madrid, 2013.

LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Bosch, Barcelona, 1990.

LLORCA RODRÍGUEZ, B., "La atención administrativa a la infancia DGAIA (Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia) ICA (Instituto Catalán de la Adopción) EAIA (Equipos de Atención a la Infancia y la Adolescencia)", *Derecho de la Persona*, RAVETLLAT BALLESTÉ, I., (coord.), Bosch, Barcelona, 2011.

LLORENTE SAN SEGUNDO, I., *La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*. Editorial Reus, Madrid, 2013.

MAESTRO BUELGA, G., “Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX”, *Revista de derecho político*, nº 41, 1996, págs. 119-175.

MACERA TIRAGALLO, B.-F., *La responsabilidad de la Administración en el Derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

MACERA TIRAGALLO, B.-F., “La sujeción a control contencioso-administrativo del "fieri" de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima”, *Revista de administración pública*, nº 155, 2001, págs. 237-252.

MACERA TIRAGALLO, B.-F., “La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE (A propósito de las Sentencias Brasserie du Pêcheur-Factortame, British Telecommunications, Hedley Lomas, Dillenkofer, Denkavit, Bonifaci-Berto, Palmisani, Maso-Gazzetta, etc.), *Revista de Administración Pública*, nº 149, mayo-agosto 1999.

MALAURIE, F., AYNÉS, L., *Les personnes, la protection de mineurs et des majeurs*, Defrénois, París, 2012.

MALPARTIDA VÁZQUEZ, J., “No sólo hay que reformar la guarda y custodia de los hijos”, *Noticias jurídicas*, enero 2014, Artículos doctrinales: civil.

MALLET, E. *Enfant handicapé et protection juridique*, Lexis Nexis 2011.

MANCIAUX, M., “La bientraitance: émergence du concept”, *Risques & Qualité en milieu de soins*, v. IX, nº4, 2012/12, págs. 2-6

MANCIAUX, M., “La résilience : un regard qui fait vivre”, *Études*, 2001/10, tomo 395, págs. 321-330.

MANGAS MARTIN, A., “El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general”, *Gaceta Jurídica Europea de la C.E. y de la Competencia*, D-17, septiembre 1992, págs. 40-48

MANRESA Y NAVARRO, J. M. *Comentarios al Código Civil Español*, t. II, Reus, Madrid, 1957,

MANZANO, J., "Procreación y crianza en los tiempos actuales: Introducción general", *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, SEYPNA, nº 48, 2009, págs. 7-20.

MAPELLI CAFFARENA, B., "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 08-r1 (2006).

MARCHAL ESCALONA, N., "La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, v. 3, julio, 2013.

MARCHECO ACUÑA, B., "El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 39, 2009.

MARIA, I., "Le mineur: toujours un incapable en matière processuelle", *Droit de la famille* nº 6, junio 2011, comentario 103.

MARÍN GARCÍA I., LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo", *InDret* 2/2010.

MARRAUD des GROTTES, G, editorial de la REVUE LAMY DROIT CIVIL, nº 98 novembre 2012.

MARRE D., SAN ROMÁN, B., "El «interés superior» de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones", *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, v. XVI, nº 395(9), 15 de marzo de 2012.

MARTÍ SALA, E., *Psicología evolutiva: teorías y ámbitos de investigación*, Anthropos, Barcelona, 1991

MARTIN BLANCO, J. C., "La ausencia de la familia en la Ley Concursal", *El notario del siglo XXI*, marzo-abril, nº 42, 2012.

MARTÍN CABRERA, E., GONZÁLEZ, M. DEL S., "La calidad del acogimiento residencial desde la perspectiva de los menores", *Journal for the Study of Education and Development*, v. 30, nº 1, 2007, págs. 25-38.

MARTÍN CASTRO, B., “Estado de Bienestar mediterráneo en crisis: sociedad y Administración españolas en cambio”, *Administración & ciudadanía, Revista da Escola Galega de Administración Pública*, v. 6, nº1, 2011.

MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil*, Pirámide, Madrid, 2005.

MARTÍN MARTÍNEZ, E., “El acogimiento familiar: una medida de protección”, PADIAL ALBÁS, A., (coord.), *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, Universitat de Lleida, Lleida, 2012.

MARTÍN MATEO, R., *Guía de actividades públicas asistenciales. La asistencia social como servicio público*. Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, 1967.

MARTIN MATEO, R., “Sobre el concepto de asistencia social”, VV. AA., *Problemas fundamentales de Beneficencia y asistencia social*, Ministerio de la Gobernación: Colección Estudios, Madrid, 1967.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Á., “Breve apunte sobre el acogimiento familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 2005, 2004-2005, págs. 109-124.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S., (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 187-220.

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L., *La frustración de derecho de visitas*, Reus, Madrid, 2014.

MARTÍNEZ GARCÍA, C., (coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. (Situación de riesgo y desamparo de los menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial)*, Dykinson, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 26, 2011.

MARTÍNEZ MARÍN, A., “La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española”, *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Editorial Universidad Complutense, Madrid, págs. 1377-1400.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. L., *Consenso público y moral social*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2002.

MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

MARTÍNEZ OTERO, J. M., “Libertades informativas y protección de los menores en la Constitución. A propósito de la cláusula protectora del artículo 20.4º”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 66, 2009, pp. 59-94.

MARTÍNEZ SOTO, T., “Mediación penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2011.

MARTÍNEZ USEROS, E., “Desviación de poder”, *Revista Anales Universidad de Murcia*, 1955-1956.

MAS BANACLOIG, E., SIMÓ TEUFEL, S., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, M. J.; ROMEU SORIANO F. J., (coord.), *El papel del ámbito educativo en la detección y abordaje de situaciones de desprotección o maltrato infantil*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2006.

MASLOW, A., *Motivación y personalidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1970.

MASSERA, A., “Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XLV, nº 1, marzo, 1991.

MASSIP, J., “Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice”, (observations sur le décret nº 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application), *Droit de la famille* nº 9, Septembre 2010, étude 22.

MASUCCHI, A., “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, nº 178, Enero/Abril 2009, págs. 9-35.

MASUCCI, A., “Le Nouveau citoyen et le principe de subsidiarité horizontale”, *Civitas Europa*, nº 16, págs. 151-157, 2006.

MAYOR DEL HOYO, M. V., *La regulación Autonómica de la guarda administrativa de menores*, CDESC, Barcelona, 2000.

MEDINA, G., FAMÁ, M. V., REVSIN, M., “Tutela jurídica de la persona por nacer frente al derecho de daños. Jurisprudencia francesa y norteamericana”, *Revista de Derecho de Daños*, v. 2, 2002, Rubinzal Culzoni, Santa Fé.

MEGÍAS QUIRÓS, J. J., “La consolidación del derecho subjetivo en el período postclásico romano”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 20, 2003, págs. 189-206.

MEMBRES DE L'UNITÉ DE DROIT FAMILIAL DU CENTRE DE DROIT PRIVÉ DE L'ULB, *Précis de Droit de la famille*, (2ª edic.), VAN GYSEL, d'A.-C., Bruylant, Bruselas, 2009.

MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1991.

MENDIZABAL OSÉS, L., “La transformación de las estructuras instrumentales de protección a los menores en función de las innovaciones legislativas”, *Revista Ministerio de justicia*, nº 1024, 1973.

MÉSA, R., *Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection de majeurs*, Droit Civil Lamy, juillet, 2012.

MESEGUER YEBRA, J., “El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, mayo, 2014.

MESEGUER YEBRA, J., *La competencia administrativa y sus modulaciones. Manual para la desconcentración, delegación, avocación, encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia*, Bosch, Barcelona, 2005.

MESEGUER YEBRA, J., *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 2000.

MIAZZI, L., “Una sentenza sui minori stranieri che ignora i minori (e anche la Costituzione)”, en *Questione giustizia*, nº 2, 2010, págs. 133-151.

MÍGUEZ NUÑEZ, R., “Daño prenatal y el derecho a nacer sano (corte suprema de casación italiana 11 de mayo de 2009 nº 10741)”, “Jurisprudencia extranjera comentada responsabilidad civil médica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, nº 17, págs. 227-238.

MILANI, P., ZANON, O., CARBONIN, C., SERBATI, S., IUS, M., DI MASI, D., ONIDA, T., COLAMARTINO, F., *Parole nuove pe l’Affidamento Familiare. Sussidiario per operatori e famiglie*, Le Penseur, Università degli Studi di Padova, Padua , marzo, 2014.

MÍNGUEZ VALLEJOS, R., “Ética de la vida familiar y transmisión de valores morales”, *Revista de Educación*, nº 363, enero-abril 2014.

MIR PUIGPELAT, O., “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, ORTIZ BLASCO, J., MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, págs. 33-60.

MOLANO LÓPEZ, M. R., *Transformación de la función administrativa (evolución de la Administración pública)*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

MOLIN, D., *Les tutelles, la protection juridique des majeurs*, Berger Levrault, 2012.

MOLINA NAVARRETE, C., “El Estado social autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones. A propósito del Decreto 311/2002, 23.12, de la Junta de Andalucía (BOJA 28.12.2002)”, *Temas Laborales*, nº 69/2003, págs. 9-33.

MONTERO HERNANZ, T., “El papel de la entidad pública de protección y/o reforma en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” *Diario La Ley*, nº 7070, Sección Doctrina, 4 diciembre, 2008, año XXIX.

MONTESDEOCA DE LA FUENTE, M., “La custodia del territorio como estrategia de protección del medio ambiente”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 27 de enero de 2014.

MORACCHINI-ZEIDENBERG S., “L'acte personnel de la personne vulnérable”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, año 2012, nº 1, págs. 21-32.

MORENO FERNÁNDEZ, L., *La Europa asocial. Crisis y Estado de Bienestar*, Península, Barcelona, 2012.

MORENO FLÓREZ, R.M., “Acogimiento de personas mayores”, *Instrumentos jurídicos para la protección sostenible de la dependencia*, MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J., (coord.), Dykinson, 2010, págs. 81-92.

MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012.

MORENO REBATO, T., *Régimen jurídico de la asistencia social*, MTAS. Madrid, 2002.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2014, parte Comentario, Aranzadi, Pamplona, 2014.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *La seguridad jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., “El acogimiento familiar. Regulación, régimen jurídico y naturaleza. Estudio de las distintas clasificaciones de los acogimientos. Su relación con otras figuras jurídicas”, *Revista de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, nº 21 octubre 2003.

MOREO MARROIG, T., “Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio”, *Auditoría Pública*, nº 50 (2010), págs. 75–86.

MORETÓN SANZ, M. F., “El guardador de hecho y reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los

procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas "bajo su responsabilidad", *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S., (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 849-890.

MORO, A. C., "Diritti del minore e nozione di interesse", *Cittadini in crescita*, nº 2-3/2000.

MORTE BARRACHINA, E., LILA MURILLO, M., "La alternativa al conflicto: Punto de Encuentro Familiar", *Intervención Psicosocial*, v. 16, nº 3, 2007, págs. 289-302.

MOULIAS, R., MOULIAS, S., BUSBY, F., "Éthique et le concept de bientraitance", *Revue de Gériatrie*, 2012, nº 10, págs. 829-835.

MUGNIER-RENARD, A. S., (dir.), *Les droits des personnes handicapées. Bilan et perspectives*, Presses Universitaires, D'Aix-Marseille, 2012.

MUÑOZ MACHADO, GARCIA DELGADO, GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, (dirs.), Civitas, Madrid, 2012.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo, y Derecho público en general*, t. I, Civitas, Madrid, 2004.

MURAT, P., *Droit de famille*, obra colectiva, Dalloz, 2010-2011.

MURAT, P., "Rattachement familial de l'enfant et contrat", (capítulo IV), *Le contractualisation de la famille*, FENOUILLET, D., DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., (dirs), Économica, París, 2001.

MURILLO JASO, L., *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

NASARRE AZNAR, S., "Catalunya, pionera a legislar noves formes per accedir a l'habitatge: les tinences intermèdies", *Món jurídic: butlletí del Col·legi d'Advocats de Barcelona*, nº 289, 2014, págs. 24-25.

NASARRE AZNAR, S., (aut.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, BARRADA ORELLANA, R., (aut.), GARRIDO MELERO, M., (aut.), Bosch, Barcelona, 2011.

NAVARRO MARCHANTE, V. J., PÉREZ SÁNCHEZ, G., “Estado autonómico, políticas y servicios sociales”, CASCAJO CASTRO, J. L.; TEROL BECERRA, M.; DOMÍNGUEZ VILA, A.; NAVARRO MARCHANTE, V., (coords), *Derechos sociales y principios rectores: actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., “La materialización del principio de eficacia en el Derecho español, ¿utopía o realidad?”, *Revista jurídica online de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*.

NICOLAU, G., “L’authorité parentales à l’épreuve”, *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presse Universitaires de Bordeaux, Burdeos, 2003.

NIETO GARCÍA, Á. J., “La utilización de menores para la práctica de la mendicidad”, *Diario La Ley*, nº 7467, Sección Doctrina, 14 septiembre 2010, año XXXI, La Ley 4504/2010.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., “Breves apuntamentos sobre a tutela *ope legis*”, *Administración & cidadanía, Revista da escola galega de administración pública*, v.6, nº 2, 2011.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, EDESA, Madrid, 1991.

OCHAÍTA ALDERETE, E., ESPINOSA BAYAL, M.A., *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes*, Mcgraw-hill, Madrid, 2004.

OCHOTORENA, J. de P., ARRUABARRENA MADARIAGA, M. I., *Manual de protección infantil*, Masson, Barcelona 1996.

OJEDA MARIN A., *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1993.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, Madrid, 2009.

ORTEGA Y GASSET, J., *Origen y epílogo de la filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1960.

OSUNA FERNANDEZ-LARGO, A., “Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 5, 1988, págs. 55-80.

OTERO CRESPO, M., GARCÍA RUBIO, M. P., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 8, 2006, págs. 69-106.

OZCÁRIZ MARCO, F., *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Bosch, Barcelona, 1997.

PADIAL ALBÁS, A., “Los retos del acogimiento en el sistema de protección catalán”, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, PADIAL ALBÁS, A. M., (coord.), Ediciones Universitat de Lleida, Lleida, 2012.

PALACIO LIS, I, RUIZ RODRIG, C., *Asistencia Social y Educación. Documentos y textos comentados para una historia de la Educación Social en España*, Universitat de Valencia, Valencia, 1996.

PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*, Observatorio de la Infancia de Andalucía, Junta de Andalucía, Granada, 2014.

PALAZZO, A., *La Filiazione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale diretto*, CICU, MESSINEO, MENGONI y continuado por SCHLESINGER, Giuffrè, Milán, 2007.

PALOMAR OLMEDA, A., “El Sistema de Información del Sistema de Autonomía para la Dependencia: funcionalidad y régimen jurídico”, *Documentación Administrativa*, nº 276-277 (septiembre-diciembre 2006 y enero-abril 2007), 527-566, pág. 529.

PANCERA, C., “L’infanzia laboriosa: il rapporto mastro-apprendista”, *Il bambino sociale. Privatizzazione e deprivatizzazione dell’infanzia*, Becchi, Milán, 1979, pág. 77-113.

PANCERA, C. *Historia de la infancia*. PPU, Barcelona, 1995.

PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997.

PANTOJA GARCÍA, F., “El fiscal como defensor del menor (la posición del menor ante la ley a través de la defensa que del menor ejerce el Ministerio Fiscal)”, *Cuadernos de Psiquiatría y Psicoterapia Infantil* SEYPNA, 1995, págs. 73-89.

PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo, I, Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., “Los servicios públicos en España”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, ARISMENDI, A., CABALLERO ORTÍZ, J., (coords.), tomo II, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1845-1870.

PARADELA TORICES, I., JUÁREZ BARRIOS, M., SANZ SÁEZ, L., RAMOS GONZALEZ, I., URRAINFANCIA, S.L. , *Acogimiento en la Comunidad de Madrid Una guía para orientar y ayudar a las familias acogedoras y para aquellas familias que estén pensando acoger un menor*, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Comunidad de Madrid, Madrid, 2009.

PARDO MARTÍNEZ, E., “Los menores desprotegidos en Andalucía”, *Políticas jurídicas para el menor*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., (ed.), Comares, Granada, 2009.

PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

PAREJO ALFONSO, L., “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, MUÑOZ MACHADO, GARCIA DELGADO, GONZÁLEZ SEARA, (dirs), Civitas, Madrid, 2012.

PAREJO ALFONSO, L. J., “Problemas actuales del Derecho administrativo”, *Hacia la modernización del procedimiento administrativo*, Jornadas de Estudio del

Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, (aut.), PAREJO ALFONSO, L. (colab.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.

PAREJO ALONSO, L., “Estado Social y Administración Prestacional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, número 57, 2000.

PAREJO ALFONSO, L., JIMENEZ BLANCO, A., ORTEGA ALVAREZ, L, *Manual de Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1992.

PAREJO ALFONSO. L, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983.

PARRA LUCAN, M., Á., “Capacidad y estado de las personas”, *Manual de derecho civil aragonés*, DELGADO ECHEVERRÍA, J., (dir.), PARRA LUCÁN, M. Á., (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 115-195.

PASCUAL ROIG, C., *La regresión de los derechos de la infancia en España 2007-2013*, DE CASTRO LAMELA, G., (editor), Educo, 2013.

PAUL, E., VERRIER, B., *Mission d’enquête sur le placement familial au titre de l’aide sociale à l’enfance*, Inspection générale des affaires sociales RM2013-018P, 2013
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000413/0000.pdf>

PEÑENIK, N., “Hacia una visión de la parentalidad en el interés superior del niño”, *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, DALY, M. (ed.), Informes, Estudios e Investigación, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012.

PECES MORATE, J. E., “La responsabilidad administrativa. Últimas orientaciones jurisprudenciales”, Barcelona, 18 noviembre 2005,
http://www20.gencat.cat/docs/Departament_de_la_Presidencia/GJ/Document/Arxiu/122-31794.pdf

PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

PEDREGAL Y CAÑEDO, M., *Texto y comentarios al Código civil español, con exposición de motivos, precedentes de nuestra legislación, comparación crítica con los principales Códigos de Europa y América, aplicación al Derecho Internacional*, t .I, Redacción de la Revista de Derecho Internacional Privado con un resumen crítico por PEDREGAL Y CAÑEDO, M., Madrid, 1889-1990.

PELLÓN SUÁREZ DE PUGA, R., “Watson, Skinner y Algunas Disputas dentro del Conductismo”, *Revista Colombiana de Psicología*, v. 22, nº 2, julio-diciembre 2013, págs. 389-399.

PEMÁN GAVÍN, J. M., Prólogo de la obra *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

PEMÁN GAVÍN, J. M., “Los centros y establecimientos de servicios sociales en España. Una introducción”, *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011.

PÉMAN GAVÍN, J. M., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, Estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005.

PERDOMO CEJUDO, J.G. “Asistencia Social y Beneficencia: evolución, situación actual y perspectivas”, VVAA., *De la beneficencia al bienestar social. Cuatro siglos de acción social*, Consejo General de colegios oficiales de diplomados en trabajo social y asistentes sociales- siglo XXI, Madrid, 1988, págs. 281-295.

PERDRIX, L., *La garde d'autrui*, L.G.D.J., 2010.

PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿Señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *Foro, Nueva época*, nº 13/2011, págs. 139-187.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., “La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores”, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor: Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi*, PÉREZ ALVAREZ, M. Á., (coord.), Universidad da Coruña, A Coruña, 1997.

PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, *Diario La Ley*, nº 7915, Sección Doctrina, 4 septiembre 2012, año XXXIII.

PÉREZ HERRANZ, F. M., “El derecho subjetivo y los derechos humanos”, *Eikasía revistadefilosofia.org.*, mayo, 2014, págs. 11-46.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

PÉREZ TREMS, P., “Notas sobre el principio de supletoriedad del derecho estatal respecto al derecho de las Comunidades Autónomas”, *La supletoriedad del derecho estatal: actas de las IV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1999, págs. 85-93.

PÉREZ-SALAZAR RESANO M., *Tratado de Derecho de Familia*, GONZALEZ POVEDA, P., GONZÁLEZ VICENTE. P., (coords.), Sepín, Madrid, 2005.

PERIAGO MORANT, J. J., “Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/200 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores”, *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/200 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores*, LEGAZ CERVANTES, F., (dir. téc.), BUENO ARÚS, F., (coord.), Fundación Diagrama, Murcia, 2008.

PERLINGIERI, P., “Por un Derecho civil constitucional español”, *Anuario de Derecho civil*, v. 36, nº 1, 1983, págs. 1-16.

PICARD, E., *La notion de police administrative*, Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, Université Rouen Havre, París, 1984.

PICONTÓ NOVALES, T., *La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Egido, Zaragoza, 1996.

PICORNELL LUCAS, A., *La infancia en desamparo*, Naus Llibres, Valencia, 2012.

PIERRE-HENRI TAVOILLOT, “Juger et éduquer les mineurs délinquants, de Dominique Youf”, *Sociétés et jeunesses en difficulté*, hors série, 2010.

PILLADO MONTERO, A., “Notas sobre el proyecto de Ley de Reforma en Materia de Adopción”, *Revista de Derecho Privado*, mayo, 1987, págs. 446-447.

PINAZO, S., FERRERO, C., "Impacto psicosocial del acogimiento familiar en familia extensa: el caso de las abuelas y los abuelos acogedores", *Revista Multidisciplinar Gerontología*, nº 13(2), 2003, págs. 89-101.

PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009.

PÍO XI, *Carta encíclica de Quadragesimo anno* de 15 de mayo de 1931, sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica Carta encíclica de Pío XI, www.vatican.va/.

PLAZA PENADÉS, J., "La adopción en la Comunidad Valenciana", *Revista de derecho civil Valenciano*, nº 11, 2012.

PLAZA PENADÉS, J., "El derecho de protección de datos de los menores en la Comunitat Valenciana", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, número 4, 2º semestre, 2008.

PLISCOFF VARAS, C. H., "Dilemas teóricos post nueva gestión pública como parte de una revisión de la administración pública para América Latina: reflexiones a partir del eterno problema de la corrupción", *XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 nov. 2012, <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/pliscoff.pdf>

POLLOCK, L. A., *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

PORCELLI, M., "Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, v. XLII, abril-junio 2013, págs. 654-675.

POULIQUEN, E., "Abandon d'enfant : une appréciation souveraine des juges du fond", *Revue Lamy droit civil*, nº 74, septembre 2010, Actualités, nº3942, p. 48-49, note à propos de 1ère Civil, 23 juin 2010.

POUMARÈDE, J., "De l'enfant-objet a l'enfant sujet de droit: une tardie évolution", *Les Petites affiches*, 9 marzo, 2012, nº 50, págs 13-16.

POUS DE LA FLOR, P., (coord.), *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, Ex Libris UNED, Madrid, 2009.

POYATOS GARCÍA, A., “Las familias acogedoras y sus redes sociales. Un análisis comparativo del acogimiento de menores en familia extensa y educadora (ajena), desde el ámbito de los Servicios Sociales”, *Documentos de Trabajo Social*, nº 50, 2011.

PRAZ, A.-F., *De l'enfant utile à l'enfant précieux. Filles et garçons dans les cantons de Vaud et de Fribourg (1860-1930)*, Antipodes, Lausanne, 2005.

PRIETO ESCUDERO, G., PRIETO YERRO, C., “El fenómeno sociológico de pobreza en la moderna economía”, *Revista de Economía Política*, nº 93, enero-abril, 1983, págs. 173-195.

PUIG LLOBET, M., SABATER MATEU, P., RODRÍGUEZ ÁVILA, N., “Necesidades humanas: evolución del concepto según la perspectiva social”, *Aposta revista de ciencias sociales*, nº 54, Julio, Agosto y Septiembre 2012.

PUILL, B., “La responsabilité du fait du mineur après la disparition de la condition de cohabitation”, *Regards croisés sur les Droits de la famille et du patrimoine, Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, DOAT, M., REBOUR, G., (coords), L'Harmattan, París, 2005.

QUINTANA LÓPEZ, T., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Limites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 26, enero, 2012, págs. 77-138.

QUIROGA, V., ALONSO, A. SORIA, M., *Menores Migrantes no Acompañados/as en España, Sueños de bolsillo*, Grupo de Investigación IFAM, UNICEF, 2010.

QUIROGA, V., ALONSO, A., ARMENGOL, C., *Rutas de pequeños sueños. Menores Migrantes No Acompañados en Europa*, Fundación Pere Tarrés, Barcelona, 2005.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven*. Aranzadi, 2011.

RABIH CHENDIB, “L’obligation contractuelle de surveillance. Prise en compte de la jurisprudence française contemporaine”, *Unión de abogados árabes*, 2009, nº 2, págs. 108-130.

RABINEAU M. Y., *Le nouveau Code de la famille marocain, rapport établi par des magistrats français a l’issue d’un voyage d’étude (du 19 au 29 juin 2007) sur l’application de cette législation: le regime de la kafala au Maroc et ses consequences au regard du droit français*, 21 février 2008.

RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, (6ª edc.), 1998.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “La Guarda y Custodia de los Hijos”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº 15, enero-diciembre 2001, págs. 282-298.

RAMBAUD, R., *L’institution juridique de régulation, Recherches sus les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L’Harmattan, París, 2012.

RAMIÓ MATAS, C., GARCÍA CODINA, O., “Externalización de servicios públicos en España: la necesidad de repensar una nueva gestión pública planificada, controlada y evaluada”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, nº 35, junio 2006, Caracas, pág. 17.

RAMÍREZ, M. L., “Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español”, *Vniversitas*, Bogotá, nº 118, enero-junio, 2009.

RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Navarra, 2008.

RAMS ALBESA, J., “Nuevas orientaciones en el Derecho de familia”, *El notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre 2012, nº 46.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.), *Derecho de la Persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho*. Bosch, Barcelona, 2011.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27

de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *InDret* 2/2014.

RAYMOND, G., BARRETEAU-RAYMOND, C., (colab.), *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, París, 2003.

REBOLLO PUIG, M., “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 200, págs. 41-59.

RECUERDA GIRELA, M. Á., FERNÁNDEZ DEPUECH, L., “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, *Revista General de Derecho Administrativo* 32 (2013), 1-40.

RENES, V., LORENZO, F., CHAHIN, A., *Poniendo en práctica la estrategia europea para la inclusión social*, cuaderno europeo 4, FRESNO, J.M., (coord.), Fundación Luis Vives, 2007.

RENTELN, A. D., *The cultural defense*, Oxford University Press, 2004.

RENTELN, A. D., *The cultural defense: challenging the monocultural paradigm* 2090291_CULDIV.book Page 791 Friday, August 7, 2009, págs. 791-817.

REQUEJO COLL, F., *Teoría crítica y Estado social*, Antrhopos, Barcelona, 1991.

RESTÁN, J., “El sistema educativo, ámbito privilegiado para la aplicación del principio de subsidiariedad”, *Boletín de Doctrina Social de la Iglesia*, (Observatorio Internacional Cardenal Van Thuân sobre Doctrina Social de la Iglesia), año 2, 2010, nº 4 (septiembre-diciembre).

RESTREPO MEDINA, M. A., “La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho”, *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, v. 5, 2007,

RESWEBER, J.-P., *Questions de soin*, L'Harmattan, Paris, 2012.

RIBOTTA, S., “Necesidades y derechos: un debate no zanjado sobre fundamentación de derechos (consideraciones para personas reales en un mundo real)”, *jurid.Manizales (Colombia)*, 5(1): 29-59, enero-junio, 2008.

RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1980.

RICHARD MISRAI, S., “La protection des droits de l’enfant d’un parent détenu”, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Presse Universitaires d’Aix-Marseille, Marsella, nº XXXVI-139, 2011-4, págs. 1711-1722.

RIECHMANN, J., *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, RIECHMANN, J., (coord.), Los libros de la catarata, Madrid, 1998, pág. 11.

RIVERA ÁLVAREZ, J., M., “La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil”, *Cuadernos de Trabajo Social*, v. 18 (2005), págs. 137-162.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., “El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: un debate tradicional no del todo solucionado en la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria”, *Revista del poder judicial*, nº 63, 2001, págs. 121-182.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Los derechos de los menores a la luz de la Ley 1/1998, de los Derechos y la Atención al Menor, de la Comunidad autónoma de Andalucía”, *La protección del menor en Andalucía (Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la Atención al Menor)*, RODRÍGUEZ BENOT, A., HORNERO MÉNDEZ, C., (eds.), Comares, Granada, 2000.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor”, *Revista general de derecho*, nº 621, 1996, págs. 6501-6532.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

ROBLES SILVA, L., *La invisibilidad del cuidado a los enfermos crónicos: un estudio cualitativo en el barrio de Oblatos*, Editorial Universitaria/UdeG, Guadalajara, Méjico, 2007.

ROCA DE AGAPITO, L., “Abandono de menores”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, nº 8, 2012.

ROCA TRÍAS, E., “Familia y Constitución”, *AFDUAM*, nº 10, 2006.

ROCA TRÍAS, E., "Artículo 90", *Comentario a las reformas del derecho de familia*, AMOROS GUARDIOLA, M., (dir.), Tecnos, Madrid, 1984, v. I, Madrid, 1984.

RÓDENAS RIGLA, F., GARCÉS FERRER, J., "Los servicios sociales generales", *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, GARCÉS FERRER, J., (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, V., 2.826.549 *Razones la protección de la infancia frente a la pobreza: un derecho, una obligación y una inversión*, Save the Children España, elaborado por con datos actualizados a 13 de noviembre de 2013, publicado el 29, enero, 2014 http://www.savethechildren.es/ver_doc.php?id=179.

RODRÍGUEZ BENOT, A., HORNERO MÉNDEZ, C., (editores), *La protección del menor en Andalucía: (Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la Atención al Menor)*, Comares, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ BORRAJO, M. E., CHANA GARCÍA, L. C., *El acogimiento en familia ajena. Bases conceptuales y metodológicas para la toma de decisiones*, Cruz Roja Española, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ CARDO, I., "El concepto de asistencia social: Un foco permanente de tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo blanch, 2011, págs. 797-816.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales", *Abogacía*, 2010 (6), págs. 75-104.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)", *ADC*, t. LXII, 2009, fasc. I, págs. 1825-1855.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., "Rudolf von Ihering", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. IV, 1987, págs. 249-270.

RODRIGUEZ SANTIAGO, J. M, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., (dirs), CARABANTE MUNTADA, J.M., (coord.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Villanueva, Centro Universitario, Universidad Complutense, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El Derecho administrativo en el siglo XXI”, *AFDUDC*, 13, 2009, págs. 627-643.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho administrativo español, Introducción al Derecho administrativo constitucional*, t. I, Netbiblo, A Coruña, 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones públicas”, *AFDUDC*, nº 12, 2008, págs. 795-812.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXÍA, P., (edts.), *Curso de Derecho público de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ-PASCUAL, I., MORALES MARENTE, E., “¿Cuántas veces dejamos de ser niños? Un análisis de la representación social de la autonomía infantil [SPA]”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, número 143-2013, págs. 75-2013.

ROGEL VIDE, C., “Comentario al artículo 303 del Código civil”, *Comentarios del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2012.

ROGEL VIDE, C., “Sobre la guarda de hecho”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 4, 2003, págs. 579-596.

ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROLDÁN FRANCO, M.A., “Madurez psicológica del menor para la toma de decisiones”, *Infancia, publicidad y consumo, III Jornadas sobre Derecho de los Menores*, LAZARO GONZÁLEZ, I. E., MAYORAL NARROS, I.V., (coords.), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005.

ROLLAND, L., *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Paris, 1932.

ROQUE, J., “La prémajorité”, *Droit de la famille*, nº 4, abril 2009, étude 20.

ROSABAL-COTO, M., “Creencias y prácticas de crianza: el estudio del parentaje en el contexto costarricense”, *Revista costarricense de psicología*, enero-diciembre, 2012, v. 31, nº 1-2, págs. 65-100.

ROSALES, J. M., “Del altruismo espontáneo a la solidaridad organizada”, CARRECEDO RUBIO, J., ROSALES, J. M., TOSCANO MÉNDEZ, M., (dirs.), *Democracia, ciudadanía y educación*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid, 2009.

ROSANVALLON, P., *La nouvelle question sociale, repenser l'Etat providence*, Le Seuil, Paris, 1995.

ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey-Dalloz, París, 1963.

ROVACCHI, M., “La figura dei nonni nella crisi della familia. Il diritto de visita degli ascendenti nei confronti dei minori nella separazione dei genitori”, *Il civilista*, 2010, nº 9, págs. 6-13.

RUBELLIN-DEVICHI, J., “Droit de la famille, chantiers en perspective”, *La semaine juridique*, 16 de julio 2012, nº 29-34, nº 878.

RUBELLIN-DEVICHI, J., “Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises”, *Droit de l'enfance et de la famille*, nº 43, 1996

RUBIO AROSTEGUI, J. A., RIUS ULLDEMOLINS, J., “La modernización de la gestión pública de la cultura. Análisis comparado del caso de los equipamientos culturales de las comunidades autónomas de Cataluña y Madrid”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 8, julio-diciembre, 2012, págs. 11-34.

RUBIO CORREA, M., *La Interpretación de la Constitución según El Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.

RUBIO NOMBIELA, G., “Caridad, Beneficencia y Asistencia social”, VVAA, *Problemas fundamentales de Beneficencia y asistencia social*, Ministerio de la Gobernación, Colección Estudios, Madrid, 1967.

RUBIO TORRANO, E., “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante la gestación por sustitución”, en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 9, 2011, págs. 11-14.

RUIZ LÓPEZ, M. A., “Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión de ámbito protegido, cuestiones y proporcionalidad”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 317, septiembre-diciembre 2011, págs. 213-234.

RUIZ MIGUEL, C., *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, 1994.

RUIZ-RICO RUIZ, G. “Los Defensores del Pueblo autonómicos tras la reforma de los estatutos de autonomía”, *REAF*, nº 6, abril 2008, p. 365-395.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., “La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)”, *Actualidad Civil*, nº 1, 1989, págs. 137-160.

RUIZ RODRIGUEZ, C., “Trabajo infantil y educación. Algunas claves historiográficas y documentales”, *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días*, XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009, BERRUEZO ALBÉNIZ, M. R., CONEJERO LÓPEZ, S., (coords.), V. 2, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2009, págs. 537-548.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *Curso de Derecho civil IV. Derechos de Familia y sucesiones*, SÁNCHEZ CALERO, F. J., (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

SAHIA CHERCHARI, M., “Retour sur le statut juridique des assistants familiaux”, *Empan*, 4/ 2010 (nº 80), págs. 32-35.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., PÉREZ VALLEJO, A. M., *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*. Comares, Granada, 2012.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., PARDO MARTÍNEZ, E., *El régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Comares, Granada, 2010.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., (edit.) *Políticas jurídicas para el menor*, Comares, Granada, 2009.

SALDAÑA SERRANO, J., “Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos”, *Revista jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 86, mayo–agosto, 1996, Nueva Serie, año XXIX.

SALHI, K., "La responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur", *Les grandes décisions du Droit des Personnes et de la Famille*, BATTEUR, A., (direc.), L.G.D.J., París, 2012.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., "La supletoriedad del Derecho estatal como garantía en la ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas", en *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 1, 2004, págs. 241-270.

SÁNCHEZ CATURLA, D., "Acogimiento familiar temporal", *Intervención social con menores*, BUENO BUENO, A., (coord.), Universidad de Alicante, Alicante, 1996.

SÁNCHEZ FERRÍZ, R., "La labor de los parlamentos autonómicos en la consolidación del Estado Social, en *CORTS.ADP*, 2005, nº 16, págs. 101-132.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. Á., "Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 44, 2010, págs. 119-143.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SANCHEZ-VALVERDE VISUS, C., "El desamparo y el acogimiento de la infancia en situación de riesgo social. Los CRAE (Centros Residenciales de Acción Educativa)", *Derecho de la persona*, RAVETLLAT BALLESTÉ, (coord.), Bosch, Barcelona, 2011.

SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, v. II, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNANDEZ, F. RAMS ALBESA, J., Bosch, Barcelona, 1995.

SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, V. 2º, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., RIVERO HERNÁNDEZ, F., Bosch, Barcelona, 1989.

SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El nuevo régimen de la familia, IV. Acogimiento y adopción*, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.

SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de Familia, v. 2º, LA CRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A, RIVERO HERNANDEZ, F., Bosch, Barcelona, 1989.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo. General II*, Iustel, Madrid, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, t. II, Iustel, 2004.

SANTONI DE SIO, F., “Responsabilità fondamentale e differenze culturali”, en *Ragion Pratica*, nº 40, junio 2013, págs. 49-68.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil I*, Edersa, Madrid, 1978.

SANTOS MORÓN, M. J., “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *AFDUAM*, nº 15, 2011, págs. 63-93.

SANTOS PAIS, M., Prefacio en LANSDOW, G., *La evolución de la facultad del niño*, Centro de Investigación Innocenti-UNICEF, <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>

SANZ LURRAGA, F. J., GARCÍA PEREZ, M., PERNAS GARCÍA, J.J., (dirs.), *Libre mercado y protección ambiental. Interés y orientación ambiental de las actividades económicas*, Instituto Nacional de las Administraciones públicas, Madrid, 2013.

SCHAFFER, D., *Psicología del desarrollo. Infancia y adolescencia*, Thomson, México, 2007.

SCHMIDT-ASSMANN, E., “El Derecho Administrativo General desde una Perspectiva Europea”, *Justicia Administrativa*, nº 13, octubre, 2001.

SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

SEGURA ORTEGA, M., “Kantorowicz y al renovación jurídica”, *Dereito*, v. II, nº 2, 1993, págs. 113-130.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., “El plan de acción (2010-2014) de la Comisión Europea ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados?”, *Revista Mugak*, nº 56, 2011.

SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”, *SIGLO CERO, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, v. 42 (1), nº 237, 2011, págs. 21-32.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L., “Apuntes sobre la responsabilidad civil médica: su tratamiento ante los tribunales”, BELLO JANEIRO, D., (coord.), *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Barcelona, 2013.

SEPPEY, E., *Les enfants placés ont-ils des droits? Réflexion sur l'évolution des pratiques du placement des enfants en Suisse*, Mémoire – Master Orientation professionnalisante, JAFFÉ P., directeur de mémoire, 2013/MIDE11-12/10, Institut Universitaire Kurt Bösch.

SERRANO CHAMORRO, E., “El derecho a ser oído tras la nueva L.O. de 15 de enero de 1966”, *La protección jurídica del menor*, SERRANO GARCÍA, I., (coord.), Junta de Castilla y León, 1997

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 45, 2003

SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983.

SETIEN SANTAMARÍA, M. L., *Indicadores sociales de calidad de vida. Un sistema de medición aplicado al País Vasco*, CIS, Madrid, Monografías, nº 133, 1993.

SEVILLA BUJALDE, J. L., *El menor abandonado y su protección jurídica*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002.

SIFFREIN-BLANC, C., “Vers une réforme de la responsabilité civile des parents”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 3, 2011, págs. 479-489.

SIMÓN RUEDA, C., LÓPEZ TABOADA, J. L., LINAZA IGLESIAS, J.L., *Maltrato y desarrollo infantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000.

SKINNER, B. F., *Sobre el conductismo*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1994.

SMITH, K., “Medio siglo de cambios en la familia: evidencia aportada por tres cohortes de nacimiento británicas”, págs. 37-54, *Nuevas formas de familia*

perspectivas nacionales e internacionales, UNICEF–UDELAR, Montevideo, Uruguay, 2003.

SOLETO MUÑOZ, H., “Ministerio Fiscal, responsabilidad penal del menor y mediación”, *Derecho de la Persona*, RAVELLAT BALLESTÉ, I., (coord.), Bosch, Barcelona, 2011.

SOLOZOBÁL ECHEVARRÍA, J. J., “Estado social como Estado autonómico”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1º semestre 1999, págs. 61-78.

SORIANO IBÁÑEZ, B., “El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas”, *Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (13º, 2003), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2004, págs. 251-270.

SPALLAROSSA, M. R., en *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, DELLA CASA, F., DOGLIOTTI, M., FERRANDO, G., FIGONE, A., MAZZA GALANTI, F., y SPALLAROSSA, M. R., (coord.), Guiffrè editore, Milán, 2008.

STANZIONE, P., SCIANCALEPORE, G., *Minori e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milán 2006.

SUBIRATS, J., “Modelo de políticas sociales”, obra colectiva *Política social y Estado de Bienestar*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992.

SUBIRATS, J., *Informe España 2012. Una interpretación de su realidad social*, VV. AA., Fundación Encuentro-CECS, 2012, http://www.fund-encuentro.org/informe_espana/indiceinforme.php?id=IE20.

SUNE, J-P., “Introduction”, *Empan*, 4/ 2010 (nº 80), págs. 10-12.

TAVARES, J. “Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 40, nº 3, 1987.

TAVOILLOT, P.-H., “Juger et éduquer les mineurs délinquants, de Dominique Youf”, *Sociétés et jeunesses en difficulté*, 19 mars 2010.

TEJEDOR MUÑOZ, L., “Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho”, *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ, C., (dir.), MORETÓN SANZ, M. F., LÓPEZ PELÁEZ, P., (coords.), Tecnos, Madrid, 2007, págs. 234-257.

TEJEDOR MUÑOZ, L., POUS DE LA FLOR, (coords.), *Legislación estatal y autonómica sobre la protección jurídica del menor*, I, II, y III, UNED, Madrid, 2014.

TENA PALAZUELO, I., "Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de protección jurídica de 1996", *Revista jurídica de Navarra*, nº 24, 1997.

TERRÉ, F., FENOUILLET, D., *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, París, 2012.

TIRADO ESTRADA, J. J., "Especialización de la jurisdicción de familia: términos para el debate e implantación", *La Jurisdicción de Familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, SARAVIA GONZALEZ, A. M., GARCÍA CRIADO, J. J., (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial*, 147-2007, Consejo General del Poder Judicial, págs. 315-367.

TITMUS, R., *Política Social*, Ariel, Barcelona, 1981.

TOLIVAR ALAS, L., "Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores", *Revista de Administración Pública*, nº 124, enero-abril, 1991, págs. 35-63.

TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2005.

TORNOS MAS, J., GALÁN GALÁN, A., *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, enero de 2007.

TORNOS MAS, J., "Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público", *QDL Cuadernos de Derecho Local* 6, octubre 2004.

TORNOS MAS, J., "Crisis del estado de bienestar. el papel del Derecho Administrativo", *XIX Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo*, Madrid 18,19 y 20 de octubre de 2012.

TOSCANO GIL, F., "Publicación de actos administrativos y protección de datos de carácter personal", *Revista General de Derecho Administrativo* 31 (2012), págs. 1-39.

TRISELIOTIS, J., "El acogimiento familiar: un recurso de atención normalizada", Monográfico sobre Acogimiento familiar, *Revista de Estudios: Infancia y Sociedad*, nº 6, noviembre-diciembre, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.

TURBIAUX, C., RAMON, V., BOUCHER, A., "Accueil familial et professionnalisation", *Empan*, 4/ 2010 (nº 80), págs. 22-31.

UCEDA-MAZA, F. X., GARCÍA MUÑOZ, M., "Los Servicios Sociales en España: itinerarios comunes, escenarios divergentes. ¿Cuál debería ser el mínimo común de protección social?", *Revista Servicios Sociales y Política Social*, nº 89, 2010.

URTEAGA, E., "Las políticas de discriminación positiva", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), nº 146, Madrid, octubre-diciembre, 2009, págs. 181-213.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

VAN GYSEL, C., *Précis de droit de la famille*, Les membres de l'unité de Droit familial du Centre de Droit privé de l'ULB, VAN GYSEL, A-C., (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009.

VANNEY M., A., "Ius, Lex y Derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión", *Persona y Derecho*, nº 61, 2009, págs. 283-307.

VANNEY M., A., "Ius, Lex y Derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión", *Persona y Derecho*, nº 61, 2009, págs. 283-307.

VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VARELA GARCÍA, C., "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica de Menor: principios programáticos y normas de conflicto", *Actualidad civil*, nº 12/17-23 de marzo 1997.

VARGAS CABRERO, B., "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor", *El menor y la Familia: Conflictos e Implicaciones*, RODRÍGUEZ TORRENTE, I., (ed.), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.

VARGAS CABRERO, B., *Protección de menores en el Ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994.

VÁZQUEZ PEDROUZO, M. C., "Posición jurídica del particular frente a la administración", *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 30, 2011, págs. 309-342.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8162, Sección Doctrina, 3 octubre 2013, Año XXXIV, La Ley 5167/2013.

VELA SÁNCHEZ, A., “El carácter personalista del Derecho civil como eje de la juridificación de la vida afectiva”, *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Comares, Granada, 2009.

VELA SÁNCHEZ, A., “Familias monoparentales y fondo de garantía del pago de alimentos”, *Revista La Ley*, t. 3, 2008, págs. 1867-1879.

VERDA Y BEAMONTE, J. R.DE. *La Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*. Editado por Aranzadi como Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Número 28, Navarra, 2012.

VERDIER, P., EYMENIER, M., *La reformé de la Protection de l'enfance*, Berger Levrault, París, 2012.

VERNIS I DOMÈNECH, A., NAVARRO COLOMER, C., “El concepto de ecosistema para el emprendimiento social”, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 17, enero-abril, 2011.

VIDAL BELTRÁN, J. M., GARCÍA HERRERA, M. A., (coords.), *El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, V. I, INAP, Madrid, 2005.

VIDAL FERNÁNDEZ, F., “La familia en la segunda modernidad: una visión sociológica desde la realidad española”, *Horizontes de la familia ante el S. XXI: Reflexiones con motivo del XXV aniversario del Instituto Universitario de la Familia* de BERASATEGUI PEDRO-VIEJO, A. y GÓMEZ BENGOCHEA B., (coords.), Universidad Pontificia de Comillas 2011.

VIDAL, F., (PUGA, D., TOBÍO, C., VÍLCHEZ, L. F., colaboradores), *Informe España 2011, Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro-CECS, 2011, págs. 235-236.

VILLA PRIETO, J., “La educación de los niños pequeños en el ámbito familiar durante la Edad Media tardía: aspectos teóricos”, *Tiempo y sociedad*, nº 6, 2011-2012, págs. 79-122.

VILLAR ROJAS, F. J., "Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales", *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

VILLATORO, P., RIVERA, E., *Construcción de indicadores de la cohesión social en América Latina y el Caribe*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York, 2007.

VILLERO LUQUE, S., RODRÍGUEZ PEREIRA, C., ORTEGA GARCÍA, M. D., CASAS OCHOA, I., "Yin & Yang: encuentros culturales de crianza", *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, nº 48, 2009, págs. 187-211.

VIÑAS XIFRA, J., "Causas para externalizar servicios en la Administración pública", *Presupuesto y Gasto Público*, 66/2012, págs. 167-182.

VIVES, A., *La cohesión social en América Latina y el Caribe Análisis, acción y coordinación*, VIVES, A., (Gerente), Banco Interamericano de Desarrollo, Washington DC, www.iadb.org.

VOISIN, P., GOUBEAUX, G., *Droit civil I*, L.G.D.J., 2011.

VON JHERING, R., *L'Esprit du droit romain*, T. IV "Les droits sont des intérêts juridiquement protégés", O. de Meulenaere, A. Marescq Aîné, París, 1878.

VV. AA., *Manual de responsabilidad pública*, Homenaje a González Gutiérrez-Barquín, Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005.

VV. AA., *Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 23 i 24 setembre 2004*, Documenta Universitaria, Universitat de Girona, Girona, 2005.

VV.AA., *Programa de menores no acompanyados en Europa. Declaración de Buenas Prácticas*, ACNUR y Save the Children, 3ª ed., 2004.

VV. AA., *Protección jurídica del menor*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Comares, Granada, 1997.

VYGOTSKY, L. S., *Thought and language*, The MIT Press, Cambridge, 1986.

WALINE, J., *Droit administratif*, Dalloz, París, 2012.

WISLET, J.-M., CORDIER, R., DUBOIS, A., GILLET, C., GUILLE, A., WISLET, M., "Les dispositifs d'accueil familial pour mineurs en danger et/ou en difficultés

présentant une problématique lourde”, *Rapport de synthèse réalisé à la demande de la Ministre de l’Enfance et de l’Aide à la jeunesse pour le Gouvernement de la Communauté française*, verano, 2007.

WONG, C., *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, Dunod, París, 2009.

YÁÑEZ VELASCO, I., “Control de la legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento municipal. Jurisprudencia de altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 269, Madrid, noviembre (2011), págs. 13-28.

YZQUIERDO TOLSADA, M. “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, (Comentarios a la Ley de 24 octubre 1983 de reforma del Código Civil, Título IX y X del Libro I), YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), ICAI, Madrid, 1984.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, Bosch, Barcelona, 2013.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres”, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, VVAA, (Asociación Española de Abogados de Familia), Dykinson, 2004.

ZATTI, K. B., “Le placement d'enfants en Suisse. Analyse, développement de la qualité et professionnalisation”, *Rapport d'expert sur mandat de l'Office fédéral de la justice*, juin 2005.

ZIZEK, S., *Visión de paralaje*, Fondo de Cultura Económica de España, Buenos Aires, 2006.

ZUOLO, F., “Salute pubblica e responsabilità parentale. L’ensenzione dall’obbligo di vaccinazione”, *Ragione pratica*, nº 40, junio 2013, págs. 129-137.

ZUPI, M., *Desafíos de la cohesión social en tiempos de crisis: Dialogo Euro-Latinoamericano*, ZUPI, M., ESTRUCH PUERTAS, E., (eds.), Ediciones Complutense, FIIAPP, Madrid, 2011.

ZUPI, M., ESTRUCH PUERTAS, E., (eds.), *Desafíos de la cohesión social en tiempos de crisis: Dialogo Euro-Latinoamericano*, Ediciones Complutense, FIIAPP, Madrid, 2011.

ZURILLA CARIÑANA, M. A., *Las disputas judiciales en torno a los hijos. Una constante en las crisis matrimoniales*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010.

OTRAS FUENTES

OBSERVACIONES

Comité de los Derechos del Niño, Observación general CRC/C/GC/16, nº 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, 17 de abril de 2013.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general CRC/C/GC/15, nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 17 de abril de 2013.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general CRC/C/GC/14, nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

INFORMES

Organismos Internacionales:

Comité de los Derechos del Niño (55º período de sesiones 13 de septiembre a 1º de octubre de 2010), Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención Observaciones finales: España.

El Comité de los Derechos del Niño (55º período de sesiones 13 de septiembre a 1º de octubre de 2010), Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU -48º período de sesiones de 30 de abril a 18 de mayo de 2012 (E/C.12/ESP/CO/5), sesión de 18 de mayo de 2012, en relación con el examen del quinto informe periódico

de España sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Informe Bienestar infantil en los países ricos. Un panorama comparativo, ADAMSON P., (redactor), Report Card n º 11 de Innocenti, UNICEF, 2013, www.unicef-irc.org

Informe Pobreza infantil y exclusión social en Europa Una cuestión de derechos, (coord. SMOLINSKI, M., análisis de datos por MORABITO, C.), Save the Children, Bruselas, 2014.

Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 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, Texto adoptado por la Decimoctava sesión de 4 de mayo de 2011, Oficina Permanente de la Conferencia, La Haya, LAGARDE, P., (redac.)

Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 3 de marzo de 2008 sobre la consecución de los objetivos de Barcelona sobre las estructuras de cuidado de los niños en edad preescolar [COM(2008) 638 final.

Informe Proyecto Europa 2030: Retos y oportunidades, Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030, Bruselas, Mayo 2010.

Informe del Parlamento Europeo sobre la protección de la familia y del niño (A4-004/99).

Informe del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (A5-0092/2004).

Recommandation CM/Rec(2011)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'enfant et les services sociaux adaptés aux enfants et aux familles (adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 2011, lors de la 1126e réunion des Délégués des Ministres).

Recomendación del Comité de Ministros R/86-12, del Consejo de Europa, sobre las Medidas para Prevenir y Reducir la Carga de Trabajo Excesiva en los Tribunales.

Recomendación RE (2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas.

Recomendación (2013/112/UE) de la Comisión Europea “Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas”, de 20 de febrero de 2013.

Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Prioridades para la Seguridad Infantil en la Unión Europea, European Child Safety Alliance- Ministerio de Sanidad y Consumo, Ámsterdam, 2004.

Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados, Comisión Europea COM(2012) 554 final, Bruselas, 28 septiembre 2012.

Informe del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión Europea “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia” (A6-0520/2007).

Informe del Parlamento Europeo sobre el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (A6- 0033/2007).

Informe *Prioridades para la Seguridad Infantil en la Unión Europea*, La Alianza Europea para la Seguridad Infantil (European Child Safety Alliance), Ámsterdam, 2004.

Francia

Conseil d’Etat, *Rapport public L’intérêt général*, Etudes et documents nº 50, 1999

España

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe sobre el seguimiento de los niños acogidos en familia*, diciembre de 2013.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, 13 septiembre 2013.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2012, – 9-13/OIDC-000002, 18 de junio de 2013.

Informe 2012 sobre los centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España (Atrapados entre las rejas), MANZANEDO, C., NAVARRO, A., IZUZQUIZA, D., (redac.) presentado por Organización Pueblos Unidos ante el Defensor del Pueblo el día 9 de abril de 2013.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz, correspondiente a la gestión realizada por dicha Institución durante el año 2011, 9-12/IDPA-000001, Boletín Oficial Parlamento de Andalucía, 6 de junio de 2012.

Informe España 2011, una interpretación de su realidad social, VV.AA., Fundación Encuentro-CECS, Madrid, 2011.

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (650/00005), aprobado el día 15 de noviembre de 2010, Boletín Oficial de las Cortes, nº 545, Senado, IX legislatura, 17 de noviembre de 2010.

Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, presentado por el Ministerio de Sanidad y Política Social, Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010.

Informe *Ni legales ni invisibles. Realidad Jurídica y social de los menores extranjeros en España*, UNICEF-Consejo General de la Abogacía Española, 2009.

Informe relativo a La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español, ASÍS ROIG, R., (dir.); BARRANCO AVILÉS, M. del C., PALACIOS RIZZO, A., CUENCA GÓMEZ, P., (Coords.), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Fundación ONCE, Madrid, 2008.

SÍNDIC DE GREUGES DE BARCELONA, *Informe sobre los derechos de la infancia en riesgo en Barcelona y propuestas para garantizarlos*, noviembre de 2006.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe en relación con las proposiciones de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13 de octubre de 2005.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora*, Defensor del Pueblo, Madrid, 1991.

INSTRUCCIONES Y CIRCULARES MINISTERIO FISCAL

Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

Instrucción 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, de 29 de marzo, sobre la coordinación del registro de menores extranjeros no acompañados.

Circular 8/2011 Fiscalía General del Estado, de 16 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado, de 19 de noviembre, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios.

Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de julio de 2010, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes.

Instrucción 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, de 7 de marzo, sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de hijos menores.

DICTAMENES

Unión Europea:

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones — Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño» [COM(2011) 60 final] 2012/C 43/08), 8 noviembre de 2011.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros” (2011/C 218/02), de 23 de julio de 2011.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La familia y la evolución demográfica” (SOC 245 – CESE 55/2007), de 14 de marzo de 2007.

España:

Dictamen Consejo de Estado nº 3045/2003, (Castilla y León) de 22 de enero 2004

Dictamen Consejo de Estado nº 3045/2003,783/2004 (Ciudad autónoma de Melilla), de 10 junio de 2004.

Dictamen nº 28/2012, de 21 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Dictamen nº 132/2005 de la Comisión Permanente de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón.

Dictamen del Consejo de Navarra, nº 12/2010, de 29 de marzo de 2010.

Dictamen Consejo Jurídico de la Región de Murcia, nº 17/04 de 2004

Defensor del Pueblo, Recomendación 14/2008, de 15 de febrero de 15 de febrero, para que se declare el desamparo de los menores extranjeros no acompañados, por la entidad de protección de menores de la comunidad andaluza, en tanto se encuentren bajo su responsabilidad, (Boletín Oficial de las Cortes Generales, IX Legislatura, serie A, nº 146, pág. 455).

RESOLUCIONES

Resolución aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas A/RES/64/142, (18 de diciembre de 2009) [*sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*], Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

Resolución del Defensor del Menor de Andalucía, de 19 de junio de 2013, formulada en la queja 12/3494.

Resolución del Defensor del Menor de Andalucía de 16 de junio de 2013, formulada en la queja 12/6001.

Resolución del Defensor del Menor de Andalucía de 27 de julio de 2012, formulada en la queja 11/3150.

COMUNICACIONES

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad entre mujeres y hombres, de 27 de febrero de 2009, COM (2009).

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un mejor equilibrio en la

vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar, 3 de octubre de 2008, COM(2008).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Promoviendo la solidaridad entre generaciones, de 10 de junio de 2007, COM(2007).

CONCLUSIONES

Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en extranjería celebradas en Baiona, los días 4 y 5 de octubre de 2010.

Conclusiones del “IV Encuentros de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia” y “VI Jornadas nacionales de magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales”, Valencia, 26, 27 y 28 octubre de 2009.

Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos con el Consejo, sobre la importancia de las políticas familiares en Europa y el establecimiento de una Alianza de las Familias – Adopción e intercambio de puntos de vista (9317/1/07) de 23 de junio de 2007.

Conclusiones del II encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación de Abogados de Familia, sobre “Las reformas del Derecho de Familia”. Madrid, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

PLANES ESTRATEGICOS

II Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia 2013–2016 (II PENIA), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013.

Plan Estratégico de Servicios Sociales de Aragón 2012/15, aprobado el 19 de junio de 2012.

Nouvelle stratégie et Plan d’action du Conseil de l’Europe pour la cohésion sociale approuvés par le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe le 7 Juillet 2010.

I Plan Estratégico de Servicios Sociales de Navarra 2008-2012, aprobados de 28 de julio de 2008.

I Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia 2006-2009 (I PENIA), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de junio de 2006.

OTROS

Proyecto revisado de Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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, redactado por la Oficina Permanente, Documento Preliminar nº4 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños mayo de 2011.

Comisión Europea, COM(2010)213 final, Bruselas, 6 mayo 2010, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014).

Documento Marco de Mínimos Para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, (aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias el día 13 de noviembre de 2008), Ministerio de Educación, Política social y Deporte, 2008.

Decisión nº 854/2005/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

Defensor del Pueblo, Estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora, Defensor del Pueblo, Madrid, 1991.