



CAMPUS PÚBLICO  
MARÍA ZAMBRANO  
SEGOVIA



---

**Universidad de Valladolid**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN

Grado en Derecho

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA  
ADOLESCENCIA. LEY 26/2015**

Presentado por Rebeca Martín Galán

Tutorizado por la Prof.<sup>a</sup> María del Lirio Martín García

Segovia, Diciembre de 2016

# ÍNDICE

|                   |   |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 5 |
|-------------------|---|

## CAPÍTULO I

### CONCEPTOS Y MARCO JURÍDICO

|  |    |
|--|----|
| 1.1. Marco Internacional Jurídico..... | 9  |
| 1.2. Marco Jurídico Nacional.....      | 11 |
| 1.3. Marco Jurídico Autonómico.....    | 14 |

## CAPÍTULO II

### SUJETOS E INSTRUMENTOS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

|   |    |
|---|----|
| 2.1. Los sujetos intervinientes.....                                    | 20 |
| 2.1.1. El menor.....  | 20 |
| 2.1.2. Las personas que ostentan la patria potestad.....                | 21 |
| 2.1.3 La Entidad Pública.....   | 24 |
| 2.1.4. El Ministerio Fiscal.....  | 25 |
| 2.1.5. Los acogedores y acogidos.....                                   | 26 |
| 2.1.6. Los adoptantes y adoptandos y la nueva figura del guardador..... | 27 |
| 2.2. Los instrumentos de Protección Jurídica.....                       | 30 |
| 2.2.1. Las situaciones de desprotección.....                            | 30 |
| 2.2.2. La situación de riesgo.....                                      | 30 |

|  |           |
|--|-----------|
| 2.2.3. La guarda.....                  | 34        |
| 2.2.4. El desamparo.....               | 36        |
| <b>2.3. El acogimiento.....</b>        | <b>44</b> |
| 2.3.1. El acogimiento familiar.....    | 44        |
| 2.3.2. El acogimiento residencial..... | 49        |
| <b>2.4. La adopción.....</b>           | <b>49</b> |
| 2.4.1. La adopción nacional.....       | 49        |
| 2.4.2. La adopción internacional.....  | 54        |

### **CAPÍTULO III**

#### **EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>3.1. El interés superior del menor.....</b> | <b>58</b> |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>                       | <b>70</b> |
| <b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>         | <b>77</b> |

#### **ANEXO I**

|   |    |
|---|----|
| Anexo Legislativo Nacional e Internacional..... | 84 |
|---|----|

#### **ANEXO II**

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| Anexo Legislativo Autonómico..... | 86 |
|-----------------------------------|----|

## **RESUMEN**

Los cambios sociales producidos en estos 20 años, desde la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, las numerosísimas legislaciones autonómicas y heterogéneas, y la normativa internacional en la materia, han ocasionado la necesidad de mejora de los instrumentos de protección jurídica. Esta reforma, a pesar de ser una modificación parcial, supone un cambio generalizado en el sistema por ser fruto del consenso con todo tipo de sectores implicados en la protección del menor.

## **PALABRAS CLAVE**

Menor, derecho, Entidad Pública, acogimiento, adopción, interés superior, niños, legislación, padres, familia, reforma, protección.

## **ABSTRACT**

Social changes taking place in the past twenty years (from the Organic Law 1/1996 on the Legal Protection of Minors) numerous and heterogeneous autonomous legislations, and international regulations in the field, have led to the need of an improvement in the current instruments of Jurdical Protection. This upgrade, is spite of being a partial modification, involves a general change in the System, due to the fact that it is the result of an agreement among all kind of sectors which are involved in the protection of minors.

## **KEYWORDS**

Minor, law, public entity, placement, adoption, higher interest, children, legislation, parents, family, reform, protection.

## ABREVIATURAS

|               |  |
|---------------|--|
| CE            | Constitución Española de 1978                      |
| CC            | Código Civil                                       |
| LO            | Ley Orgánica                                       |
| L. Ord.       | Ley Ordinaria                                      |
| LEC           | Ley de Enjuiciamiento Civil                        |
| RD            | Real Decreto                                       |
| RDLeg         | Real Decreto Legislativo                           |
| LOPJM         | Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor      |
| AP            | Audiencia Provincial                               |
| TS            | Tribunal Supremo                                   |
| TC            | Tribunal Constitucional                            |
| BOE           | Boletín Oficial del Estado                         |
| BOCM          | Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid          |
| BOCyL         | Boletín Oficial de Castilla y León                 |
| DOGC          | Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya      |
| EAC           | Estatuto de Autonomía de Cataluña                  |
| EACyL         | Estatuto de Autonomía de Castilla y León           |
| EAM<br>Madrid | Estatuto de Autonomía de la Comunidad de<br>Madrid |
| CCAA          | Comunidad Autónoma                                 |
| UE            | Unión Europea                                      |

## INTRODUCCIÓN

La historia ha hecho que poco a poco los derechos de los menores vayan teniendo la importancia que merecen para fortalecer su protección de la mejor forma posible y según sus necesidades.

Por ello, la protección jurídica que se ha ido creando en los distintos ámbitos legislativos: constitucional, administrativo, civil, penal, etc... todos ellos basados en el interés superior del menor, al cual me referiré posteriormente y como concepto principal del trabajo.

El objetivo principal de ésta exposición es conocer el propósito de la reforma producida por la Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y las consecuencias que trae consigo.

Esta norma es la primera ley del mundo que recoge las orientaciones<sup>1</sup> que el Comité Internacional de Derechos del Niño de Naciones Unidas realiza en la observación general nº 14 de 2013, en cuanto a los sistemas de protección a la infancia y la adolescencia.

La función del organismo es examinar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Mediante sus recomendaciones presenta: *“la necesidad de reunir toda la información obrante en el país, para llevar a cabo una evaluación completa de los progresos y dificultades en la aplicación del Convenio”*.

La reforma se lleva a cabo para mejorar los instrumentos de protección jurídica de la infancia y la adolescencia y adaptarlos a los cambios sociales y las nuevas realidades, en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 de nuestra Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por España.

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce el derecho a recibir la asistencia y protección a todos los menores para garantizar el desarrollo integral de su personalidad tanto a nivel familiar como social, que deberá ejercerse tanto por parte de las propias familias como por las Administraciones Públicas.

Por tanto, mediante este artículo 39 de la Constitución se obliga al legislador a realizar un sistema de protección a la infancia y la adolescencia. De la potestad administrativa<sup>2</sup> otorgada por el ordenamiento de la tutela del menor surgen las medidas de protección para

---

<sup>1</sup> Son observaciones. Informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos de los niños en los Estados parte de la Convención.

<sup>2</sup> Poderes jurídicos reconocidos por el Ordenamiento Jurídico que atribuyen a las Administraciones Públicas la habilitación para actuaciones ejecutivas específicas, para la satisfacción de los intereses generales.

la defensa de sus intereses concretándose en cada supuesto de forma individualizada cada situación.

El Sistema de Protección a la Infancia se puede definir como el conjunto de recursos, acciones, medidas, intervenciones y prestaciones procuradas por las Administraciones Públicas para prevenir y combatir situaciones de desprotección o desamparo de menores.

Esa protección está basada en el conjunto de actuaciones y medidas jurídicas, sociales, educativas, pedagógicas, etc..., que las Entidades Locales y en particular la Gerencia Territorial de Servicios Sociales<sup>3</sup> a través de la Sección de Protección a la Infancia realizar en situaciones de desprotección que podrán ser bien situaciones de riesgo o de desamparo.

Esa situación de desprotección se produce cuando los progenitores, guardadores o tutores no existen, no se localizan, no pueden, no saben o no quieren cumplir con sus deberes.

Mediante las actuaciones de la Administración se trata de garantizar a los menores en situación de desamparo un desarrollo personal en su propia familia extensa o en otra ajena y cubrir todas sus necesidades materiales y morales.

La nueva legislación está especialmente dirigida a las figuras intervinientes en el sistema de protección entendido como el conjunto de medidas jurídicas, sociales, educativas y pedagógicas, destinadas a obtener el desarrollo integral del menor respetando siempre sus derechos y dentro de un Estado con unos recursos materiales y técnicos, dedicados a la mejor y mayor protección posible.

Por tanto, éstas figuras van a ser los profesionales tales como: operadores jurídicos, educadores, trabajadores/agentes sociales y pedagogos, tanto del ámbito público como privado, que trataran de procurar que este sistema funcione.

Todos deberán regirse por unos principios básicos que son en primer lugar y ante todo el interés superior del menor, la prevención de situaciones perjudiciales para el desarrollo integral del menor, el mantenimiento del menor en la familiar de origen, salvo que sea contrario a su interés, la integración social y familiar, participación y solidaridad, principios establecidos por las Directrices de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>4</sup> de 24 de febrero de 2010.

La reforma está integrada por dos normas, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, Ley ordinaria dedicada a materias que no afectan a derechos

---

<sup>3</sup> Es el acceso directo, dentro del territorio de Castilla y León, a los recursos sociales, tanto para personas con discapacidad como para el resto de sectores.

<sup>4</sup> Es el principal órgano deliberativo de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), en el que cada estado miembro tiene un voto. Total 192 países independientes.

fundamentales, y la Ley Orgánica 8/2015 que introduce los cambios necesarios en aquéllos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los arts. 14, 15, 16, 17 y 24 CE.

La legislación básica se unifica en todo el territorio del Estado de tal forma que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de sus respectivas normativas en la materia e incorpora novedades que algunas Comunidades Autónomas ya habían ido introduciendo en sus legislaciones. Por lo tanto, la legislación nacional sobre la protección jurídica del menor quedaba ya anticuada.

El propósito del trabajo es realizar un análisis de la normativa española en materia de protección de menores, poniendo el foco en el ámbito del derecho privado, así como las reformas operadas por las leyes, el objeto de las modificaciones y su efectividad práctica. Para ello utilizo el hilo conductor del denominado interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto de positivación como consecuencia, no solo de la necesidad de adaptar nuestro marco jurídico a las prerrogativas de carácter internacional, sino también derivado de la exigencia de dotar de sustantividad a un principio general del derecho que ya venía siendo objeto de concreción y definición por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, todo ello con el fin de lograr satisfacer plenamente los derechos del menor y contribuir a su adecuado desarrollo personal.



**CAPÍTULO I**  
**CONCEPTOS Y MARCO JURÍDICO**

# CAPÍTULO I

## 1.1. Marco Internacional Jurídico:

Históricamente, los niños han sido sencillamente una propiedad de los padres sin derechos ni libertades.

Hasta finalizar la primera Guerra Mundial en la que debido a las circunstancias dramáticas se trata de crear una asociación internacional para la defensa de los niños, dando lugar en 1919 a la Fundación Save the Children<sup>5</sup> en Londres para cubrir las carencias de los niños víctimas de la guerra por Eglantyne Jebb<sup>6</sup>, la activista social británica que promovió crear una asociación a nivel internacional. Ella viajó a Ginebra para reunirse con el presidente del Comité Internacional de Cruz Roja<sup>7</sup>, Gustave Ador y así redactar un protocolo que sirvió de base para la Declaración de Derechos del Niño de 1924, de la que hablo a continuación.

Dentro del marco jurídico internacional sobre la protección del menor las normativas más importantes han sido:

- La Sociedad de Naciones reunida en Ginebra en su V Asamblea, de fecha 24 de septiembre de 1924, aprueba la primera Declaración de Derechos del Niño. Texto histórico que reconoce y afirma por primera vez la existencia de derechos de los niños y dice textualmente: *“los niños tienen el derecho a disponer de los medios necesarios para su desarrollo material, moral y espiritual”*.

La declaración nos ofrece un compendio de todos los deberes inherentes a hombres y mujeres de cualquiera de las naciones de tal manera que establece unas responsabilidades de los adultos respecto de los niños, destacando la necesidad que surge en cualquier menor abandonado de recibir una protección especial mediante el derecho al desarrollo, asistencia y socorro.

A pesar de las buenas intenciones del Convenio, los derechos fundamentales que contiene no tuvieron fuerza vinculante para los Estados.

---

5 Organización no gubernamental para la defensa y promoción de los derechos de los niños. Fundada en Londres el 15 de abril de 1919 para proteger a los niños refugiados después de la primera Guerra Mundial.

6 Una cita de la joven que comenzó creando un mundo para los niños: *“Estoy convencida de que nos es imposible, como seres humanos normales, observar a los niños morir de hambre sin hacer ningún esfuerzo para salvarles.”*

7 Fundado en 1863 para prestar ayuda humanitaria a personas afectadas por conflictos, violencia armada y catástrofes naturales.

- Tras la segunda guerra mundial se dicta la Declaración de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 que representa un estándar común a ser alcanzado por todos. La Declaración dice expresamente: *"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"* por tanto sobre la base de libertad, igualdad, justicia y paz, hace referencia a la obligación de promover y asegurar el respeto a los derechos y libertades señalados a lo largo de los treinta artículos que la componen. A pesar de que son pocas las ocasiones en las que se refiere el texto al niño, en el propio art. 25.2 se hace una mención expresa que dice *"la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Tanto los niños nacidos de matrimonio o no tienen derecho a igual protección social"*<sup>8</sup>.

- La segunda Declaración de los Derechos del Niño de 1959 aprobada por unanimidad por los 78 estados miembros de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, pero sin fuerza vinculante para los firmantes, aunque algunos países la ratificaron desde sus parlamentos nacionales reconociéndola como ley de obligado cumplimiento.

Contiene los derechos de: nombre, nacionalidad, alimentación, vivienda, educación, servicios médicos, etc... y se establecen diez principios reconociendo la protección especial que precisan para que puedan desarrollarse física, mental, moral y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad.

- La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos<sup>9</sup>.

Se confeccionó por una delegación polaca en 1978 presidida por Adam Lopatka<sup>10</sup> que presenta a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas un proyecto de convención sobre los derechos del niño en la que se fueron implicando diferentes organizaciones como la ONU, UNICEF, Amnistía Internacional,... y los Estados miembros de la Comunidad Europea, entre ellos España, representados por observadores.

El texto definitivo será aprobado por 159 Estados partes de la ONU en Nueva York. Pero éstos 159 estados se clasificaron en tres categorías, los que no lo ratificaron como EEUU por entender que existía controversia entre la Convención y su ley interna sobre la pena de muerte. En segundo lugar los que sí ratificaron pero sin reconocerle valor legal, simplemente era un marco de referencia para los vacíos legales como en Francia. Y el tercer lugar, la ratificación plena de países como España.

---

8 Política general orientada a la sociedad para lograr los tres fines para los que fue creada: justicia social, bienestar y orden social.

9 Tratados complementarios de tratados de derechos humanos existentes.

10 Responsable del grupo de trabajo de las Naciones Unidas.

Surgió de la necesidad de una norma legal internacional y tiene especial importancia puesto que se considera un verdadero Código universal sobre el menor, por tanto es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante y por tanto de aplicación obligatoria que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, económicos, políticos, culturales y sociales.

La Convención está destinada a niños y niñas, mostrando que son los que precisan de cuidado y protección especial y el reconocimiento de sus derechos humanos. Se podría decir que es el texto con mayor importancia en materia de derechos del menor y su protección.

Con el Convenio nace el Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención, el cual en su artículo 44 obliga a los Estados miembros de presentar informes periódicos de aplicación y seguimiento. Además el Comité formula unas recomendaciones para mejorar la protección jurídica y administrativa.

- En 1993 se firma el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y reconoce la adopción internacional mediante un sistema de cooperación entre autoridades para evitar la trata y tráfico de menores<sup>11</sup>.

Las autoridades centrales de cooperación en España son las Direcciones Generales del Menor y Familia del Ministerio de Asuntos Sociales de cada una de las diecisiete CCAA y las dos ciudades de Ceuta y Melilla. Este Convenio sigue en vigor actualmente y establece todos los procedimientos a seguir en materia de adopción, condiciones, efectos y autoridades.

## **1.2. Marco Jurídico Nacional:**

Debemos hablar de la etapa anterior a nuestra Constitución española, protagonizado por la falta de regulación en la materia que nos ocupa.

Se consideraba al menor como un sujeto inmaduro y en evolución, y aunque en el marco internacional en el Siglo XX va emergiendo una mayor preocupación por el interés de menor y una mayor autonomía desde la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, en España no fue posible hasta la Constitución de 1978.

El menor en España no tiene derechos y libertades individuales, sino que la única protección debía ser dada por su familia.

---

<sup>11</sup> Estimaciones en 2005 hablaban de entre 980.000 y 1.225.000 de niños y niñas en esta situación, en la que se les obliga a realizar trabajos peligrosos, regímenes de servidumbre, explotación sexual comercial, prostitución, tráfico de drogas, son utilizados en conflictos armados, esclavitud...

El surgimiento del individualismo<sup>12</sup> va haciendo que al término menor se le asocie a dos ámbitos diferentes, uno es el legal, en el que el menor es un sujeto con derechos y deberes, y otros como sujeto que precise de una mayor protección y atención especializada en caso de fallo en la estabilidad de la familia.

Unos ejemplos de los cambios normativos preconstitucionales se encuentran por ejemplo:

La adopción se tenía como consuelo y remedio para matrimonios “de bien” y con buena posición social que no podían tener descendencia, hasta 1958 que se reforma esta idea para fijar como prioridad los intereses del adoptado, aunque los derechos sucesorios no estaban debidamente protegidos.

El acogimiento o entonces llamado prohijamiento<sup>13</sup>, solo se encontraba en la la Orden de 1 de abril de 1937, y hasta entonces ni siquiera se había regulado. Ésta Orden fue derogada por la ley de 1958 que trata de revitalizar el sistema y en la que se trata el acogimiento como el objeto para el cuidado y atención de niños huérfanos abandonados o padres desconocidos.

A pesar de este intento, sigue existiendo un escaso interés en un sistema de protección al menor a diferencia del Derecho comparado y legislaciones como la catalana.

Mejora la situación con la reforma de 7 de julio de 1970 por introducir la posibilidad de convertir la adopción simple en plena y limitando la edad de adopción a los 30 años, aunque no cuida la esencia de la adopción, lo que hace aumentar el progreso de trata de niños.

- Por fin llega la Constitución Española de 1978, que establece en su artículo 39<sup>14</sup> la intención del legislador mediante este artículo de establecer un sistema público de

---

12 Como tendencia sociológica, política, ideológica, filosófica,... que otorga primacía al individuo respecto de la colectividad.

13 Acto de recibir como hijo propio a quien no lo es por naturaleza.

14 "1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

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

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

protección de menores de carácter global. A partir de él y para el cumplimiento de este mandato se ha ido aprobando toda la legislación.

En el artículo se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. De tal forma que nombra el concepto de familia pero no lo define, lo cual no es nada fácil puesto que no es una realidad estática, sino que, ha sufrido continuas transformaciones, en su forma y en sus funciones desde sus orígenes.

Pero sí podríamos definir la familia como la institución jurídico privada en la que se llevan a cabo unas relaciones de paternidad, maternidad y filiación, de tal forma que no hay una única clase de familia.

También se establece en este artículo la obligación de los padres de proteger a los hijos y asegurar que todos sean iguales con independencia de su filiación<sup>15</sup>, por tanto tiene que existir una protección especial a los menores de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

- Una nueva reforma se produce con la Ley 11/1981 que equipara la filiación biológica e incluye como uno de los supuestos de extinción de la patria potestad, la adopción.
- Pero la mayor reforma en materia de protección al menor se produce con la reforma del Código Civil llevada a cabo mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

Trata de cambiar esta situación para dar un tratamiento adecuado en los casos de desamparo, como maltrato y abandono para que exista un correcto marco de atención y cuidado para evitar de una vez por todas el tráfico de niños.

Se configuran el acogimiento y la adopción como instrumentos de integración familiar, hay una mayor intervención del Ministerio Fiscal que tiene la función de superior vigilancia de la tutela, acogimiento y guarda del menor.

Las Entidades Públicas con esta reforma tienen unas nuevas funciones: iniciaran los expedientes de adopción mediante la propuesta previa, tramitación, judicialización y designación de entidades colaboradoras. También se instaura un principio de control administrativo de las adopciones para garantizar la idoneidad de los adoptantes.

---

4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*"

15 Relación de parentesco entre padres e hijos.

Otro cambio es la modificación los requisitos de edad y diferencia de años entre adoptante y adoptado, se equiparan los matrimonios y las uniones de hecho, y la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica.

Por tanto, supuso una transformación en profundidad del derecho de familia, incorporó novedades en relación a la adopción y otras formas de protección de menores como la desaparición del concepto de abandono para ser sustituido por desamparo o la incorporación de la figura de la tutela de la entidad pública por ministerio de la ley cuando un menor está en situación de desamparo.

En cuanto a la figura del acogimiento pasa a tener rango legal y se incorpora al Código Civil para tratar de unificar y difundir este medio de protección y así potenciarlo.

- La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil, supuso la adecuación del ordenamiento jurídico a las transformaciones sociales mediante una división de la ley en dos bloques, uno en la que se recogen los derechos del menor, aunque de manera insuficiente, y otro sobre actuaciones en situación de desprotección social del menor con la introducción del concepto de riesgo, aunque sin definición, cuando existe un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad como para separar al menor del entorno familiar, pero sí necesita una intervención administrativa preventiva, asistencial e integradora.

También se realiza una distinción de dos tipos de acogimiento: el familiar cuando el menor es acogido por la propia familia extensa del menor, y residencial cuando se realiza en un centro de acogida. Otra importante novedad de esta ley es la distinción entre acogimiento familiar simple, permanente o pre-adoptivo.

Estas dos últimas leyes están fuertemente influenciadas por textos internacionales basados en la protección de los menores, principalmente por la Declaración Universal de los Derechos del Niño de Nueva York 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en Nueva York.

### **1.3. Marco Jurídico Autonómico:**

Dentro de la normativa de las Comunidades Autónomas, cada una de ellas tiene plenas competencias en materia de asistencia social por la atribución de ésta en el art. 148.1 de la Constitución española. Voy a fijar mi estudio en Castilla y León, Madrid y Cataluña por razones de cercanía, importancia y comparación.

En Castilla y León:

- En primer lugar encontramos en el Estatuto de Autonomía, Ley Orgánica 4/1983,

de 25 de febrero, en su artículo 70.10<sup>16</sup> que establece las competencias exclusivas la materia.

- Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León. Esta ley se crea para contribuir en la eficacia de la acción protectora y garantizar a los niños y adolescentes de Castilla y León el ejercicio y desarrollo de todos los derechos que les corresponda, la calidad de vida y el bienestar social. De tal forma que se aborda la protección de una forma extensa y pormenorizada, con un principio básico que es la capacidad de los menores de participar activamente en la sociedad, facilitando la autonomía, el desarrollo pleno y la integración normalizada.

Por otro lado, la ley declara como prioritarias las actuaciones de prevención para evitar la desprotección, mediante la agrupación por áreas de las medidas que según las necesidades que cada caso precise. Además esta ley pretende potenciar la promoción, selección y formación de acogedores, puesto que proclama la utilización del acogimiento familiar como preferente.

Esta ley es la encargada en Castilla y León de la protección, y a partir de ésta se ha organizado un programa de intervención familiar en situaciones de desprotección infantil según el objetivo general. Los Programas de intervención serán:

- Programa de Preservación: Mediante este programa se trata de evitar la separación del menor de su entorno familiar, pudiendo ser atendidos adecuadamente en él a pesar del riesgo evaluado. También se encuentran en este programa los que vayan a insertarse en la familia extensa y los que vuelven con su familia biológica tras un acogimiento familiar.
- Programa de Separación Provisional-Reunificación: en este programa el menor se separa de su familia pero se trata de establecer las condiciones para que regrese a ella salvaguardando la seguridad e integridad del menor.
- Programa de Separación Definitiva de la familia de origen: Se incluirán menores cuya seguridad y bienestar no puedan ser garantizadas por sus padres, cuando la naturaleza de la situación de éstos o los resultados infructuosos de los intentos realizados para modificarla indiquen la irreversibilidad a medio o largo plazo. Se promueve entonces la integración del menor en un núcleo familiar estable y diferente.

---

16 “Asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario. Promoción y atención de las familias, la infancia, la juventud y los mayores. Prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad, la dependencia o la exclusión social. Protección y tutela de menores”.



- Programa de emancipación o preparación para la vida independiente: El objetivo es dotar al menor de habilidades necesarias para llevar una vida autónoma e independiente plena. En este programa se encuentran menores que tienen 14 años y están separados de sus padres, guardadores o tutores, a partir de 14 años, y no se prevé el retorno con su familia biológica, ni la integración en otra familia antes de ser mayor de edad.
- Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León. Fue la Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales la encargada de configurar el Sistema de Acción Social de Castilla y León con el objeto de mejorar la calidad de vida y del bienestar social de los ciudadanos de la Comunidad y consiguió estructurar racionalmente los servicios sociales, con la intensa participación de los ciudadanos y la iniciativa social.

Con la Ley de 2010 se configuró el derecho a las prestaciones esenciales del sistema de servicios sociales como un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos, fundamentado en los principios de universalidad e igualdad y con la finalidad de proporcionar una cobertura adecuada e integral de las necesidades personales básicas y de las necesidades sociales.

Además se pretende la unificación de los procedimientos e instrumentos de acceso al sistema, la simplificación de trámites y una mayor celeridad en la resolución. En el caso de los menores, a través de los Centros de Acción denominados CEAS<sup>17</sup>, se les da una protección especializada, su estudio se desarrollará a lo largo del trabajo.

En la Comunidad de Madrid:

- El Estatuto de Autonomía de la comunidad de Madrid de 1983, en su artículo 28.1.2<sup>18</sup> atribuye la función legislativa en materia de Asistencia Social para la protección del menor.

---

17 Centros de Acción Social básicos del Sistema de protección para personas con cualquier situación de necesidad social, organizado según las llamadas “Zonas de Acción Social”.

18 1. *Corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:*  
1.2. *Gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: IMSERSO. La determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario y la financiación se efectuarán de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en la materia 17ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

- La Ley 6/1995 de 28 de marzo de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia establece un sistema de garantías de atención y protección, en ella se recogen los principios y procedimientos para la protección social y jurídica de los niños y niñas.

En Cataluña se da una situación más dispersa con un gran catálogo de leyes en materia de protección de menores:

- El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 asumió los servicios de protección a la infancia mediante el artículo 9.28<sup>19</sup>.

El artículo 17 reconoce el derecho del menor de edad a recibir la atención integral necesaria para desarrollar su personalidad en un contexto familiar y social, y a partir de él se fueron desarrollando leyes en materia de menores.

- La ley 11/1985 de 13 de junio, de protección de menores que fue la primera Ley dictada por el Parlamento de Cataluña sobre la materia. Se estructura mediante una actuación en tres ámbitos: por un lado la prevención de la delincuencia infantil y juvenil, por otro su tratamiento y por último la tutela en los casos de desamparo.
- La ley 37/1991 de 30 de diciembre sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción de una forma novedosa regulando ésta figura por vez primera, y autónoma puesto que se basa única y exclusivamente en materia específicamente civil.

Esta ley presenta un problema puesto que al basarse en materia civil con normas protectoras, no se regule el comportamiento delictivo de menores, lo que lleva a que en caso de delincuencia infantil y juvenil no se aplique la normativa protectora. Lo más importante de ésta Ley es el novedoso principio de legitimación administrativa de la intervención mediante funciones tutelares sin decisión judicial.

Además ésta Ley diferencia acogimiento simple de acogimiento pre adoptivo.

- La ley 8/1995 de 27 de julio de atención y protección de los menores y los adolescentes y modifica la ley 37/1991 tipificando infracciones para contener un ámbito sancionador. Esta Ley incorpora la filosofía de la Convención de Derechos del Niño de 1989 de tal forma que trató de fijar un sistema general catalán de asistencia a los menores y protección de sus derechos mediante un catálogo de derechos del menor.

---

19 *“La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Instituciones públicas de protección tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria”.*

- La ley 9/1998 de 15 de julio del Código de Familia que incorpora aspectos novedosos en cuanto a la adopción de menores y la declaración de desamparo.
- La Ley 27/2001 de 31 de diciembre de justicia juvenil, que regula las funciones de la Administración catalana. Y la Ley 8/2002 de 27 de mayo sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción, y de la regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social
- La Ley 18/2003 de 4 de julio e apoyo a las familias que establece las medidas para el desarrollo de una verdadera política de apoyo y protección a las familias.
- La ley 14/2010 de 27 de mayo de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia. Antes de esta ley existía un problema en las situaciones de desprotección puesto que todas ellas se reconducían al desamparo y los tribunales reconocían las situaciones de riesgo por decisión más arbitraria y unilateral, por tanto la normativa no se adaptaba a la realidad social.

Esta Ley distingue por un lado los casos de riesgo en los que intervendrán las Entidades públicas locales, y los de desamparo en el que las Entidades competentes son las autonómicas.

Con excepción de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil, foral o especial, la reforma afecta a todo el territorio nacional de tal forma que quedan derogadas las legislaciones autonómicas que se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto tanto en la Ley Orgánica 8/2015 como la Ley 26/2015.

Es un proceso de adaptación complejo para el cuál las Comunidades Autónomas deberán llevar a cabo una nueva regulación, además de que se habilita al Gobierno para que fomenta junto con éstas el establecimiento de criterios comunes y mínimos en la aplicación de la reforma.

En cuanto el régimen transitorio<sup>20</sup>, los procedimientos judiciales, los procedimientos administrativos de desamparo, guarda, acogimiento y adopción iniciados antes de la entrada en vigor de las leyes, se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio. Aunque podría resultar que por razones del interés superior del menor de deba aplicar el nuevo sistema.

---

<sup>20</sup> Régimen establecido para que en el cambio de legislaciones, la ley nueva no entre en colisión con la antigua.

**CAPITULO II**  
**SUJETOS E INSTRUMENTOS EN EL SISTEMA DE**  
**PROTECCIÓN DE MENORES**

## 2.1. Sujetos

### 2.1.1. El menor

El artículo 12 de nuestra Constitución dice *“los españoles serán mayores de edad a los 18 años”*.

El artículo 315 del Código Civil dice: *“la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos”*.

Por tanto, a este estado civil pertenecerá quien no haya cumplido éstos 18 años, así pues se sigue el criterio de edad. Pero a pesar de ello, el menor es un sujeto independiente que precisa de una mayor protección por sus circunstancias y que tiene unos derechos y deberes.

Hasta entonces existe una patria potestad y no hay una plena capacidad de obrar<sup>21</sup> del menor sino que está limitada.

El artículo 162 del Código Civil dice: *“los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación de sus hijos no emancipados”*.

De éste artículo surge un nuevo sujeto: el menor emancipado. La emancipación se da en los menores de entre 16 y 18 años que pueden disponer de su persona y sus bienes de una forma semejante al mayor de edad, salvo materia de préstamos, gravar o transmitir bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, ni bienes de extraordinario valor sin el consentimiento de los padres o tutores por razones de responsabilidades que puedan surgir de sus actuaciones.

Las causas de emancipación son:

- Mediante Escritura Pública ante Notario e inscrito en el Registro Civil, cuando se concede por parte de quien ostente la patria potestad del menor y éste esté de acuerdo.
- Cuando el menor vive de forma independiente cumplidos los 16 años y con el consentimiento de los que ostenten la patria potestad pero mediante concesión judicial de “beneficio de mayoría de edad”.
- Por matrimonio, si son ambos contrayentes menores se precisará del consentimiento de los que ostenten su respectiva patria potestad, aunque cuando una la de las personas es mayor de edad bastará con que ambos consientan.

---

<sup>21</sup> Cualidad jurídica o capacidad de la persona que determina la eficacia de los actos según estado civil.

- Por concesión judicial cuando solicitado por el mayor de 16 años y menor de 18, cuando los padres viviesen separados, o conviva o se case quien ejerce la patria potestad con otra persona distinta a su progenitor, y cuando exista una causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

A pesar de ello, al menor se le reconocen otras potestades sin precisar dichas edades. Por ejemplo, la ley reconoce independencia del criterio del menor en el testamento a partir de los 14 años.

A los 12 años se reconoce el derecho de dar su consentimiento para su adopción o acogimiento ante el juez, e incluso si tuviese suficiente madurez aún con una edad menor, el derecho a ser oído. Al igual que en los casos de separación, nulidad o divorcio.

Dentro de los menores, en particular los hijos tienen una serie de deberes derivadas del artículo 155 del Código Civil: obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre, y contribuir equitativamente y según sus posibilidades, al levantamiento de cargas de la familia mientras convive con ella.

Estos deberes deben ir regidos por el principio de equidad recogido en el artículo 3.2<sup>22</sup> del Código Civil para que los Tribunales ponderen según cada caso concreto circunstancias, posibilidades, madurez y necesidad.

#### *2.1.2. Las personas que ostentan la patria potestad*

El artículo 154 del Código Civil, modificado con la reforma, dice que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y la madre, tanto biológicos como adoptivos. Esa potestad será el conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a estas personas sobre los hijos y los bienes de éstos y se ejercerá siempre en interés del hijo, de acuerdo con su personalidad. Con la modificación varía en la palabra “interés” antes llamada “beneficio”, dando la importancia a este concepto que le da el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas nº 13 de 2011.

Este criterio de ejercicio de la patria potestad es un criterio proteccionista que como ya he dicho va a tener reflejo en todo el sistema de protección de menores y también, en todas las medidas judiciales, como la separación, divorcio o nulidad de quienes ejercen esa patria potestad.

Los deberes y facultades de los padres serán: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y representarlos y administrar sus bienes.

---

<sup>22</sup> “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

Todo ello para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben y el deber de los padres de educar, mantener y proteger los intereses de los hijos mientras son incapaces. De esta manera existirá una institución estable en beneficio de los hijos para el interés del Estado y la familia, esta importancia social, hace que el poder público tenga el derecho de vigilar, corregir e incluso en ocasiones suplir esa patria potestad.

Debido a la gran importancia de esta institución se habla de “derecho-función” de la patria potestad. Por tanto no es un ejercicio meramente facultativo para su titular, sino obligatorio e imprescriptible como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18, el 23 de Octubre de 2008.

Este deber de patria potestad constituye incluso delito en caso de abandono de familia art. 226<sup>23</sup> del Código Penal, cuando existe la omisión de deberes asistenciales<sup>24</sup> inherentes a la patria potestad, tutela o patrimonio. Como para poner un ejemplo la Sentencia nº 730/2011 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 12 de Julio de 2011.

El artículo 156 del Código Civil dice que esta patria potestad se ejercerá conjuntamente por padres y madres, progenitores, o por un solo de ellos con el consentimiento tácito o expreso del otro. Pero serán válidos por supuesto, los actos de uno de ellos conforme al uso social y circunstancias, además de las situaciones de urgente necesidad.

En caso de que vivan separados los progenitores se realizará según se haya atribuido el cuidado del hijo, en caso de desacuerdo será el juez quien decida con la audiencia de ambos, y también del hijo si tuviera suficiente madurez, y en todo caso si fuera mayor de 12 años.

En caso de un hijo de un menor no emancipado, según el artículo 157 del Código Civil, la patria potestad se llevará a cabo por él y la asistencia de sus progenitores o tutor, y en caso de desacuerdo será el Juez quien decida según el interés del menor por supuesto.

Otros artículos reformados y relacionados con el tema de la patria potestad son los 160 y 161. En ambos casos se produce una modificación en cuanto a la potestad que se da a la Entidad Pública.

En el 160<sup>25</sup> se iguala potestad entre la resolución judicial y la resolución de la Entidad Pública para disponer el derecho a relacionarse los progenitores con los hijos. Y en conjunto con el 161 dice que, la Entidad pública del respectivo territorio encomendada par

---

23 *“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, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses”.*

24 Son deberes legales de asistencia inherente a la patria potestad, la tutela y la guarda o acogimiento familiar tanto a menores como incapacitados.

la protección de los menores, tienen la potestad de regular las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes respecto de los menores en situación de desamparo.

También se da la posibilidad de oponerse a éstas resoluciones administrativas por el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal ampliando también las facultades de este último. En caso de suspensión del régimen de visitas y comunicaciones siempre será por justa causa y por el interés superior del menor.

La suspensión de la patria potestad:

Es la privación, en el ámbito personal, del conjunto de facultades y obligaciones que tienen los padres, tutores o curadores respecto de sus hijos menores no emancipados.

Y digo en el ámbito personal puesto que en el económico no hay una privación absoluta de facultades en cuanto a que a pesar de la suspensión de la patria potestad o la tutela, los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él serán válidos.

La guarda por parte de una Entidad Pública no priva de la titularidad de la patria potestad o de la tutela, pero sí del ejercicio de algunos deberes que son asumidos por la entidad pública y lo encomienda a familias de acogida o centros de internamientos de menores.

Cuando sean los propios padres los que soliciten voluntariamente a la entidad pública competente la guarda del menor por circunstancias graves que puedan llevar a la situación de desamparo, ésta asumirá su guarda durante el tiempo necesario informando a los padres sobre sus responsabilidades, efectos y variaciones.

También se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. A los padres o tutores se les notificará e informará en un plazo de cuarenta y ocho horas de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los efectos.

Por tanto habrá una coexistencia entre patria potestad o tutela ordinaria y tutela pública.

Durante los dos años desde la notificación de desamparo y por tanto de la suspensión de la patria potestad, los padres podrán solicitar el cese de ésta y la revocación de la declaración de desamparo si entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o también oponerse a las decisiones que se tomen respecto a la protección del menor.

---

25 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.



Pasado este plazo decaerá el derecho de solicitud pero sí podrán facilitar información a la entidad pública o al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

El Código civil dice en su artículo 171, que se extinguirá por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, la emancipación, la adopción del hijo y por sentencia judicial privándolos de ella. Y en caso de un incapacitado, además de los supuestos anteriores, por declararse la cesación de incapacidad y por producirse el matrimonio del incapaz.

### *2.1.3. Entidad Pública:*

Son los organismos del estado, de las Comunidades Autónomas o de las propias Entidades Locales, incluso asociaciones o fundaciones privadas reconocidas como colaboradoras habilitadas por las Comunidades Autónomas con un régimen de inspección y control por parte de éstas, y que tienen como finalidad la protección de menores.

Los nuevos textos legales cambian la terminología de sus expresiones, una de ellas es la de Entidad Pública en relación a la Entidad pública de protección de menores competente territorialmente como institución.

Es un instrumento de protección al menor, el cuál actúa como tutora y por tanto administradora legal del patrimonio del menor como un buen padre de familia.

El artículo 222 del Código Civil dice que las personas sujetas a tutela son:

- Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- Los incapacitados cuando la sentencia judicial así lo establezca.
- Los sujetos a patria potestad prorrogada, salvo que proceda la curatela.
- Los menores en situación de desamparo.

Por tanto, la consecuencia de la declaración de desamparo del menor es la retirada del menor de su núcleo familiar y por tanto está obligada a velar por el tutelado, mediante lo que se llama “tutela automática<sup>26</sup>”, procurarle alimentos, educarle y darle una formación integral, promover la mejor inserción en la sociedad e informar al Juez sobre la situación, medidas tomadas en relación a él y rendir cuentas de su patrimonio.

Una de las principales modificaciones de la reforma, como ya hemos visto en el apartado

---

<sup>26</sup> Tutela que asume la Entidad Pública y que produce la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

anterior, son las potestades que se da a la Entidad Pública, puesto que ya no solo se declara en situación de desamparo mediante resolución judicial sino también administrativa por parte de éstas.

Tras la declaración y la separación del núcleo familiar se tomará la decisión de si institucionalizar al menor mediante acogimiento residencial o realizar un acogimiento familiar, prácticamente obligatorio tras la reforma para menores de 6 años y más reglada en menores de 3, puesto que ambas figuras se simplifican con la reforma. En ninguna de las dos modalidades será preceptiva la intervención judicial.

Además la Entidades Pública también tiene la potestad de acordar estancias, salidas de fin de semana, vacaciones, visitas, comunicaciones,... con familias de origen, alternativas o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento.

Y en los casos de desamparo o guarda voluntaria de los progenitores, incluso puede fijar una cantidad a abonar por los mismos en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención al menor, y los derivados de la responsabilidad civil<sup>27</sup> que pudiera imputarse a los menores por sus actos.

#### *2.1.4. El Ministerio Fiscal*

El Ministerio Fiscal es la institución encargada de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público. Por tanto, esta institución asume una gran parte de competencias en la protección de menores y para su defensa.

Mediante la reforma se precisan las funciones del Ministerio Fiscal y a la vez se concretan las obligaciones de la Entidad Pública y las Administraciones para con él.

El Ministerio Fiscal tiene la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, al menos semestralmente como establece el art. 174<sup>28</sup> del Código Civil. A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

---

27 Es la extensión del art. 1.903 del CC por el cuál la responsabilidad causada por actos ilícitos de los menores es asumida por quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda.

28 *“El Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias. No obstante, la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe”.*

Mediante este último artículo se establece la vigilancia de la Entidad Pública que se lleva a cabo de forma general y directa, y del Ministerio Fiscal de forma especial y superior.

Está claro que la reforma da nuevas facultades a la Entidad Pública, pero también al Ministerio Fiscal, el cuál al igual que ésta, puede llevar a cabo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria pero como novedad también podrá privar de la patria potestad y remoción de la tutela<sup>29</sup>.

Otra facultad que se da al Ministerio Fiscal es la de, pasado el plazo de dos años en que los progenitores o tutores pueden solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten en relación con el menor, solo el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a las resoluciones de la Entidad Pública.

#### 2.1.5. Acogedores y acogidos

Por primera vez a nivel nacional, ya que algunas comunidades autónomas sí lo contenían, mediante esta ley se definen los criterios de adecuación de los acogedores. Esto sirve para una mejor valoración de la adecuación de las familias que quieren ser acogedoras, teniendo en cuenta la situación familiar y aptitud educadora, la capacidad para atender las necesidades del menor o menores, la congruencia entre la motivación y naturaleza y finalidad del acogimiento, la disposición para facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual y si existiera del de reintegración familiar, y cuando sea preciso, se valorará la adecuación de la edad de acogedores y acogido/os y si existiera también la relación previa entre ellos.

El modificado artículo 173 del Código Civil dice que se requerirá para el acogimiento el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y en todo caso, si fuera mayor de doce años. Por tanto ya el mismo habla de dos sujetos, el propio menor y el/los acogedor/es. Por supuesto se precisa también del consentimiento de la Entidad Pública.

Pero voy a especificar un poco más puesto que diferenciamos dos tipos de acogimientos, el residencial y el familiar. Además en el familiar puede darse en la familia extensa del menor y en familia ajena que podrá ser incluso especializado en este último caso. Por tanto según que acogimiento existirán unos determinados sujetos.

En caso del acogimiento residencial, se produce una especie de guarda-tutela en la que el Director del Centro será el responsable de todo lo que ocurra en la institución y por tanto, el “acogedor” de los menores. Las entidades que pueden constituir el acogimiento son: las

<sup>29</sup> Artículo 247 “Serán remonidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados”.

entidades públicas que son organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, como ya he explicado, a los que corresponde la protección de los menores según territorio. Pero también las instituciones colaboradoras que realizan funciones de guarda y de mediación.

También existen unos centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, los cuáles se regirán por la Ley Orgánica por la restricción de libertades o derechos fundamentales que se producen.

Los requisitos para el ingreso de los menores serán: la situación de guarda o tutela de la Entidad Pública y que se hayan diagnosticado con problemas de conducta y motivado por necesidades de protección y valoración psicosocial.

El acogimiento familiar se llevará a cabo por personas que puedan proporcionar al menor la integración en una vida familiar, artículo 172 y 173 del Código Civil modificados por la reforma. Los requisitos por así entenderlo de los artículos del Código Civil son: la capacidad de obrar plena y la mayoría de edad.

Ha sido muy discutido el tema de si las personas solteras podrían ser acogedoras puesto que se habla de vida familiar, y puede que no se les considere sujetos hábiles para ello. En mi opinión creo que una persona sola puede velar por un menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una protección integral en un entorno afectivo y con una plena vida familiar, obligaciones que emanan del artículo 173.1 para ser acogedor.

En el caso el acogimiento especializado, un miembro de la familia ajena tiene que disponer de cualificación, experiencia y formación para desempeñar la función del cuidado de menores con necesidades especiales, al que dedicarse de forma plena y por el que recibirá la correspondiente compensación económica, pero sin suponer en ningún caso una relación laboral.

La familia extensa será algún miembro familiar del propio menor. Este tipo de acogimiento es el más extendido, puesto que se utiliza para resolver un problema dentro del núcleo familiar, pero en determinados casos no se resuelve sino que se prolongan situaciones inadecuadas para el menor y se produce un entorpecimiento de la integración estable y permanente.

Los acogidos podrán ser todos los menores en guarda o tutela de entidades públicas.

#### *2.1.6. Adoptantes, adoptandos y la nueva figura del guardador con fines adoptivos*

En la institución de la adopción hay numerosos cambios tras la reforma. Voy a redactarlos artículo tras artículo.

En el art. 175 y en relación con la capacidad de los adoptantes, se establece que la adopción requiere que el adoptante sea mayor de 25 años, por tanto sin cambios en esa edad mínima.

Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el art. 176.2<sup>30</sup>.

En este caso sí varía puesto que la diferencia mínima antes era de catorce años. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en el propio Código Civil.

El artículo 175.2<sup>31</sup> también modificado puesto que la anterior legislación no hablaba del año de convivencia sino que exigía una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años.

El artículo 175.3<sup>32</sup> sigue exactamente igual.

---

*30 Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.*

*No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

- *1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.*
- *2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.*
- *3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.*
- *4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado.*

*31 “Se precisa que únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.”*

*32 “No puede adoptarse a un descendiente, a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.”*

Tampoco cambia la prohibición de que nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 179, será posible una nueva adopción del adoptado.

Se incluye un nuevo apartado número 5 de este artículo en el que se recoge el supuesto de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

El artículo 176 bis introduce «ex novo» la guarda con fines de adopción, y por tanto unos nuevos sujetos, los guardadores. La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el art. 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

La Entidad Pública delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

En relación a los consentimientos en el procedimiento de adopción, la modificación del art. 177 del Código Civil añade, entre quienes deben asentir a la adopción, a la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

Por otra parte, con el fin de dar coherencia al sistema, se señala que, sin perjuicio del derecho a ser oídos, no será necesario el asentimiento de los progenitores para la adopción cuando hubieran transcurrido dos años sin ejercitar acciones de revocación de la situación de desamparo o cuando habiéndose ejercitado, éstas hubieran sido desestimadas.

En cuanto a la adopción internacional, los sujetos intervinientes son más complejos puesto que se amplían los posibles intervinientes y se precisa del reconocimiento en España de la

adopción constituida por autoridades extranjeras. Se precisará de la no vulneración del orden público y de que se haya constituido por autoridad extranjera competente.

Las personas que se ofrecen para la adopción podrán contratar los servicios de intermediación de cualquier organismo acreditado por la Administración General del Estado.

Incluso los Cónsules<sup>33</sup> podrán constituir adopciones en el caso de que el adoptante sea español, el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente y no sea necesaria propuesta previa de la Entidad Pública, siempre que el estado local ni su legislación se oponga.

## **2.2. Instrumentos de protección Jurídica**

### *2.2.1. Situaciones de desprotección*

Se puede definir la situación de desprotección como el supuesto de hecho o causa que motiva el inicio del procedimiento por el cual el sistema público de protección de menores se pone en marcha.

Según la gravedad del caso que se encuentra el sistema público se distinguen dos situaciones: de riesgo y de desamparo. Entre ellas hablaré de la institución de la guarda puesto que analizaré jurisprudencialmente sobre la importancia de ésta figura respecto al desamparo.

### *2.2.2. Situación de riesgo*

El artículo 17 de ley anterior a la reforma establecía las situaciones de riesgo como las que perjudicaban el desarrollo personal o social del menor sin separarle del entorno familiar. Por tanto, no se definía la situación como tal, sino que se dejaba con un amplio margen de actuación.

Pero sí conllevaba los tres elementos definatorios: por un lado, el perjuicio del desarrollo personal o social del menor, que la causa del perjuicio derive de circunstancias personales, familiares o influencias de su entorno, y que la situación no alcance la gravedad que justifique la separación del núcleo familiar, apareciendo como elemento relevante la preservación familiar, por lo que estaríamos trabajando con una medida enmarcada dentro

---

<sup>33</sup> Lo que se llama adopción consular para tratar de facilitar al adoptante español la adopción. En la práctica no es muy habitual.

del ámbito de la prevención cuyo objetivo fundamental es intervenir para garantizar el bienestar del menor dentro de su propia familia.

Hasta la presente reforma, algunas Comunidades Autónomas dictaban declaraciones de riesgo social mediante resolución administrativa y otras no, de tal forma que las competencias variaban según incluso municipios, ahora serán las Comunidades Autónomas las encargadas mediante resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tuviese suficiente madurez y en todo caso a partir de los doce años.

En Cataluña por ejemplo, la Ley 14/2010 de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia establece los supuestos que constituyen situaciones de riesgo en su art. 102.2:

- A) La falta de atención física o psíquica del menor que conlleve un perjuicio leve para su salud física o emocional.
- B) La dificultad para dispensar la atención física y psíquica adecuada al menor.
- C) El uso del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin ser grave, perjudique su desarrollo.
- D) Las carencias que no puedan ser compensadas ni impulsadas en el ámbito familiar que puedan conllevar la marginación, la inadaptación o el desamparo del menor.
- E) La falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo o el abandono escolar.
- F) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, cuando anteponen sus necesidades a las del menor.
- G) La incapacidad o imposibilidad de controlar la conducta del menor que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.
- H) Las prácticas discriminatorias contra las niñas, que comporten un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de padecer ablación o mutilación genital femenina y violencia.

En Castilla y León, el art. 48<sup>34</sup> de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia también enumera una lista abierta de situaciones muy semejantes.

---

34 **a)** *La falta de atención física o psíquica del menor por parte de sus padres, tutores o guardadores que suponga perjuicio leve para su salud física o emocional, descuido no grave de sus necesidades principales u obstaculización para el ejercicio de sus derechos, cuando se estime, por su naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.*



Y en la Comunidad de Madrid no se encuentran recogidas como tal las actuaciones en los casos de riesgo de menores.

La complejidad de las diversas legislaciones se hace patente, de ahí que la reforma haga al fin una definición de esta situación en el nuevo artículo 17,1<sup>35</sup> mucho más extenso en comparación con el anterior.

La intervención de la Administración Pública se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar en aras del interés superior del menor.

Para evitar la declaración de situación de riesgo del menor se elabora un proyecto de intervención social, educativa y familiar art. 17.4 de la nueva ley, que recoge los objetivos, actuaciones, recursos y plazos con la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores por la preferencia de las medidas consensuadas a las impuestas.

La concurrencia de carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.

Otro indicador es tener un hermano declarado en situación de desamparo salvo que las circunstancias hayan cambiado de forma evidente.

La negativa a la suscripción del proyecto o la no colaboración posterior en el desarrollo y ejecución del mismo, conlleva la declaración de la situación de riesgo mediante resolución

*b) La dificultad seria que las personas referidas en el apartado anterior tengan para dispensar adecuadamente al menor la referida atención física y psíquica, no obstante su voluntad de hacerlo, cuando ello suponga los efectos descritos en dicho apartado.*

*c) La utilización del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.*

*d) Las carencias de todo orden que, no pudiendo ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde éste para su tratamiento a través de los servicios y recursos normalizados, conlleven, no obstante su incipiente o levedad, un efecto prodrómico, desencadenante o favorecedor de la marginación, la inadaptación o la desprotección del menor.*

*e) Cualesquiera otras de las contempladas en el artículo anterior que, de persistir, pudieran evolucionar y derivar en desamparo del menor.*

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

administrativa motivada por la Administración Pública competente previa audiencia a los interesados y al menor si tiene suficiente madurez y en todo caso a partir de los 12 años. Frente a la resolución se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Antes de la reforma, una situación de riesgo no determinaba el inicio de un procedimiento formal, sino que ponía el marcha la actuación de los servicios básicos sociales que valoraban la situación y tomaran las medidas precisas de atención social para disminuir o eliminar la situación. Pero ahora la situación de riesgo sí marca un procedimiento formal por parte de la Entidad Pública.

En caso de estarse desarrollando la intervención ante una situación de riesgo y se tenga noticia de que el menor va a ser trasladado a otra entidad territorial, la Administración de origen pondrá en conocimiento de la de destino la situación para que ésta continúe, en caso de desconocer el paradero, se solicitará auxilio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Si concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención o convenio no se han conseguido los objetivos de éste, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal a fin de que valore la procedencia declarar situación de desamparo.

Si la Entidad pública considera que no procede, se pondrá en conocimiento de la Administración que haya intervenido y el Ministerio Fiscal que supervisará la situación del menor.

Entre las situaciones de riesgo se prevén dos de especial importancia:

- posible riesgo prenatal, para evitar la posible declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. La administración pública competente adoptará medidas de prevención, intervención y seguimiento en situaciones de posible riesgo prenatal, entendidas estas: la falta de cuidado físico de la gestante, consumo de sustancias con potencial adictivo, otras acciones de la mujer o de terceros tolerada por ella que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al hijo.

- los tratamientos médicos no consentidos por sus progenitores u otros responsables contrario a la vida o a la salud del menor. Éstas decisiones se deberán poner en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para que se adopte la resolución correspondiente, salvo por razones de urgencia en que no fuera posible la autorización judicial en que los profesionales sanitarios adoptaran las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente, amparados por el cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

### 2.2.3. *Guarda:*

Es una medida de protección del menor de carácter temporal o transitorio cuando se dan circunstancias graves de forma puntual como una enfermedad, falta de medios económicos, ausencia, condena penal,...

La diferencia fundamental con la tutela, es que la guarda no priva de la titularidad de la patria potestad o de la tutela, pero sí del ejercicio de algunos deberes que son asumidos por la entidad pública y lo encomienda a familias de acogida o centros de internamientos de menores<sup>36</sup>.

Esta protección se realiza por las Comunidades Autónomas bien a petición de los propios padres o tutores o bien por el juez en casos tasados en ley.

Se realiza mediante escrito en el que se informa a los padres o tutores de sus responsabilidades delimitándose estrictamente las funciones que tendrán tanto ellos como los acogedores.

Existen diferentes tipos de guardas:

- **Guarda de hecho:** se trata de una situación derivada de una declaración de desamparo por la que se suspende o se priva de la patria potestad o remoción del tutor, y el menor queda bajo el cuidado de personas no titulares de la patria potestad o tutela.

Y en su caso la tutela de los menores corresponderá a la Entidad Pública, aunque se nombrará a un tutor conforme a las reglas ordinarias según el interés del menor. Están legitimados a solicitar el nombramiento de tutor: el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública, los llamados al ejercicio de la tutela y el guardador, como novedad de la reforma.

- **Guardia voluntaria:** se produce por la solicitud de los padres o tutores que no pueden cuidar del menor por circunstancias graves y transitorias, y como consecuencia la Entidad Pública asume la guarda del menor durante el tiempo necesario para superar la situación que lo motivó.

Nunca este plazo será superior a dos años salvo que el interés del menor así lo aconseje. Tras este periodo habrá dos opciones para con el menor, si la situación de los progenitores o tutores no prospera será declarado en situación de desamparo, y si por el contrario se dan las circunstancias adecuadas se producirá la vuelta al hogar.

---

36 Su finalidad es cumplir una medida judicial impuesta a menores infractores, pero a través de un modelo socio-educativo de intervención, bien en régimen cerrado, semiabierto o abierto.

- Guarda judicial: es una de las medidas de protección inmediata que puede acordar el Juez en procesos penales, en un expediente de jurisdicción voluntaria o procesos civiles para la protección del menor que se pueda encontrar en peligro o para tratar de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente terceros.

En este caso, el Juez ordena la guarda a terceras personas, normalmente familiares o bien la Entidad Pública.

- Guarda provisional: es una innovación en cuanto a la modificación en el Código Civil por la mención a la atención inmediata a menores sin declaración previa de desamparo ni solicitud de los progenitores ni tutores para llevar a cabo una guarda mientras se llevan a cabo las diligencias e investigaciones precisas acerca de las circunstancias del menor.

Se realiza mediante resolución administrativa por la Entidad Pública, la cual se notificará a los padres o tutores y se comunicará al Ministerio Fiscal.

No se trata de asumir la tutela por parte de la Entidad Pública sino solo de la guarda mediante bien un acogimiento familiar o residencial.

El plazo será el más breve posible interpretado como el mínimo para que no se produzcan dilaciones en la adopción de medidas más adecuadas para el menor. Además los progenitores y tutores tienen un plazo de dos meses para poner el recurso a la resolución administrativa de guarda provisional.

La guarda cesará: por las mismas causas que la tutela artículo 172.5 CC, por la declaración de desamparo del menor con el consiguiente nombramiento de tutor, y por la reintegración del menor en su familia o tutor.

La novedad de la reforma y rasgo común entre guarda y desamparo es el Plan individualizado de protección obligatorio para todo menor en ésta situación. Este Plan recogerá los objetivos, plazos y medidas, además de en caso de posibilidad de retorno a la familia, el programa de reintegración familiar.

La forma de ejercicio de guarda se llevará a cabo bien mediante el acogimiento familiar, bien mediante el residencial si el primero no fuera posible.

#### 2.2.4. Desamparo:

La reforma se encarga de completar la definición de situación de desamparo del art. 172<sup>37</sup> del Código Civil estableciendo las circunstancias que la determinan, esto supone una importante clarificación y unificación nacional de criterios de este estado de precario del menor ya que antes de la reforma, se tenía como una situación fáctica indeterminada.

Esta definición no era suficiente, y ni siquiera las Comunidades Autónomas habían dado un concepto de desamparo, que en cambio sí ha realizado con las situaciones de riesgo.

Antes de la presente Ley, que unifica por vez primera los criterios para declarar la situación como desamparo a nivel estatal, eran las resoluciones de nuestros Tribunales las encargadas de completar y clarificar la definición, clarificando el objeto preciso que se tiene que dar para declarar una situación como de desamparo: la privación de la necesidad de asistencia moral o material del menor. Como ejemplo de la normativa autonómica:

En Castilla y León la Ley 14/2002 de 25 de julio de Promoción, atención y protección a la infancia, establece como desamparo el artículo 56<sup>38</sup>.

Otro ejemplo, es el de Cataluña, que ejemplifica mediante una lista abierta de supuestos que constituyen las situaciones de desamparo en su art. 105.2<sup>39</sup> de la Ley 14/2010 de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia.

En cambio, la ley 6/1995 de 28 de marzo de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid no recogen ni un solo supuesto.

En los casos de Castilla y León y Cataluña, se ve un gran paralelismo, llegando incluso diría yo a la semejanza.

Por tanto, creo que la ley que estoy analizando llega para unificar y simplificar toda esa complejidad de leyes autonómicas.

La Ley da respuesta a esa necesidad de unidad y establece que existe situación de desamparo en los siguientes casos cuando supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor, valorados y ponderados conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad:

---

37 "La 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".

38 "Para apreciar las situaciones de desamparo, se considerarán las circunstancias que, teniendo su origen en las causas establecidas en el artículo 172.1, párrafo segundo, del Código Civil, determinen, por su entidad, intensidad, persistencia o repetición, la privación a los menores de la necesaria asistencia moral y material, y especialmente las siguientes:

a) el abandono del menor, bien porque falten las personas a las cuales corresponda la guarda o porque no puedan o quieran ejercerla. Hay numerosa jurisprudencia al respecto sobre todo por la problemática que se da con el abandono de menores inmigrantes.

Como ejemplo el caso de una madre que niega la existencia de situación de desamparo de su hijo, que presentaba graves carencias alimenticias e higiénicas provocada por la enfermedad de madre, la cuál era portadora de VIH sin tratamiento médico, ya que le había rechazado, además de su inadaptación social y la falta de afecto que mostraba hacia el menor. (Sentencia de 14 de septiembre de 2007)

---

*a) la falta de las personas que corresponde ejercer las funciones de guarda del menor; b) ausencia de reconocimiento de la filiación materna y paterna, o la renuncia de ambos progenitores a mantener cualquier derecho sobre él; c) la imposibilidad de ejercer los deberes de protección; d) el abandono voluntario o gravemente negligente del menor; e) malos tratos físicos y psíquicos, y los abusos sexuales cometidos por los familiares o responsables del menor, por terceros si aquéllos los consienten u omiten activar los medios a su alcance para impedirlos; f) inducción a la delincuencia o las conductas antisociales o desviadas, así como el consentimiento de su desarrollo por el menor; g) el ejercicio inadecuado de los deberes de protección por los responsables del menor con peligro grave para éste; h) drogadicción o alcoholismo del menor, inducidos, consentidos o tolerados por los responsables de su guarda; i) obstaculización por los responsables del menor de las actuaciones acordadas para la averiguación o comprobación de las situaciones de desprotección, cuando se ponga en riesgo la seguridad de éste, o la falta de colaboración en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de riesgo que propicie su persistencia, cronificación o agravamiento; j) explotación económica del menor y su consentimiento; k) negativa de los padres o tutores de recuperar la guarda del menor una vez que han desaparecido las circunstancias que fundamentaron su asunción por la Administración; l) desatención física o psíquica del menor grave; m) existencia de circunstancias en el hogar o en el entorno socio-familiar del menor que deterioren gravemente o perjudiquen seriamente su desarrollo o el ejercicio de sus derechos; n) las situaciones de riesgo que persistan o se agraven determinando la privación al menor de la necesaria asistencia moral o material; o) cualesquiera otras situaciones de desprotección que conlleven una privación de la necesaria asistencia al 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 o tutores para garantizar la seguridad del mismo.”*

39 “El abandono (letra a); los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación o situaciones de análoga naturaleza (letra b); el maltrato prenatal (letra c); el ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el menor (letra d); el trastorno, la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores o titulares de la tutela o guarda que repercuta gravemente en el desarrollo del menor (letra e); el suministro al menor de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica (letra f); la inducción a la mendicidad, la delincuencia o la prostitución, o el ejercicio de estas actividades por parte de las personas encargadas de la guarda (letra g); la desatención física, psíquica o emocional grave y cronificada (letra h); la violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar que perjudiquen gravemente el desarrollo del menor (letra i); la obstaculización por parte de los progenitores o titulares de la tutela o guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del menor, así como la negativa de estos en participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello comporta la persistencia, la cronificación o el agravio de las mismas (letra j); las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravio determinen la privación del menor de los elementos básicos para el desarrollo

b) finalizado el 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 no estén en condiciones de hacerlo. Salvo cuando se haya prorrogado la guarda más allá de los dos años.

c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor en los casos de: los malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en las obligaciones alimentarias y de salud de los responsables del menor o terceros con el consentimiento de éstos; cuando el menor sea víctima de trata de seres humanos; cuando el menor consuma de forma reiterada sustancias con potencial adictivo con el conocimiento o tolerancia de sus responsables legales (siempre que éstos no hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas); o cuando se de maltrato prenatal.

Como ejemplo de esta causa, la Audiencia Provincial de Cádiz en sentencia de 15 de febrero de 2000 declaró en situación de desamparo a un menor sometido a abusos sexuales por la pareja de su madre con los cuáles convivía. La madre padecía un retraso mental, una personalidad paranoide y depresiva-ansiosa, y el padre padecía esquizofrenia paranoide crónica. Todo ello es lo que dio lugar a que el menor tuviera síntomas de un fuerte bloqueo emocional, con carencias educativas, conducta nerviosa, desconfiada, insegura,... además de una delgadez considerable.

d) Cuando exista falta de atención grave o maltrato psicológico que ponga en riesgo la salud mental del menor y el desarrollo de su personalidad.

e) Cuando se incumplan los deberes de guarda o se cumplan de forma inadecuada y como consecuencia de ello se perjudique el desarrollo del menor. Un ejemplo es el caso de tres menores abandonados por sus padres, los cuales fueron declarados en situación de desamparo corroborada por la Audiencia Provincial de Ávila el 10 de junio de 2005.

f) Cuando no se escolarice al menor en un centro educativo o falte de forma reiterada y no justificada con el permiso de sus responsables legales durante la etapa de educación obligatoria, esto produce un grave déficit en las necesidades materiales de los menores. Un caso referido a esta causa es la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de mayo de 2004 en la que se declara en situación de desamparo a cuatro menores que no asistían al colegio, estaban en situación de desatención tanto moral como material con incluso deficiencias higiénicas.

g) La inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución o cualquier otra explotación del menor grave.

---

*integral de su personalidad (letra k) y cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del menor, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral (letra l)."*

h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda, cuya consecuencia no pueda ser evitada mientras permanezca en su entorno de convivencia. En la sentencia de 4 de abril de 2003 de la Audiencia Provincial de Málaga en la que se declara en situación de desamparo a un menor que convivía con sus padres en una vivienda sucia y deplorable acompañada de constantes agresiones entre los padres.

Se establecen como causa de desamparo el consumo habitual, bien abuso o dependencia, de sustancias con potencial adictivo por parte de los progenitores, tutores o guardadores. La concurrencia de carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar. Otro indicador es tener un hermano declarado en situación de desamparo salvo que las circunstancias hayan cambiado de forma evidente.

Las características que se tienen que dar para que se dé una situación de desamparo según nuestros Tribunales son:

- a) El incumplimiento de los deberes de protección por parte de los progenitores, guardadores o tutores. Los deberes de quienes ejercen la patria potestad vienen recogidos en el artículo 154<sup>40</sup> del Código Civil.
- b) Que el menor no cuente con las atenciones necesarias tanto en el plano material como afectivo. El internamiento de un menor en un internado o colonia no implica la desatención moral ni material, ya que están cubiertas pero de una forma distinta.
- c) Y por último, tiene que darse un nexo causal entre ambas. De tal forma que debido a ese incumplimiento de los deberes se produzca la privación de la asistencia moral y material.

Basándome en las características que precisa la declaración de desamparo y las legislaciones autonómicas, una definición válida sería: la situación de hecho basada en la desprotección y precariedad de un menor producida a causa del incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda, de tal forma que el menor no recibe los

---

40 *“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

*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.*

*Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:*

*1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

*2º Representarlos y administrar sus bienes.*

*Si los hijos tuvieren suficiente madurez, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.”*



elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor ni las atenciones necesarias causándole graves perjuicios que no pueden ser evitados mientras siga conviviendo con los progenitores, tutores o guardadores.

Debido a las definiciones que se dan de situación de desamparo, surgen dos doctrinas jurisprudenciales puesto que se debate si en el caso de que el menor esté atendido y tenga cubiertas sus elementos básicos pero por una persona diferente de sus progenitores o tutores, es decir, un guardador de hecho, se encuentre o no en situación de desamparo.

En todo caso, las situaciones de desamparo tienen que ser valoradas de forma detallada y minuciosa, ponderando todos los intereses que hay en juego pero siempre con la premisa básica del interés superior del menor, que primará siempre respecto del resto y se procurará la reinserción en la familia de origen como derecho recogido en el artículo 39.

La consecuencia inmediata de la existencia de una situación de desamparo es el inicio de un procedimiento formal que culmina con la declaración administrativa para la verificación efectiva, y la asunción de la tutela legal del menor por parte de la entidad pública correspondiente puesto que se produce la separación del menor del núcleo familiar.

Para estudiarlo de una forma más concreta, voy a analizar un poco la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la que la entidad es la Junta de Castilla y León por ministerio de la ley. Por tanto se produce la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, que es la privación, en el ámbito personal, del conjunto de facultades y obligaciones que tienen los padres, tutores o curadores respecto de sus hijos menores no emancipados.

Aunque no impedirá la comunicación, la relación y visitas del menor a la familia, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa.

Sí serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los tutores o progenitores que sean en interés del menor y como novedad de la presente ley, tanto la Entidad Pública como el Ministerio Fiscal tendrán la posibilidad ya no solo de suspender, sino también de privar de la patria potestad.

La entidad específica de la Junta de Castilla y León que lleva a cabo la protección del menor será la Gerencia territorial de Servicios Sociales, en concreto de Segovia, y la custodia del menor declarado en desamparo pasa a encontrarse en la encargada de la Gerencia, actualmente Carmen Well hasta que se resuelve la situación del menor. Mientras tanto se adoptaran las medidas de protección adecuadas al caso siempre poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y el Juez.

La medida podrá ser cualquiera de tipo asistencial, educativo o terapéutico aconsejable, de acuerdo con las circunstancias del menor. Aunque la medida de protección por excelencia en caso de desamparo es el acogimiento, mediante la guarda bien por un Centro de

Acogida que es la tutela pública, bien de forma delegada por una familia extensa o ajena, pero este proceso le abordaré más tarde en el acogimiento.

Como novedad de la presente Ley se encuentra la legitimación que se les da a los tutores del menor de solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión de la tutela o que se revoque la situación de desamparo del menor durante el plazo de 2 años. Pasado este plazo, solo podrán facilitar información sobre cualquier cambio de sus circunstancias y únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

La tutela cesará, también como novedad, cuando se constate la desaparición de las causas que dieron lugar a la declaración de desamparo y comprobado fehacientemente algunas de las siguientes circunstancias:

- que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.
- que el menor se encuentra en otra Comunidad Autónoma en la cual su respectiva Entidad Pública que hubiera asumido la tutela del menor entendiera que ya no es necesario adoptar medidas de protección.
- que hayan transcurrido 6 meses desde que el menor abandonara el centro encontrándose en paradero desconocido.

Se regula por primera vez la protección de menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero, en el cual la Entidad competente para llevar a cabo la protección del menor será la correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los progenitores o tutores, en su defecto con la que tuvieran mayores vínculos o el lugar de última residencia, salvo que ya una Entidad Pública hubiera establecido una medida de protección previa al menor, en cuyo caso será ésta y no otra la competente.

Y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido de una Comunidad Autónoma a otra también es una novedad, en cuyo caso la Entidad Pública que corresponda asumirá las medidas en el plazo máximo de 3 meses desde que tuviera conocimiento del traslado, salvo que la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma y se pretenda la reintegración familiar en ella a corto o medio plazo, en caso de traslado temporal a un centro residencial o se produzca un acogimiento familiar y exista acuerdo entre las dos Comunidades Autónomas.

El procedimiento de declaración de desamparo es el siguiente:

La declaración de desamparo es el inicio de un procedimiento que precisa de una resolución administrativa para su verificación efectiva. Por tanto es un procedimiento administrativa con los principios y disposiciones recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La incoación del procedimiento, tiene que ser notificada a los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda del menor y que se les informe de su derecho a comparecer en el procedimiento, aportar informes u otros elementos de prueba, o efectuar las alegaciones que consideren pertinentes y también se le notificará al menor si tuviese la suficiente madurez y en todo caso si fuese mayor de 12 años, de forma inmediata sin que pueda sobrepasar el plazo máximo de 48 horas.

Pero en primer lugar son los equipos técnicos los encargados de la elaboración del informe preceptivo en el que los progenitores, tutores o guardadores tienen un periodo de diez días visto el informe para alegar lo que consideren.

Los equipos técnicos serán los CEAS dentro del Centro de Acción Social de cada ámbito territorial, que es la unidad básica de atención a la población en materia de servicios sociales.

Transcurridos los diez días, la Administración cuenta con un año para finalizar el procedimiento mediante una resolución motivada declarativa de la situación de desamparo o, en caso de no existir una situación real de desamparo, ordenar el archivo del expediente. Si no resuelve, se entiende caducado el procedimiento, sin perjuicio de su nueva incoación.

El Ministerio Fiscal es el encargado de la vigilancia de la resolución administrativa sobre la declaración de desamparo y de las medidas de protección.

En cualquier caso, sigue queriéndose evitar la lentitud de los procesos judiciales y obtener una atención inmediata para el menor, pero mediante un sistema mucho más garantista.

Ello no impide, evidentemente, que la resolución administrativa pueda ser impugnada judicialmente en el plazo de tres meses desde la notificación de la resolución ante la jurisdicción civil.

Como novedad fundamental de la Ley se recoge la competencia de la Entidad Pública de dictar la resolución de desamparo si los progenitores, tutores o guardadores y el menor si tiene la suficiente madurez y en todo caso si tiene 12 años, manifiestan su conformidad.

Este procedimiento es un procedimiento simplificado sin más trámites que la decisión de la Entidad, pero en todo caso deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal en 48 horas y también a las personas a quienes haya obligación de dar audiencia en el expediente.

Una sentencia que marca los rasgos principales del desamparo es la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 582/2014 de 27 de Octubre de 2014. Mediante esta sentencia se desestima el recurso de casación interpuesto por la letrada de la Xunta de Galicia contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de abril de 2013 en la que se revocaba la declaración de desamparo de una menor y dejándola sin efecto. Para hacer un pequeño resumen, los progenitores de la menor dejan la guarda de ésta a su abuelo paterno puesto que ellos no tienen los medios

para cubrir todas sus necesidades.

Aun estando con el abuelo en perfectas condiciones, la Consellería de Trabajo e Benestar de la Xunta de Galicia declara a la menor en situación de desamparo para asumir su tutela pública, resolución que se lleva al Juzgado de Primera Instancia de Familia de Pontevedra, el cuál corrobora la declaración de desamparo y se deja sin efecto el acogimiento del abuelo.

En segunda instancia recurren los progenitores de la menor, en la Audiencia Provincial de Pontevedra se revoca la declaración de desamparo y se indica que la menor queda sometida a la guarda de hecho de su abuelo paterno.

Por último la letrada de la Xunta es la que recurre al Tribunal Supremo, y éste es el que aclara los requisitos necesarios que se tienen que dar para que surja la declaración de desamparo. Textualmente dice en el punto 10 de los Fundamentos de Derecho que:

*“Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa. Corolario<sup>41</sup> de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”*

Por tanto se fija como doctrina jurisprudencial los requisitos precisos para que surja el desamparo tiene que darse por un lado el incumplimiento de los deberes de protección por parte de los obligados a ello, en este caso los progenitores, y en segundo lugar la efectiva privación para el menor de la asistencia moral o material.

En este caso en concreto, el Tribunal Supremo da la razón a los progenitores y al abuelo de la menor, puesto que la menor se encuentra con todas las necesidades cubiertas tanto en lo material como en lo afectivo, y no surge la situación de desprotección o desamparo.

El desamparo cesará: por el traslado del menor de forma voluntaria a otro país, por encontrarse en otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiera asumido su tutela y por transcurrir seis meses desde que el menor hubiera abandonado voluntariamente el centro de protección. Estas causas se regulan por primera vez y como novedad de la reforma.

---

41 Razonamiento, juicio o hecho que es consecuencia lógica de lo demostrado o sucedido anteriormente.

## 2.3 El Acogimiento

### 2.3.1. *Acogimiento Familiar*

El acogimiento familiar consiste en la integración de un menor protegido por la Administración Pública en una familia, hasta que se den las circunstancias necesarias para que pueda volver con su familia biológica o se determine otra medida de protección más apropiada.

Mediante este procedimiento se permite que los menores se encuentren en un entorno afectivo que necesitan en una etapa fundamental para su desarrollo y formación.

La reforma se simplifica la constitución del acogimiento familiar, priorizándolo del residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores, sin perjuicio del control jurisdiccional. De tal forma que se da prioridad al acogimiento familiar respecto al residencial aún más acentuado en menores de 6 años y de forma imprescindible en menores de 3.

Por tanto la convivencia se torna en necesidad ineludible salvo que el ingreso en centro de protección sea la única medida de la que se disponga, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor.

El acogimiento se formaliza por resolución de la Entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor acompañado de un documento anexo con todos los datos precisos como identidad, plazos, modalidad del acogimiento,... en el plazo de un mes como máximo el Ministerio Fiscal tiene que estar informado como forma de control al haberse suprimido con la reforma la exigencia de propuesta judicial.

Por ello, el Ministerio Fiscal tendrá nuevas competencias además de la vigilancia del acogimiento, la tutela y la guarda de los menores. Se podría resumir en la promoción ante la Entidad Pública o el Juez de las medidas de protección que estime necesarias y recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas.

Con la reforma de la presente Ley, se suprime el acogimiento provisional, ya que se simplifica el acogimiento familiar y el pre adoptivo que era una fase para la adopción definitiva y se modifica la institución para pasar a ser una guarda con fines de adopción o guarda para la convivencia pre adoptiva.

Los tipos de acogimiento familiar se pueden clasificar según:

Duración y objetivos:

a) acogimiento de urgencia, principalmente menores de 6 años con una duración no superior a 6 meses.

b) acogimiento familiar temporal: que será transitorio con una duración máxima de 2 años, bien porque se prevea la reintegración del menor en su propia familia o se adopte otra medida de protección más estable. En este tipo de acogimiento se prevé la reintegración del menor en su propia familia o se espera una medida de protección más estable como el acogimiento permanente o la adopción.

c) acogimiento familiar permanente: bien transcurrido el plazo de los dos años del acogimiento familiar o porque el interés del menor así lo aconseje. En este caso, no se prevé o no es posible el retorno del menor a su entorno familiar a corto o medio plazo o directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias así lo aconsejen.

d) acogimiento familiar preadoptivo que pasa a ser la guarda con fines de adopción: esta modalidad está vinculada con la adopción del menor, por lo que la solicitud, selección y aceptación se rigen por los criterios y normas que actualmente se siguen para la adopción de menores. Los interesados en ser acogedores con esta modalidad deben realizar su trámite en el Departamento de adopciones.

Vinculación de los menores con las familias acogedoras:

a) acogimiento en familia extensa: cuando se lleva a cabo por alguno de los miembros de la familia del menor protegido. Este tipo es la primera opción.

b) acogimiento en familia seleccionada: cuando la propia familia del menor no puede o no es conveniente que se haga se realiza ésta mediante familia ajena, que podrá ser especializado, profesionalizado o no en caso de que por la cualificación o formación de algún miembro de la familia desempeñe funciones respecto de menores con necesidad o circunstancias especiales percibiendo una compensación económica pero en ningún caso supondrá relación laboral.

La diferencia entre especializado o profesionalizado es la relación laboral el acogedor o los acogedores con la Entidad Pública en el caso del acogimiento profesionalizado.

Forma de constitución:

a) acogimiento familiar administrativo: es el que formaliza la Entidad Pública mediante contrato, siempre que los padres o tutores del menor expresen su consentimiento.

b) acogimiento familiar judicial: constituido por el juez a propuesta de la Entidad Pública, cuando los padres biológicos o tutores no acceden voluntariamente al acogimiento o no ha podido recabarse su consentimiento por estar en paradero desconocido o no haber comparecido.

Acogimientos especiales:

a) acogimiento familiar de especial dificultad: se da en menores que siguen viviendo en centros puesto que tienen especiales características que hacen más difíciles su acogimiento, como los niños mayores de 8 años, grupo de hermanos, los niños con minusvalías físicas, psíquica o sensorial, problemas de salud crónicos y dificultades psicológicas importantes o de conducta.

b) acogimiento de urgencia: para ofrecer una atención inmediata a los menores evitando su institucionalización, de tal forma que se proporciona a los niños que están separados de su familia por un tiempo un entorno familiar seguro y afectivo mientras se decide una medida de protección o se determina el regreso con su familia de origen. Las características son: provisionalidad de la medida, para menores con edad entre 0 y 3 años y con una duración de entre 3 y 6 meses. Es un programa subvencionado para matrimonios o parejas mayores de 25 años y menores de 60. Se precisa experiencia real en la crianza de hijos o como acogedores y plena disponibilidad de uno de los miembros de la pareja.

c) acogimiento familiar en periodo estival: su objetivo es ofrecer a los menores protegidos que viven en residencias, unas vacaciones estivales en un entorno familiar educado. Las características básicas son la temporalidad, puesto que se realiza durante el periodo de vacaciones escolares, es voluntario y no retribuido, los menores que participen en el programa tendrán una edad entre 7 y 14 años y se llevará a cabo en España.

Se introduce la definición de los criterios de forma estatal y más actual en cuanto a la adecuación de los acogedores que tendrán un estatuto con los deberes y derechos art. 20 bis<sup>42</sup>.

---

42 "1. Los acogedores familiares tendrán derecho a:

**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 ésta 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 del plan individual de protección así como 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 todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada.

Cuando se dan problemas de convivencia entre el menor y los acogedores, éste, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda.

La guarda cesará por resolución judicial, o por resolución de la Entidad Pública, a petición del Ministerio Fiscal, de los acogedores, del menor si tuviera suficiente madurez o en todo caso a los 14 años y cualquier persona con interés legítimo, si se considerara necesario para el interés del menor, por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o por la mayoría de edad del menor.

- 
- 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.*
  - 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 ésta.*
  - k) Percibir una compensación económica y 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 o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, 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 que deberán ser tramitadas en un plazo inferior a los 30 días y, en caso de solicitar audiencia, ser escuchado con anterioridad a dicho plazo.*
  - o) La familia acogedora tendrá los mismos derechos que la Administración reconoce al resto de unidades familiares.*

**2. Los acogedores familiares tendrán los siguientes deberes:**

- a) Velar por el bienestar y el interés superior del 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 éste 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.*
- 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.*



El proceso de acogimiento familiar es el siguiente:

1. En primer lugar se realiza una reunión informativa dirigida a las personas y familias interesadas en el acogimiento familiar. Durante la reunión se les entrega la documentación necesaria para que en caso de estar interesados en el acogimiento puedan realizar el ofrecimiento.
2. Para formalizar el ofrecimiento es necesario cumplimentar la solicitud correspondiente y entregarla junto con la documentación necesaria.
3. Se realiza un estudio psicosocial para garantizar la idoneidad de la familia solicitante a través de dos entrevistas como mínimo con un psicólogo y un trabajador social, además de una visita domiciliaria. Terminado el estudio se elabora un informe técnico.
4. Después del informe deberán asistir a un curso de formación sobre el procedimiento, motivaciones y características de los niños susceptibles de ser acogidos.
5. Visto el informe, la Comisión de Tutela del Menor valorará las circunstancias que concurran para acordar o no la aceptación del ofrecimiento. Si se acepta se inscribirá la familia en el Registro de Familias Acogedoras como reconocimiento administrativo de la idoneidad para acoger, pero nunca se entenderá como un derecho a que se produzca efectivamente.

El cese del acogimiento se dará por resolución judicial, por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, progenitores, tutores o acogedores o el menor si tuviera suficiente madurez y en todo caso a los 12 años, por muerte o declaración de fallecimiento de los acogedores del menor y por mayoría de edad de éste.

---

*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, la adopción, u otra modalidad de acogimiento, o al entorno que se establezca tras la adopción de una medida de protección más estable.*

*l) Los acogedores familiares tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad.» “*

### *2.3.2. Acogimiento Residencial:*

La nueva legislación le da un carácter subsidiario respecto al familiar. Además el acogimiento residencial debe estar marcado por planes de trabajo con familias para evitar acogimientos en centros perpetuos, mediante un proyecto socio-educativo individual.

Los centros tendrán un régimen de inspección, autorización y supervisión de forma semestral y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y con una normativa interna de funcionamiento y convivencia.

Las Entidades Públicas y los centros promoverán la relación y colaboración familiar además de la convivencia y relación entre hermanos.

Existe un acogimiento residencial específico para menores con problemas de conducta, utilizado como último recurso, de manera excepcional, por necesidad, con la mínima intensidad posible, el tiempo preciso y tendrán siempre carácter educativo con total respeto a sus derechos y libertades fundamentales.

Los requisitos para el ingreso son: estar en situación de guarda (en caso de ser voluntaria precisa del compromiso de la familia de sostener la intervención) o tutela de la Entidad Pública y estar diagnosticados con problemas de conducta.

La legitimación para el ingreso del menor en el centro es de la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal, motivado mediante informes psicosociales<sup>43</sup> de un facultativo, y se llevará a cabo por autorización judicial del Juzgado de Primera Instancia.

## **2.4. Adopción**

### *2.4.1. Adopción Nacional:*

En nuestro Código Civil la adopción se encuentra recogida en el Libro I, Título VII, Capítulo V denominado “de la adopción y otras formas de protección de menores”, Sección Segunda artículo 172 y siguientes. El Código Civil no da una definición de adopción, pero se puede definir como tomar legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente.

---

43 Son los dictámenes periciales que se forman mediante una opinión objetiva e imparcial de un técnico especialista, con unos especiales conocimientos científicos, artísticos o plásticos, y su finalidad es determinar unos hechos o consecuencias.

La adopción es una medida de protección a la infancia que proporciona una familia de forma permanente y definitiva a los menores que no pueden estar con su familia de origen por determinadas circunstancias.

Supone la crianza de un menor a una persona que no está unido por vínculos biológicos y el cuál se integrará en la familia como hijo, no solo en el ámbito familiar sino frente a la sociedad y a la Ley.

Se cumple con ella una función social para la efectiva protección del menor que se ha visto privado de una vida familiar normal. Y también cumple la función de cubrir las necesidades de unas personas que desean ser padres. Por tanto se complementan los deseos de unos padres de tener un hijo y de un niño a tener una familia.

La adopción ha sido considerada históricamente como un acto, institución, contrato, negocio jurídico puesto que precisa de unos elementos subjetivos que son los consentimientos, acuerdo,... actualmente la doctrina civilista lo considera un acto jurídico<sup>44</sup> pues se constituye mediante resolución judicial como establece el artículo 176<sup>45</sup> del Código Civil siempre teniendo en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante, de esta forma se vincula a los adoptantes y adoptados mediante los mismos vínculos que pueden existir entre padres e hijos biológicos, y todos los derechos y deberes derivados de la filiación.

Como institución de protección de menores, esta figura ha sido la figura más reformada en el Código Civil.

La adopción tiene unos principios básicos:

- El principio de interés superior del menor, del que hablaré en el siguiente capítulo.
- El principio de igualdad o de equiparación de efectos de las filiaciones, eliminada la distinción por la que se diferenciaba hijos legítimos e ilegítimos con la ley 11/1981. De esta forma se equipara filiación por naturaleza y adoptiva.
- El principio de subsidiariedad de la adopción puesto que la actuación de los poderes públicos debe tratar el mantenimiento del menor en su familia de origen salvo que este no sea beneficioso para él.

La capacidad de los adoptantes:

---

<sup>44</sup> Son los actos en los que se manifiesta la voluntad libremente y de forma consciente para producir unos efectos determinados por la Ley.

<sup>45</sup> “La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.”

La ley 7/1996 establece como requisitos ser mayor de 25 años, como exigencia de una capacidad objetiva reforzada más allá de la capacidad de obrar general que se obtiene con 18 años, que disminuía la edad respecto la Ley de 1958 que establecía los 35 y los 30 de la Ley 1970. Con el requisito de la edad no se asegura la madurez, sino que solo es una mayor garantía, puesto que los requisitos para la idoneidad difícilmente se podrían reunir con 18 años. Si fuese una pareja la que adopta basta que uno de los dos sea mayor de 25 años. La Ley 26/2015 no ha modificado este requisito como ya he explicado anteriormente.

Pero sí se ha modificado la diferencia de edad entre adoptante y adoptado que será al menos de 16 años, frente a los 14 de la anterior legislación. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando.

Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

A pesar de que en el Derecho comparado el límite de edad para adoptar sí se fijaba, en nuestro Código Civil no lo hacía hasta la presente reforma, y eran las legislaciones autonómicas las que llenaban este vacío. Como ejemplo, en la Comunidad de Madrid tienen preferencia para adoptar las personas menores de 40 años, en la Xunta de Galicia el criterio que se establece es que la diferencia de edad sea adecuada y no supere los 40 años excepto cuando se trate de adopciones de grupos de hermanos o menores con especiales dificultades.

Por tanto, gracias a esta ley se unifican criterios.

Para iniciar un proceso de adopción la Entidad Pública competente tiene que realizar una propuesta previa después de declarar idóneos al adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, por tanto no podrán serlo los progenitores privados de la patria potestad o que tengan suspendido su ejercicio.

Mediante la reforma se establece la definición de idoneidad artículo 176<sup>46</sup> del Código Civil, es *“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.”*

Para ello se requerirá por la Entidad Pública:

- Una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes.

---

46 *“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.”*

- Se estudiará la capacidad para establecer vínculos estables y seguros.
- Se valorarán las habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias.

Una de las figuras más importantes que se ha introducido es la guarda con fines de adopción artículo 176 bis, con ella se permite que se inicie una convivencia provisional entre el adoptante y adoptando hasta que se dicte resolución judicial para evitar que el menor permanezca en un centro de acogida, basándose en uno de los principios de esta ley de protección al menor que es la prioridad del acogimiento familiar al residencial. De hecho los guardadores tendrán los mismos derechos y obligaciones que tendrían como acogedores.

El plazo máximo para que la Entidad Pública realice la propuesta de adopción al juez será la más breve posible y en todo caso de 3 meses desde la guarda con fines adoptivos, salvo que por las circunstancias determinadas en cada caso se establezca un periodo de adaptación del menor a la familia, en ese caso podrá prorrogarse hasta el año.

Como novedad más importante para mí en cuanto a la adopción, el artículo 178.4<sup>47</sup> incluye la posibilidad de lo que se podrá llamar una adopción abierta, en la que no se extingan los vínculos entre el adoptado y la familia de origen, manteniendo relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones.

Se llevará a cabo mediante una resolución judicial de constitución de la adopción a propuesta de la Entidad Pública, previa valoración positiva en interés del menor por parte de los profesionales de esa Entidad Pública, y consentido por la familia adoptiva y el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años. Los profesionales de la Entidad Pública deberán apoyar a las partes y participar en el seguimiento de esa relación, informando sobre la conveniencia o no del mantenimiento de relaciones.

Otra novedad se encuentra en el artículo 177, es el plazo del que disponen las madres biológicas que hayan dado a su hijo en adopción tras el parto para asentir el proceso, ampliándose de 30 días a 6 semanas desde el parto y no se tendrá que renovar a los meses como ocurría en la anterior ley. De esta manera se cumple el Convenio Europeo de Adopción de 27 de noviembre de 2008.

---

47 “Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.”

Asentir no es consentir que únicamente tendrán que hacerlo el adoptante y el adoptando si es mayor de 12 años. Asentir la adopción es una declaración de voluntad que emana de quien no va ser parte en la relación jurídica de filiación adoptiva y por tanto la adopción se constituirá con o sin su concurrencia, salvo que el juez diga otra cosa.

Entre quienes deben asentir la adopción está la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal mientras no exista separación legal por sentencia firme o de hecho por mutuo acuerdo. La importancia de éste asentimiento es la necesaria convivencia diaria que existirá entre el menor y la persona ligada sentimentalmente al padre o la madre adoptiva de éste.

Otras personas que deben asentir son los padres biológicos, pero no será necesario cuando estén privados de la patria potestad por sentencia firme o estén incurso en causas legal para tal privación, si hubieran transcurrido dos años sin ejercitar acciones de revocación<sup>48</sup> de la situación de desamparo o cuando habiéndose ejercitado, se hubieran desestimado.

Pero los progenitores, tutores y guardadores siempre tendrán el derecho a ser oídos por el Juez. Y por supuesto el menor de 12 años de acuerdo con su madurez y edad.

Los niños adoptados tendrán el derecho a conocer sus orígenes que podrán consultar en su expediente cuando cumplan la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, de tal forma que se obliga a las entidades Públicas a conservar la información sobre los orígenes biológicos durante 50 años desde la adopción.

Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho, de tal forma que cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.

No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código y solo podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

No puede adoptarse:

- 1.º A un descendiente.
- 2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

---

<sup>48</sup> Se trata de acciones de recuperación de la patria potestad y de oposición a las medidas administrativas concretas impuestas.

3.º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Y tampoco nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado.

#### 2.4.2. *Adopción Internacional*

La reforma establece por fin un concepto de adopción internacional inspirado en el Convenio de la Haya de 1983, y en el artículo 1 de modificación de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional redacta el objeto y el ámbito de aplicación de la ley art. 1.2<sup>49</sup>.

El objeto de la reforma es proteger los derechos de los menores, de los adoptantes y de todas las personas implicadas en el proceso de adopción internacional.

Esta institución es una medida excepcional de carácter permanente para los niños extranjeros que por determinadas circunstancias no han podido permanecer con su familia biológica.

Por tanto es una medida subsidiaria de protección a la infancia por la cual un niño en desamparo y declarado adoptable por el estado extranjero, que no puede ser adoptado o atendido adecuadamente en su país, es adoptado por una familia que reside en España y el menor se desplaza con ella para integrarse como su nuevo hogar y sociedad y con todas consecuencias que anteriormente hemos explicado con la adopción nacional.

Pero es un procedimiento más complejo que la adopción nacional ya que deben aplicarse y coordinarse dos legislaciones de dos países diferentes, uno el país de origen y otro el país receptor y de residencia de los adoptantes.

La adopción internacional comenzó como consecuencia de las altas tasas de natalidad de países en vías de desarrollo en los años 70, los países receptores de esos menores solían ser europeos y norteamericanos. Pero se fue globalizando posteriormente por la cantidad de

---

49 “ *Aquella adopción en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España. Bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España.*”

países con menores en situaciones de abandono y desamparo de los cuales las Administraciones no se podían hacer cargo.

En España no es una realidad hasta los años 90. Pero en estos 26 años nos hemos ido posicionando como uno de los países con mayor número de niños adoptados, aunque desde el 2008 ha ido descendiendo por diferentes factores, como el aumento de tiempos de espera, el mayor número de requisitos que se exige a los adoptantes, la práctica imposibilidad de adopción de menores de cuatro años...

Rusia como ejemplo, representa el primer país europeo de adopción puesto que desde 2003 a 2011 han sido adoptados casi 10.000 niños. Pero en los últimos años Rusia ha establecido requisitos procesales mayores, además de prohibir la adopción a familias monoparentales<sup>50</sup> y homosexuales a pesar de que con ello se vulnera la legislación española.

Pero son los países de origen los que tienen que desarrollar su normativa y políticas de protección a los menores, puesto que son ellos los responsables de su especial protección para evitar la existencia de adopciones claudicantes que atenten gravemente a la seguridad jurídica del menor, y sobre todo para luchar contra los supuestos de <<niños robados<sup>51</sup>>> mediante todo tipo de medidas. Por tanto, en la reforma se subraya el interés superior del menor de nuevo como principio principal para la adopción internacional.

Cambian con la ley terminologías como la de los futuros adoptantes que no serán solicitantes, sino que serán personas que se ofrecen para la adopción. Otro cambio es la denominación de entidades colaboradoras de adopción por los organismos acreditados como lo hace el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993.

La reforma clarifica las competencias de las distintas Administraciones Públicas. Los procedimientos de adopción internacional dependerán de la administración general del Estado en lo que se refiere a las autorizaciones, mientras que la intermediación correrá a cargo de organismos acreditados pero con el visto bueno previo de los informes de las Comunidades Autónomas y la administración general.

De tal manera que se consideran competencias de la Administración General del Estado: la decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones con determinados países y la acreditación de los organismos para actuar como intermediarios, que pasan a denominarse organismos acreditados para la adopción internacional. Y las competencias autonómicas son el control, inspección y seguimiento de los organismos acreditados en cuanto a sus actuaciones en su territorio, pero el control y seguimiento del organismo en el extranjero lo realizará la Administración General del Estado.

---

<sup>50</sup> Son familias con una sola persona que ejerce la patria potestad, bien madre o padre.

<sup>51</sup> Niños perdidos o robados, separados forzosamente de sus familias.



Pueden ofrecerse para adoptar en el ámbito internacional tanto parejas de hecho como casadas, personas solteras, viudas, divorciadas siempre que se cumplan los requisitos legales. Pero el procedimiento de adopción internacional es complejo puesto que son dos las legislaciones que deben coordinarse, la del menor y la de residencia de los adoptantes, que muchas veces varía. Por ello es preciso que los solicitantes sean idóneos para las legislaciones de ambos países.

Esa declaración de idoneidad y los informes psicosociales tendrán una vigencia máxima de tres años desde la emisión por la Entidad Pública, siempre que no se hayan modificado las situaciones personales y familiares en este periodo.

La declaración y certificado de idoneidad son necesarios para proteger a los menores adoptables y garantizar el respeto a sus derechos fundamentales, de tal forma que se comprueba si reúnen unas condiciones necesarias para convertirse en padres adoptivos. Además de esta forma los países de origen comprueban que envían a los menores a familias con las que estarán cuidados y protegidos. Este certificado tendrá tres años de vigencia, pasados estos es necesario actualizarlo.

Otra novedad es la clarificación de las obligaciones de los adoptantes tanto en la fase preadoptiva como postadoptiva en la modificación del artículo 11<sup>52</sup> de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

Las fases del procedimiento de adopción dependerán de cada Comunidad Autónoma, de una forma general se podría decir que son:

1. en primer lugar una sesión informativa.
2. solicitud de apertura de expediente.
3. preparación y formación.
4. elección del país.

---

52 “1. Las personas que se ofrecen para la adopción deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por el organismo acreditado con carácter previo y obligatorio a la solicitud de la declaración de idoneidad.

2. Los adoptantes deberán facilitar, en el tiempo previsto, la información, documentación y entrevistas que la Entidad Pública, organismo acreditado o entidad autorizada precisen para la elaboración de los informes de seguimiento postadoptivo exigidos por la Entidad Pública o por la autoridad competente del país de origen. La no colaboración de los adoptantes en esta fase podrá dar lugar a sanciones administrativas previstas en la legislación autonómica y podrá ser considerada causa de no idoneidad en un proceso posterior de adopción.

3. Los adoptantes deberán cumplir en el tiempo previsto los trámites postadoptivos establecidos por la legislación del país de origen del menor adoptado, recibiendo para ello la ayuda y asesoramiento preciso por parte de las Entidades Públicas y los organismos acreditados.”

5. solicitud del estudio psicosocial.
6. valoración previa a la idoneidad.
7. certificado de idoneidad.
8. tramitación del expediente.
9. propuesta y asignación.
10. visto bueno de la Comunidad Autónoma.
11. viaje, constitución de la adopción y recogida del menor.
12. Seguimiento.

Se precisa en primer lugar que la adopción se constituya por autoridad extranjera competente y siempre que la adopción no vulnere el orden público, que se considerará vulnerado en caso de no respetar el interés superior del menor, se haya prescindido de los consentimientos pertinentes y no se haya informado de forma libre o mediante pago o compensación.

**CAPITULO III**  
**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

## CAPITULO III

### 3.1 El interés Superior del Menor

Como introducción histórica al capítulo y para conocer un poco del grandísimo cambio social en materia de protección al niño que se lleva produciendo durante el siglo pasado, desde el antiguo Derecho Romano<sup>53</sup> hasta nuestro Código Civil de 1889, el interés protegido en adopción era el del adoptante y no el del menor aunque nos suene raro por la aceptación existente en la actualidad del principio del interés superior del menor como orientador de la normativa de protección de menores.

Hasta la Ley de Protección a la Infancia 1904 dirigida a tratar de solucionar el problema de la altísima mortalidad de los niños por las condiciones de vida que existían, ni siquiera se tuvo en cuenta el concepto de menor. Durante toda la etapa predemocrática el concepto se mantuvo invariable, considerando al menor como sujeto inmaduro, con las facultades intelectuales disminuidas.

Pero el reconocimiento del menor como titular de derechos con su consiguiente capacidad para ejercerlo, aunque siempre en función de su madurez y su desarrollo, ha finalizado con la eclosión del interés del menor como principio rector de todas las actuaciones familiares, administrativas y judiciales.

En el marco comparativo, el resto de países fueron dotando al niño de mayor autonomía, y así se forja la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 con un valor que terminará creando una idiosincrasia en protección al menor: el interés superior de éste.

El Código Civil en su artículo 1.1 indica como fuentes del ordenamiento jurídico español: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. El principio de interés superior del menor como principio general básico que es, como ya he dicho tanto en los Convenios Internacionales, como normativa comunitaria, va a ser fuente supletoria de Derecho en defecto de ley o costumbre, pero alegable como norma de aplicación, constituyendo su infracción motivo suficiente para fundamentar el recurso de casación. Por tanto se hace eje fundamental en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Audiencias y Juzgados.

Aunque en España no se produce esta especial protección hasta la Constitución de 1978. En el artículo 39 proclama que los poderes públicos asegurarán la protección económica y jurídica de la familia mediante este Capítulo III de los principios rectores de la política social y económica.

---

<sup>53</sup> El término “niño” viene del latín *infans* que significa “el que no habla”. Así se les llamaba a los niños de hasta 7 años.

Así pues, se ha ido produciendo una evolución en el concepto del interés del menor que abandonando la concepción clásica como sinónimo de estabilidad emocional e integración social con lo que sea mejor para él, para fundar una verdadera defensa de sus derechos y conciliarlos de la mejor manera posible con otros derechos de terceros que se encuentren en conflicto.

El objetivo de la reforma del sistema de protección de menores no es otro como ya he comentado anteriormente que la adaptación de los instrumentos y medidas de la protección a los cambios y realidades sociales, en aras del cumplimiento del artículo 39 de nuestra Constitución y los instrumentos ratificados por España.

En el apartado 2 dice *“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de la filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”*.

En su apartado 4 dice *“los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

Por ello, la legislación española está influenciada por los textos internacionales. En el ámbito del interés superior del menor, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada en España en 1990 de tal forma que se toma como legislación nacional, y pasa de ser una mera declaración de derechos a tener carácter obligatorio.

En su artículo 3, el Convenio de los Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales deben tener como consideración primordial el interés superior del niño.

De esta forma y debido a la poderosa influencia de los textos internacionales sobre protección al menor, en toda la normativa nacional y autonómica late el principio primordial del interés superior del menor, como criterio determinante para los instrumentos y adopción de medidas que afecte bien a un menor de forma individual, el menor como concepto genérico y grupo de menores.

El anterior artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 del 15 de enero se establecía que *“en la aplicación de la presente ley primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

Además lo recoge en su artículo 11.2 en el primer lugar de los principios rectores que rigen la protección al menor en las actuaciones de los poderes públicos. Y también en las instituciones de protección al menor, la adopción y el acogimiento recogidos en el artículo 172 y siguientes del Código Civil cuando dice que se procurará la reinserción en la propia familia del menor y la guarda de los hermanos a una sola institución o persona, salvo que se a contrario al interés superior del menor.

El interés superior del menor es el principio que impregna todo el derecho de los menores y su protección y debe guiar las decisiones del juzgador y medidas a tomar que les afecten de forma directa o indirecta.

Pero debido a la inconcreción del concepto del interés superior del menor, se requiere una valoración y ponderación de las circunstancias concretas que deberá realizar el juez. Los estudios destacan la dificultad de aprehensión de un concepto jurídico indeterminado sometido a la evolución social y a la interpretación y aplicación casuística y por ello se demanda un método mediante criterios que pretendan concretarlo.

Así lo reclama el Ministerio Fiscal en por ejemplo la Sentencia de 31 de julio de 2009 dice textualmente: *“es cierto que al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiente 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 que 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.”*

Se revela necesaria la articulación de criterios de integración de este principio general en cada una de sus manifestaciones legales. Necesidad detectada por nuestro Tribunal Supremo, que ha ido perfilando los criterios de interpretación en situaciones de conflicto.

El Tribunal Supremo inicia una línea jurisprudencial constante y reiterada en la Sentencia 31 de julio de 2009 para tratar la concreción del principio en el caso de conflictos entre los derechos del menor y los de terceros.

Otra sentencia importante que reitera la doctrina es la de 14 de noviembre de 2011 en la que establece que *“las medidas que deben adoptarse respecto al menor son las que resulten mas favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural”*.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 ha establecido unas pautas en relación con el principio de interés superior del menor, del que se hace eco en sus decisiones, con pautas de interpretación asimilando el concepto al desarrollo armónico del menor en un ambiente saludable y al mantenimiento de los lazos con la familia biológica salvo que sea un ambiente particularmente indigno para el desarrollo del menor, puesto que entiende estos lazos como *“elemento fundamental para la vida familiar”*.

La sentencia más importante del Tribunal Supremo en interés superior del menor y la que pone fin a la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre los criterios

y valoraciones para impugnar una declaración de desamparo es la 31 de julio de 2009. Estima como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y establece las circunstancias que se han de tener en cuenta para decidir sobre la declaración de desamparo.

Unas audiencias provinciales establecían que las circunstancias a tener en cuenta debían ser las que motivaron la adopción de la medida de protección con independencia de las variaciones posteriores y mejoras. Y otras que las circunstancias tenidas en cuenta debían ser las existentes en el momento de la impugnación.

Esta discusión se ampara en el artículo 413<sup>54</sup> de la LEC que establece el principio de preclusión que significa no tener en cuenta en la sentencia las innovaciones que después de iniciado el juicio, introduzcan bien las partes o bien terceros en las cosas o personas que dan origen a la demanda, este principio trata de garantizar la seguridad jurídica en los procesos judiciales.

El Tribunal Constitucional ha establecido en sentencias como la 75/2005 de 4 de abril y la 58/2008 de 28 de abril, como la posibilidad de exclusión de este “principio de preclusividad o preclusión”, es decir excluir los efectos del principio que clausura una fase o plazo procesal para replantear lo ya decidido, amparándose en el artículo 412 de la LEC que establece la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando existan razones de interés público o general relacionadas con el objeto del proceso.

Por tanto va más allá y establece el interés del menor como cuestión del orden público. Mediante este reconocimiento se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos, de forma prioritaria y preferente a los demás implicados debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación, cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés.

Más complicado es el conflicto existente entre familia de acogida y familia de origen. No podemos tratar esto como un conflicto de intereses, sino que lo importante es determinar que es lo más beneficioso para el menor.

---

54 “1. No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa.

2. Cuando, según lo previsto en el apartado anterior, las pretensiones hayan quedado privadas de interés legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 22.”

Los criterios que establece la Sentencia 31 de julio de 2009 en primer lugar, y posteriormente y de manera reitera en las sentencias 13 de junio de 2011 y 17 de febrero de 2012, establece el Tribunal Supremo:

*“A) Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 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.*

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

Por tanto no solo deben tenerse en cuenta las nuevas circunstancias de la familia biológica sino también las derivadas de la situación de acogimiento del menor analizándose:

- Si se han superado las dificultades y obstáculos que impedían la patria potestad de los padres biológicos y para reiniciar de una forma adecuada el ejercicio de los deberes de guarda y protección. Esta forma “adecuada” se entiende que sería la precisa para un desarrollo armónico integral de su plena evolución personalidad desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, observando siempre la posible incidencia que el cambio al reintegrarse en la familia biológica pueda ocasionarse en su personalidad y en su futuro.
- Si existe algún tipo de riesgo de desamparo con la reintegración del menor en su familia biológica.
- Si existen referencias parentales aún con su familia biológica.
- El tiempo trascurrido con la familia de acogida, nivel de integración y afectividad del menor en su nuevo entorno.

La Fiscalía General del Estado mediante Circular 8/2011 también observa necesidad de concreción del interés superior del menor y trata de establecer un sistema basado en:



1. La necesidad de asegurar, en la medida de lo posible, que los menores afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar.
2. Como regla general preservar el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor y sus guardadores.
3. Evitar que a través de vías de hecho se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes.
4. Promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de plurales personas con intereses contrapuestos y con simultánea habilitación legal para velar por el menor y representarlo.

Antes de la reforma, la doctrina ha venido relacionando el concepto interés superior del menor con el *“desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural, bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material, bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.”* Sentencia del Tribunal Supremo 582/2014 de 27 de octubre.

La reforma del sistema de protección en mi opinión era necesaria para que nuestra legislación contuviera un sistema más objetivo y preciso, además de una técnica de interpretación del concepto tan importante en la materia y que hasta ahora se ejercía con tanto margen de discrecionalidad.

Reflejo de ésta necesidad es la propia sentencia del Tribunal Supremo 20 de julio de 2015 1791/2014 declara: “La Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

El legislador consciente de esta necesidad fija por fin el concepto de interés superior del menor influenciado por la jurisprudencia del nuestro Tribunal Supremo con las sentencias explicadas y los criterios de la Observación General nº 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

El Comité de derechos del niño de Naciones Unidas, es el encargado de controlar que los estados cumplan con la Convención de Derechos del Niño, mediante un sistema en el que cada 5 años los 193 estados parte, tienen que pasar informes sobre su situación en relación con la materia y el comité hace recomendaciones para tratar de mejorar la protección.

El Comité está formado por 18 personas, elegidos por los estados y los representan geográficamente. Cada dos años se renueva a 9 personas. Todos ellos ejercen su trabajo de

forma independiente e imparcial para que su trabajo sea absolutamente objetivo, en el que un francés por ejemplo no toma partido en decisiones que se tomen respecto de Francia, y así respectivamente.

Todos los estados son parte de la convención salvo Somalia, Sudan del Sur y los Estados Unidos de América, aunque EEUU Sí es parte de los protocolos<sup>55</sup> de venta y prostitución de niños y conflicto armado de los niños.

Otra función aparte de tratar de mejorar la situación de cada país, es ayudar a comprender el contenido y desmenuzar las obligaciones que salen de la Convención.

La Observación Número 14, observación sobre el interés superior del menor. Mediante esta observación se desmenuza el art 3.1 de la convención, que genera tres obligaciones:

- Garantizar que el interés superior del niño se integre en todo el ordenamiento jurídico, se reconozca el derecho del menor y se aplique en todas las medidas que afecten a menores.
- Velar por que todas las decisiones políticas y legislación dejen patente mediante una motivación congruente que es una consideración primordial.
- Garantizar este derecho también en las decisiones del sector privado, no solo en las públicas.

Para comprenderlo mejor el art. 3.1<sup>56</sup> de la Convención de Derechos del Niño voy a explicarlo un poco mejor:

- Este artículo dice “en todas las medidas”, no son solo toda decisión, sino también todo acto, conducta, propuesta, servicio, ley, procedimiento,...
- También dice “concerniente a”, y no “cuyo destinatario”, por tanto en absolutamente todo lo que le afecte o relacionado con él.
- Dice “A los niños”, no a uno. Sino tanto a un niño en particular como un grupo de niños o el concepto general de niños.
- y por último: “Sera una consideración primordial”, cuando existen colisión de intereses, el interés del menor es una consideración especial. Excepción se encuentra en el

55 Los protocolos facultativos deben interpretarse siempre a la luz del tratado original como un todo, que en este caso se rige por los principios de la no discriminación, el interés superior del niño y la participación infantil.

56 “*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.*”

art. 21 es “la consideración primordial en la adopción” no hay ningún interés que pueda conjugarse.

Lo importante del interés superior del menor es evaluarlo y determinarlo dice la convención, saber el contexto, dotar contenido completo y ponderarlos con los demás elementos a tener en cuenta.

Se trata de seguir un procedimiento para que existan garantías jurídicas para la protección del niño. Por eso la observación da una guía y orientaciones, ya que no es lo que yo creo que es el interés superior sino que mediante un sistema objetivo todos los jueces y tribunales lleguen a la misma conclusión en cuanto a ese interés.

La lista de elementos para la evaluación, aunque caben otros y también pueden prevalecer unos sobre otros:

- Opinión del niño.
- Identidad del niño, etnia, género,...
- Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones con la familia biológica.
- Cuidado protección y seguridad del niño.
- Situación de vulnerabilidad, discapacidad, que sea un menor extranjero no acompañado...
- Derecho a la salud.
- Derecho a la educación.

En la legislación nueva coloca a España en el lugar más avanzado: todo menor tiene derecho a este principio básico, así no se deja todo en manos de la jurisprudencia, sino que existe un sistema objetivo para lograrlo.

Desde aquí, la Observación General establece este concepto con un contenido de tres dimensiones:

- un derecho sustantivo y subjetivo del menor, que se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, un grupo de niños o cuando se habla del niño de forma genérica. Este derecho se tiene que aplicar por tanto de forma directa e inmediata, y puede invocarse ante los tribunales.
- un principio general informador e interpretativo para que en caso de concurrencia de otros intereses, existe prioridad en el interés superior del menor incluso en el

caso de que no puedan respetarse todos los demás intereses legítimos concurrentes. Por tanto prevalece sobre cualquier otro.

- y se convierte también en norma de procedimiento con todas las garantías siempre que se tenga que tomar decisiones en las que intervenga algún menor. Las garantías del proceso serán: el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado, la intervención en el proceso de profesionales cualificados, la participación de los progenitores, tutores o representantes, la motivación de las decisiones y los recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no se haya hecho prevalecer el interés superior del menor.

A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales.

- La satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, como físicas, educativas y emocionales.
- La consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones.
- La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.
- El derecho a la familia de origen, a su identidad y cultura.

Y estos criterios habrán de ponderarse en función de determinados elementos generales, como:

- Edad y madurez del menor.
- La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad.
- La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.
- Los efectos que se hayan producido con la toma de medidas de protección al menor.

Siempre habrán de ponderarse estos elementos bajo los principios de necesidad y proporcionalidad, para que la medida que se adopte no restrinja o limite más derechos. En caso de no poderse respetar todos los intereses legítimos concurrentes, debe primar el interés del menor por ser éste la parte más débil y necesitada de la especial protección.

Ya lo establecía el Tribunal Constitucional en sentencia 141/2000 de 29 de mayo y después se reitera, determinando el papel que juega el principio del interés del menor como elemento de ponderación en caso de colisión con derechos fundamentales de terceros.

Otra Sentencia posterior con esta misma postura fue la 273/2005 de 27 de octubre, que establece la protección guardando proporcionalidad con los demás valores en conflicto.

Para concretar el interés superior del menor aún más voy a justificarlo con la jurisprudencia del mayor protector de los Derechos Fundamentales en nuestro país, el Tribunal Constitucional.

El artículo 39 de nuestra Constitución por tanto, constituye el enlace constitucional del principio de interés superior del menor sin ser un derecho fundamental, y por tanto no ser susceptible de amparo por el Tribunal Constitucional, ya que solo son susceptibles de ello los derechos y libertades recogidos en los artículos 14 hasta 29 de la Constitución, pero sí tiene un carácter real, inmediato y efectivo.

Con esta afirmación quiero explicar la gran importancia que se ha concedido al interés superior del menor a pesar de no ser un derecho fundamental, sino un principio rector, mediante el criterio reiterado y empleado para ponderar el interés del menor respecto derechos y libertades sí recogidos como fundamentales.

En primer lugar, el Auto del Tribunal Constitucional 127/1986 de 12 de febrero ya establecía que conforme a lo dispuesto en el art. 117.e de la CE, *“corresponde en exclusiva a la función jurisprudencial ejercitada por el órgano competente la valoración del interés del menor de acuerdo con una interpretación de los hechos y del Derecho”*.

Por ello, establece que la concreción del interés superior del menor es una cuestión de legalidad ordinaria, así pues, excluida del conocimiento en este Tribunal.

Otro Auto del Tribunal 24/1994 de 24 de enero, que podría servir como síntesis de la doctrina constitucional en la materia puesto que establece la negación de posibilidades de revisar en dicho tribunal y realizar una nueva valoración de hechos y apreciación de las pruebas, solo se podrá respetar la estimación del interés superior del menor efectuado por los Jueces y Tribunales, de conformidad con el artículo 44.1.b)<sup>57</sup> de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Lo que sí puede hacer el Tribunal es controlar el modo de valorar judicialmente lo que se ha considerado conveniente para el menor y se han respetado los derechos y libertades recogidos en los artículos 14 a 29 tanto del menor como de terceros.

---

<sup>57</sup> *“Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.”*

Por tanto su intervención va dedicada a la fundamentación, razonamiento, ponderación y motivación que se realice, resultado del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, éste sí fundamental, Sentencia 4/2001 del Tribunal Constitucional de 15 de enero.

Pero las sentencias 95/2000 de 10 de abril, 192/2003 de octubre y 154/2006 de 22 de mayo, establece que los principios rectores del Capítulo III que nos ocupa, aunque no son susceptibles de amparo por el Tribunal, constituyen elementos para delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Para más inri, ya la sentencia 12/1994 de 17 de enero, establecía que *“ni la Constitución, ni los Convenios internacionales consagran derechos meramente teóricos o ilusorios, sino efectivos y reales”*. Reiterada esta doctrina más recientemente en las sentencias 173/2011 de 7 de noviembre y 150/2011 de 29 de septiembre.

Se exige otorgar prioridad a los derechos del menor, pero no de una forma única y excluyente, sino como un límite recíproco entre el interés del menor y los derechos en conflicto.

## **CONCLUSIONES**

Con la reforma del sistema se produce una modificación parcial de la ley anterior puesto que no modifica todos los sectores, sino las instituciones jurídicas principales de protección a la infancia: el riesgo, el desamparo, las medidas de adopción y acogimiento y el concepto de interés superior del menor.

Como ya dije en la introducción no es una ley basada en nociones meramente legales o de procedimiento, sino que es una ley muy consensuada con todo tipo de entidades y organismos en relación a la infancia para mediante sus aportaciones, poder realizar una protección más completa y que atañe a todos los sectores que intervienen en ella.

La Ley ordinaria objeto de estudio del trabajo contiene una problemática puesto que tiene carácter básico como la legislación que han ido incorporando las Comunidades Autónomas por la asunción de las competencias en esta materia. Y como indica de la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/96, la legislación estatal cubrirá las deficiencias, lagunas o carencias de la legislación de las Comunidades Autónomas y siempre que su naturaleza lo hiciera factible (Sentencia 179/1985).

Por tanto la problemática deviene del objetivo de la ley que es unificar la heterogeneidad de legislaciones en nuestro país. Pero la reforma contiene dos leyes, y como ya sabemos la Ley Orgánica sí tiene una fuerza superior y es de obligado cumplimiento para todo el territorio nacional. Esta Ley Orgánica complementa a la ordinaria haciéndose cargo de la protección de los Derechos Fundamentales inherentes a los menores. Además de ella, la Convención de Derechos del Niño como norma supranacional también tiene carácter obligatorio para todo el territorio nacional.

Quiero empezar mis conclusiones hablando del derecho de los niños a tener una familia.

Este derecho tiene cuatro ramas que el ordenamiento e instituciones jurídicas deben proteger: el derecho de los niños a vivir con la familia propia, el derecho a que ayuden a la familia para cuidarles y tenerlos con ellos, el derecho a que te separen de tu familia si no pueden o quieren cuidarte, y derecho a que se les proporcione un cuidado alternativo y adecuado sus necesidades.

Mi crítica personal dentro de estas conclusiones está concretada a la tercera rama puesto que creo que nos hemos anclado en ella durante toda la historia de la legislación en materia de protección a menores, y creo que el reto fundamental de esta reforma es cambiarlo, y comenzar de verdad a garantizar el derecho a que se ayude a las familias para que no tenga que darse una separación mediante programas de prevención y verdadero apoyo, y en caso de que no quede más remedio, se garantice un cuidado sustituto y establece con el debido apoyo por técnicos especializados.

El objetivo de la reforma es simplificar los mecanismos de protección como hemos podido ver a lo largo del trabajo, del acogimiento y la adopción, y tratar de evitar la declaración de desamparo.



Todos los sectores definen esta reforma como necesaria puesto que la veinteañera ley de protección al menor ya no abarcaba los cambios sociales producidos, también la heterogeneidad producida por la variación entre las legislaciones de las distintas Comunidades Autónomas, y la cantidad de menores dentro de los centros de acogida.

Esta última razón muy discutida puesto que no existen datos reales en muchas Comunidades Autónomas sobre la tasa de niños en los centros, por tanto no existen estadísticas reales, los datos son papel mojado, aunque se habla de unos 18.000 en centros residenciales todavía, un año después de la aprobación de la ley.

Como panorámica general, la ley trata de reforzar los principios básicos y rectores de la protección a los menores con la preferencia existente de los acogimientos familiares frente a los residenciales o institucionales, las medidas nacionales frente a las internacionales, las estables frente a las temporales y las consensuales frente impuestas.

Este es el esquema general público de protección. Así pues, se modifica la regulación concreta de los mecanismos de protección mediante una administrativización de las figuras que explico a continuación.

Por fin se define la situación de riesgo, cuando antes únicamente se tipificaba el desamparo y el resto de circunstancias se consideraban situaciones de riesgo.

Esta modificación es un gran acierto, ya no se concreta con indicadores sino con una definición para la seguridad jurídica de la medida. Además esta situación se tiene que declarar por la Entidad Pública de manera formal, mediante una resolución administrativa para tratarla de una manera adecuada y prevenir la declaración de desamparo, en caso de no ser suficientes todas las medidas preventivas para mejorar esa situación ya sí se declarará el desamparo, con la respectiva suspensión de la patria potestad y asunción de la tutela por el ente público correspondiente.

También se modifica la definición de desamparo y se precisa, para señalar situaciones concretas. A nivel nacional antes de la reforma no existía, pero sí en las Comunidades Autónomas, aunque no en todas pero en la gran mayoría, lo que producía que cada una tuviera unas situaciones concretas de desamparo, que en otra Comunidad Autónoma no y la contrariedad de legislaciones y la inseguridad jurídica que eso supone. La reforma por fin unifica situaciones evitando esta complejidad de legislaciones.

Por otro lado, la posibilidad de que el menor este tutelado por la entidad competente a solicitud de los padres, lo que se ha denominado la guarda voluntaria ahora se limita en el tiempo también de forma muy acertada en mi opinión. Me parece que dos años es un tiempo más que razonable para que una familia se recupere de los posibles problemas que tenga, aunque también creo que hay que diferenciar entre las edades de los niños, dos años para un bebé no es lo mismo que para un niño de 11 años, por lo que creo que se produce una generalización de plazos un tanto discutible.

En estas tres medidas de protección, la guarda se realizará bien mediante acogimiento residencial, bien acogimiento familiar. En la legislación anterior, la preferencia por el familiar se marcaba de una manera tenue, lo que cambia con la reforma marcando una enorme diferencia con esta prioridad. Además de exponerse ahora un catálogo de derechos de deberes de acogedores que en mi opinión sirve para guiar e informar a personas que quieren acoger pero no saben que produce o qué consecuencias tiene para la familia, el niño y su familia biológica.

El acogimiento residencial tendrá un carácter subsidiario y se producirá en los casos en que sea inadecuado o improcedente el acogimiento familiar, por razones de interés superior del menor.

El acogimiento familiar será por tanto obligatorio en niños de 0 a 3 años, salvo como ya he dicho por razones de su interés superior, y será preferente en los menores de edades comprendidas entre 3 y 6 años.

Por tanto, se produce una reforma intrínseca del acogimiento familiar puesto que ya no se deja opción a la discrecionalidad, ya no se podrá optar, sino que se llevará a cabo de forma imperativa.

Esta ley trata de dar el lugar que se merece al acogimiento familiar para poner verdaderamente el practica el derecho a la familia con el que he enunciado las conclusiones, para sacar a los menores de 0 a 3 años de los centros de manera obligada, eso sí salvo que su interés superior no lo contradiga.

Así se produce lo que se conoce como la administrativización del acogimiento familiar. La familia de origen no va a poder impugnar la entrega del menor a través de los sucesivos recursos y en mi opinión suspender su derecho a la familia, sino que la Entidad Pública mediante la resolución administrativa prioriza el derecho del niño a vivir en una familia y no el de los padres.

Pero me cuestiono que será de los mayores de 6 años, sobre todo niños mayores de 8 años a los que la ley no da la misma prioridad al derecho a una familia, y más cuando en España tenemos la falta tan grande de familias dispuestas a acoger niños. Por tanto se complica el encontrar una familia para esos niños.

En cuanto a la institución de la adopción, la figura más importante de la reforma es la introducción de la adopción abierta.

En mi opinión, esta figura tiene mezcla de lo que es la adopción en sentido estricto del concepto y un acogimiento indefinido. Hablo de acogimiento indefinido y no el que existe en realidad que es el permanente puesto que para mi entender no es verdaderamente un acogimiento permanente, en cuanto a que no es una medida establece en el tiempo.

Lo que está claro es que hacen falta familias dispuestas a acoger y adoptar, y la adopción abierta trata de innovar y ayudar a hacer las medidas de protección algo menos bruscas o tajantes y más atractivas para las posibles familias acogedoras o adoptantes.

Pero nuestra historia es muy cerrada, toda nuestra legislación en relación a la adopción dice textualmente: “se extingue los vínculos con la familia de origen”.

Existen dos formas para que no se extingan los vínculos entre el menor y la familia de origen, una es mediante el acceso a los datos sobre los orígenes biológicos, y otra es y mediante esta novedad del artículo 178 del Código Civil, que posibilita mantener relaciones mediante visitas comunicaciones.

Un cambio radical en mi opinión, puesto que hace tan solo 12 años, en 2004 se daba la posibilidad de cambiar el lugar de procedencia del niño al lugar de los padres adoptivos.

Por lo que hay un cambio absoluto. Las razones principales han sido:

- La superación del secretismo que antes conllevaba en muchos casos la adopción en una familia. Puesto que se concebía prácticamente como una deshonra el no poder tener hijos y adoptar. De tal forma que se ha ido normalizando esta situación, y ya se ha dejado de hablar de la “revelación” cuando una familia contaba al menor que era adoptado.
- Hemos aprendido de la experiencia de que todos los niños adoptados terminan queriendo saber su origen, aún más cuando se ha tratado de ocultar en la familia.
- El derecho a saber la identidad y acceder a su origen e historia de la ley de 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional.
- Está desapareciendo la privacidad mediante las redes sociales. Posiblemente con tan solo un nombre y un apellido podemos encontrar a casi cualquier persona en las redes sociales.
- Se va superando la complicación en los regímenes de visitas y relaciones con las familias de origen.
- La preocupación por lo genético. La ciencia avanza y conocer los vínculos genéticos en ocasiones son precisos porque pueden ser importante en el futuro por la importancia por ejemplo de las células madre.

Son muchas las razones que nos piden abrirnos a nuevas posibilidades, nuevas formas de protección a los niños.

En el caso de la adopción abierta, estamos acostumbrados a verla en lugares como Estados Unidos, como una práctica muy generalizada. En España no puede ser concebida como allí por una razón fundamental, la adopción allí es un negocio jurídico entre particulares, en el que los propios padres biológicos eligen la familia a la que quieren que vaya su hijo, y en

España la adopción es una medida de protección pública a los menores de ámbito estrictamente público.

Para hacernos una idea, el 95% por ciento de adopciones que se dan allí son abiertas, mientras que solo el 5% son cerradas. En España va a ser mucho más complicado por la tradición histórica en esta materia por lo que se deberán tomar muchas cautelas con esta reforma, en primer lugar será siempre preciso un plan provisional de contacto acompañado de un plan de apoyo, que siempre podrá ser modificado en interés del menor.

No digo que un sistema sea mejor que otro, pero sí creo que tenemos que cambiar nuestra forma de ver tanto el acogimiento familiar como la adopción. Creo que abrir nuestras mentalidades, sobre todo comenzar con una apertura comunicativa de la adopción desde que nacemos nos podrá llevar a un mejor ajuste psicológico de estas medidas de protección, que solo tratan de eso, de proteger y dar la mejor calidad de vida a los niños. Esta apertura comunicativa no menguaría la calidad de relación entre los niños y las familias, al contrario, estoy segura que reforzaría la confianza y la valoración de las familias.

Además creo que el contacto con la familia biológica evita juicios absurdos en primer lugar propios y en segundos lugar de terceros, está probado que los niños adoptados que no saben quién es su familia biológica pasan años imaginando quienes serán sus padres, porqué los abandonaron o no se podían hacer cargo de ellos, incluso problemas de culpa, ...

Un problema manifiesto en los niños es el miedo dejar de querer a su familia biológica por querer a su nueva familia, este miedo les inunda a ellos, a las familias de origen y también a las acogedoras o adoptivas lo que se puede denominar como “la doble lealtad de los niños”.

Creo que la ley también se debería preguntar qué debemos cambiar en nuestra mentalidad y cómo empezar para que deje de ocurrir esto. Unos niños en acogida no quieren menos a sus padres porque no puedan cuidarlos en un momento determinado, y tampoco les traicionan por comenzar a querer y a estar a gusto en una familia de acogida. Creo que es algo que también se debería enseñar en los colegios y en las casas.

Está demostrado que a partir de los dos/tres meses de estar en otra familia, el menor suele comenzar a sentirse cómodo, por lo que su respuesta o reacción es cambiar la actitud con la familia de acogida por creer que verdaderamente traicionan a su familia biológica por el simple sentido de pertenencia.

Con un buen asesoramiento y mediación y con la incorporación de la familia de origen al acogimiento familiar, involucrándose e interviniendo en ella puede que no se produzca esa reacción, y tampoco esa ruptura con toda su vida, que lo más probable es que tenga un efecto negativo en el niño. Todo ello siempre salvo, por supuesto, que no sea conveniente a su interés superior

Por tanto tiene que haber un cambio de pensamiento y de imagen sobre estas medidas. Las familias no compiten en un acogimiento familiar ni en una adopción abierta, sino que deben colaborar para la mayor coordinación posible y lograr lo mejor para el desarrollo del niño.

Como dato y para que sirva como reflexión del trabajo, en España se da la cifra de unos 35.000 niños en algún tipo de situación de desprotección a nivel nacional. Actualmente existe prácticamente ese número de familias españolas consideradas idóneas para adoptar y solo se llevan a cabo unas 1.200 adopciones al año.

Encuentro esta reforma verdaderamente oportuna, innovadora y valiente, y me parece que lo mejor de ella es que se ha hecho oyendo a todo tipo de agentes implicados puesto que es una materia que atañe a todos.

Por fin se declara legislativamente el interés superior del menor como un verdadero derecho de los niños y niñas a que su interés superior sea una consideración primordial y se concreta para que resulte de la mejor forma posible.

Y por último, solo quiero citar el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 30 de septiembre de 1990 que dice:

*"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".*

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuña San Martín. Derecho de relacion entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio (2015) Páginas 241-316. Fecha de consulta: 11 de Noviembre de 2016. A través de books.google.es.
- Albácar López, Jose Luis. Magistrado del Tribunal Supremo. Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia. Trivium 1995. Fecha de consulta: 7 de Noviembre de 2016.
- Alberruche Díaz- Flores, María Mercedes. Derecho de Familia, Diario de La Ley 13 de octubre de 2015. Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2015.
- Allueva Aznar, Laura. Situación de riesgo y desamparo en protección de menores. Barcelona 2011. Fecha de consulta: 13 de Marzo 2016.
- Ballesteros de los Ríos, María. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Comentario a la Sentencia de 31 de julio de 2009. Fecha de consulta: 3 de Noviembre de 2016.
- Benavente Moreda, Pilar. Acogimiento y retorno a la propia familia. Diciembre 2009 Madrid. Fecha de consulta: 3 de Noviembre de 2016.
- Berrocal Lanzarot, Ana. Derecho de Familia Diario de La Ley 13 de Octubre de 2015. Fecha de consulta: 8 de Marzo de 2016.
- Botana, Gema. Actualidad Civil Diario de La Ley 2015. Fecha de consulta: 8 de Noviembre de 2015.
- Cid Fernández, Xosé Manuel. Valores transversales en la práctica educativa 2001, Madrid. Fecha de consulta: 8 de Noviembre de 2016.
- De Torres Perea José Manuel, Profesor Titular de Derecho Civil. Interés Superior del Menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar. Madrid 2009. Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2015.
- Díaz Martínez, Ana. Comentario a la Sentencia de 12 de mayo de 2011. Fecha de consulta: 4 de Noviembre de 2016.
- Escribano Tortajada, Patricia. Los conceptos de desamparo y situación de riesgo desde la perspectiva de nuestros tribunales. Diario de La Ley. 30 de junio de 2009. Fecha de consulta: 6 de Marzo de 2016.

- García y García, Inmaculada. 1988 Diario de La Ley. Notas para la construcción jurídica del acogimiento de menores en Derechos español. Fecha de consulta: 25 de Noviembre de 2015.
- Guilarte Martín-Calero, Cristina. La concreción del interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tirant lo blanch 2014. Fecha de consulta: 2 de Noviembre de 2016.
- López Jora, Manuel. Naturaleza exclusivamente jurisdiccional de la suspensión cautelar de las visitas entre menores acogidos y su familia biológica. Diario de La Ley 2014. Fecha de consulta: 8 de Marzo de 2016.
- Manteca Valdelande, Víctor. Doctor en Derecho. Actualidad Administrativa, N° 18, Sección Práctica Profesional, Quincena del 16 al 31 Oct. 2011, pág. 2338, tomo 2, Editorial LA LEY. Fecha de consulta: 8 de Noviembre de 2016.
- Moreno-Torres Sanchez, Julieta. Modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia 2009 Editorial Aranzadi. Fecha de consulta: 12 de Marzo de 2016.
- Noriega Rodríguez, Lidia. Comentario a la distinta normativa de protección jurídica de menores promulgada en el ámbito estatal y autonómico gallego. 31 de julio de 2011 Diario de La ley. Fecha de consulta: 9 de Marzo de 2016.
- Paz-Ares Rodríguez Cándido. Comentario del Código Civil. Secretaria General Técnica. 1991. Fecha de consulta: 6 de Noviembre de 2016.
- Pérez Álvarez, Miguel Ángel. Coordinadores: Martínez Vázquez de Castro, Luis y Escribano Tortajada, Patricia . Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil. Tirant lo Blanch 2016. Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2015.
- Roca Trías, María Encarnación. El interés superior del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado. 25 de Noviembre de 1993 Barcelona. Fecha de consulta: 4 de Noviembre de 2016.

## PÁGINAS WEB:

- Abc. es (2015) la reforma de la infancia y adolescencia. Fecha de consulta: 19 de Noviembre de 2015. <http://www.abc.es/familia-padres-hijos/20150730/abci-reforma-infancia-adolescencia-201507301606.html>
- Apega (2015) Historia de los derechos de infancia. Fecha de consulta: 15 de Noviembre de 2015 <http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf>
- Aprodeme (2016) Jurisprudencia de interés. Fecha de consulta: 25 de Marzo de 2016. <http://aprodeme.org/recursos/jurisprudencia-de-interes/>
- Civil.udg (2016) Normativa civil estatal. Fecha de consulta: 5 de Marzo de 2016. <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/cc/1T7.htm>
- Crecer en libertad (2016) Leyes de protección al menor por Comunidades Autónomas. Fecha de consulta: 3 de Marzo de 2016. <http://www.crecerenlibertad.org/foro/index.php?p=/discussion/238/leyes-de-proteccion-al-menor-por-comunidades-autonomas>
- Cultural Rights. (2016) Fecha de consulta: 20 de Marzo de 2016. <http://www.culturalrights.net/es/documentos.php?c=18&http://www.culturalrights.net/es/documentos.php?c=18&p=188>
- Defiendderechos (2015) La privación de la patria potestad. Fecha de consulta: 18 de Noviembre de 2015 <http://defiendderechos.blogspot.com.es/2013/05/privacion-de-la-patria-potestad.html>
- El derecho (2015) La ley de protección a la infancia y la adolescencia. Fecha de consulta: 19 de Noviembre de 2015. [http://www.elderecho.com/actualidad/ley-proteccion-infancia-adolescencia-menor\\_0\\_850875029.html#.Vk35hD1Lh7Y.email](http://www.elderecho.com/actualidad/ley-proteccion-infancia-adolescencia-menor_0_850875029.html#.Vk35hD1Lh7Y.email)
- Gobierno de Canarias. (2016) Políticas Sociales. Manual de riesgo. Fecha de consulta: 4 de Marzo de 2016. [http://www.gobiernodecanarias.org/opencms8/export/sites/politicassociales/infanciayfamilia/.content/PDF/manual\\_de\\_riesgo.pdf](http://www.gobiernodecanarias.org/opencms8/export/sites/politicassociales/infanciayfamilia/.content/PDF/manual_de_riesgo.pdf)
- Indret. com Revista para el análisis del Derecho (2016). Fecha de consulta: 3 de Noviembre de 2015. <http://www.indret.com/es/>
- Junta de Andalucía (2016). Área de infancia y familias. Fecha de consulta: 3 de Marzo de 2016.



<http://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadypoliticassociales/areas/infancia-familias/acogimiento/paginas/pasos-acogimiento.html>

- Junta de Castilla y León (2016). Servicios Sociales. Fecha de consulta: 23 de Marzo de 2016. [http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/745/782/2.Primer\\_a\\_parte.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bchase](http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/745/782/2.Primer_a_parte.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bchase)

- Jurisprudencia derecho de familia. (2016) Declaración de desamparo y acogimiento preadoptivo. Fecha de consulta: 21 de Marzo de 2016. [https://jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2012/11/30/declaracion-de-desamparo-y-acogimiento-preadoptivo-interes-superior-de-le-menor/-](https://jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2012/11/30/declaracion-de-desamparo-y-acogimiento-preadoptivo-interes-superior-de-le-menor/)

- Laleydigital360 (2016). Fecha de consulta: 10 de Noviembre de 2016. <http://laleydigital.laley.es/Content/Inicio.aspx>

- Madrid.org (2015) Comunidad de Madrid. Fecha de consulta: 19 de Noviembre de 2015. <http://www.madrid.org>

- Masola.org (2015) La adopción monoparental cada vez es más difícil. Fecha de consulta 21 de Noviembre de 2015. <http://masola.org/masola-en-prensa/la-adopcion-monoparental-cada-vez-es-mas-dificil/>

- Noticias Jurídicas (2015) Contenido y novedades de la ley 26 de julio de 2015 de protección a la infancia y a la adolescencia. Fecha de consulta: 19 de Noviembre de 2015. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10409-contenido-y-novedades-de-la-ley-26-2015-de-28-de-julio-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia/#.Vk34i7CDbu4.email>

- Noticias Jurídicas (2016) Doctrina del Tribunal Supremo sobre los criterios para apreciar desamparo en menores sometidos a guarda de hecho. Fecha de consulta: 25 de Marzo de 2016. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/6400-el-ts-establece-doctrina-sobre-los-criterios-para-apreciar-si-un-menor-sometido-a-guarda-de-hecho-se-encuentra-en-situacion-de-desamparo/>

- Rae (2016) Fecha de consulta: 5 de Marzo de 2016. <http://dle.rae.es/?id=0oKpOJX>

- Save the children. (2016) Modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Fecha de consulta: 19 de Marzo de 2016. [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/modificacion\\_del\\_sistema\\_de\\_proteccion\\_a\\_la\\_infancia\\_y\\_a\\_la\\_adolescencia.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/modificacion_del_sistema_de_proteccion_a_la_infancia_y_a_la_adolescencia.pdf)

- Tirant Asesores. (2016). Fecha de consulta: 28 de Octubre de 2016. [www.tirantasesores.com/tase/login/forum](http://www.tirantasesores.com/tase/login/forum)

- Unicef (2016). Fecha de consulta: 19 de Marzo de 2016.  
[https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf)
[https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf)
  
- UniversoJus. (2016) Prohijamiento. Fecha de consulta: 21 de Noviembre de 2016.  
<http://universojus.com/definicion/prohijamiento>
  
- Usal (2016) Gerencia territorial de los servicios sociales de Valladolid. Fecha de consulta: 21 de Noviembre de 2016. <http://sid.usal.es/centrosyservicios/discapacidad/141/2-1-1-1/gerencia-territorial-de-servicios-sociales-de-valladolid.aspx>
  
- Vlex (2016). Fecha de consulta: 28 de Octubre de 2016.  
<http://es.cms.vlex.com/productos/profesionales/es-pa-vlex-espana>
  
- Xunta.es (2015) Adopciones. Fecha de consulta: 21 de Noviembre de 2015.  
[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H3FkR8DKFloJ:adopcions.xunta.es/adjuntos/cEnlacesDescargas/212\\_1\\_tabla.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H3FkR8DKFloJ:adopcions.xunta.es/adjuntos/cEnlacesDescargas/212_1_tabla.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es)

## SENTENCIAS:

- Sentencia 303/2015 de 13 de noviembre 2015, de la Audiencia Provincial de Burgos.
- Sentencia 565/2009 de 31 de julio de 2009 del Tribunal Supremo.
- Sentencia 582/2014 de 27 de octubre de 2014 del Tribunal Supremo.
- Sentencia de 21 de febrero de 2011 del Tribunal Supremo. Rec. 1186/2008
- Sentencia del Tribunal Constitucional 17 de Octubre de 2012 185/2012.
- Sentencia 29 de mayo de 2000 141/2000 del Tribunal Constitucional.
- Sentencia 4 de Noviembre de 2013 186/2013 del Tribunal Constitucional.
- Sentencia de 3 de junio de 2013, 127/2013 Tribunal Constitucional.
- Sentencia 173/2011 de 7 de noviembre de 2011 del Tribunal Constitucional.
- Sentencia 13 de enero 4/2001 del Tribunal Constitucional.
- 8 de septiembre de 2014 138/2014 del Tribunal Constitucional.
- Sentencia de 13 de noviembre de 2015 Audiencia Provincial de Burgos 303/2015.
- Sentencia de 2 de diciembre 2015 del Tribunal Supremo 687/2015.
- Ponente Baena Ruiz, Eduardo. Sentencia 27 de Octubre del Tribunal Supremo 582/2014.
- Ponente Artola Fernández, Miguel Álvaro. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Iles Balears de 7 de Septiembre de 2016 274/2016.
- La Audiencia Provincial de Cádiz en Sentencia de 15 de febrero de 2000.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila el 10 de junio de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de mayo de 2004.
- Sentencia de 4 de abril de 2003 de la Audiencia Provincial de Málaga.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 582/2014 de 27 de Octubre de 2014.
- Sentencia 632/2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 18ª, 23 de Octubre de 2008.

- Sentencia 730/2011 del Tribunal Supremo Sala 2ª de lo Penal. 12 de Julio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo 582/2014 de 27 de octubre.
- Sentencia 687/2015 de 2 de diciembre 2015 del Tribunal Supremo.
- Tribunal Supremo Sentencia 20 de julio de 2015 1791/2014.

## ANEXO I

### LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL:

#### Derecho Nacional:

- La Constitución de 1978. Publicada en el Boletín Oficial del Estado 311 del 29 de Diciembre de 1978.
- La Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- El Código Civil de 24 de julio de 1889.
- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre.
- La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley de Jurisdicción Voluntaria de 15/2015.
- Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.
- El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.
- La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

- La Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa.
- La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.
- 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 General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
- El Real decreto Legislativo 670/1987, por el que se aprueba la Ley de Clases Pasivas.
- La Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- La Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.
- La Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

#### **Derecho Internacional:**

- La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos.
- La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007.
- El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el de 30 de junio de 1995.
- El Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010.
- Tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014.

- El Reglamento (CE) n.º 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, que deroga el Reglamento n.º 1347/2000.

## ANEXO II

### LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

#### **Derecho Autonómico:**

En la Comunidad de Madrid:

- El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, recoge entre las competencias que asume en su artículo 26.1.24, “la protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud”.
- Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de Tutela y Guarda del menor.
- En este ámbito competencial la Comunidad de Madrid aprobó la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia.

Galicia:

- Estatuto de autonomía de Galicia de 28 de abril del 1981.
- Ley de la familia, la infancia y la adolescencia de 20 de junio de 1997.
- Principado de Asturias:
- Reforma Estatuto de Autonomía Principado de Asturias de 8 de enero de 1999.
- Ley de protección del menor de 20 de abril de 1995.
- Ley de servicios sociales 8 de marzo de 2003.
- Observatorio de la Infancia y la Adolescencia Asturias 7 de febrero de 2006.
- Reglamento centros de alojamiento de menores 20 de junio de 2003.

Cantabria:

- Estatuto de autonomía de Cantabria de 11 de enero de 1982.
- Ley de servicios sociales de 19 de abril de 2007.
- Ley de protección a la infancia y la adolescencia de 28 de mayo de 1999.

País Vasco:



- Estatuto de autonomía del país vasco 22 de diciembre de 1979.
- Ley de atención y protección a la infancia y la adolescencia de 30 de marzo de 2005.

Navarra:

- Régimen foral de navarra de 16 de agosto de 1982.
- Atención y protección a la infancia y a la adolescencia de 14 de diciembre de 2005.

Aragón:

- Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 23 de abril de 2007.
- De la infancia y la adolescencia en Aragón de 8 de agosto de 2001.
- Ley Relativa al Instituto Aragonés de Servicios Sociales 13 de junio del 1996.
- Reglamento Consejo Aragonés de la Adopción de 5 de mayo de 2003.

Cataluña:

- Reforma de estatuto de autonomía de Cataluña de 20 de julio de 2006.
- Ley sobre medidas de protección de menores de 21 de febrero de 1992.
- Ley sobre atención y protección de los niños y adolescentes de 30 de agosto de 1995.
- Observatorio de la infancia y la adolescencia de 29 de noviembre de 2000.
- Reglamento de protección de menores de

La Rioja:

- Estatuto de autonomía de la rioja de 19 de junio de 1982.
- La ley de protección de menores de 23 de marzo de 2006.

Extremadura:

- Estatuto de autonomía de Extremadura de 26 de febrero de 1983.
- Ley de protección y atención de menores de 27 de diciembre de 1994.
- Reglamento sobre funcionamiento de centros de acogida de menores de 15 de octubre de 2002.

Castilla-La Mancha:

- Estatuto de autonomía de castilla la mancha de 16 de agosto de 1982.
- Ley del menor del 31 de marzo de 1999.
- Decreto sobre comisión de tutela de 20 de junio de 1997.

Comunidad Valenciana:

- Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2006.
- Sistema de servicios sociales de 12 de agosto de 1997.
- Ley de protección integral de la infancia de 10 de julio de 2008.

Islas Baleares:

- Reforma Estatuto de Autonomía de Islas Baleares de 1 de marzo de 2007.
- Ley de servicios sociales de 27 de noviembre de 2001.
- Ley Atención y derechos de la infancia y la adolescencia de 13 de diciembre de 2006.
- Decreto sobre Organización y funcionamiento Consejo Infancia y Familia de 18 de febrero de 2003.

Andalucía:

- Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 20 de marzo de 2007, competencia exclusiva en protección de menores
- Ley Orgánica de los derechos y la atención al menor de 24 de junio de 1998, sobre los derechos y la atención al menor.
- Reglamento de la Ley 1/1998 régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.
- Autorización, registro Servicios Sociales de Andalucía ordenación de Centros de Servicios Sociales de Andalucía.
- Modificación Decreto 87/1996 sobre ordenación de Centros de Servicios Sociales en Andalucía.
- Observatorio de la Infancia de 17 de marzo de 2001 sobre investigación, documentación,...
- Acogimiento Residencial de Menores de 22 de diciembre de 2003 sobre acogimiento residencial de menores.

#### Región de Murcia:

- Estatuto de autonomía de Murcia de 19 de junio de 1982.
- Ley de la infancia de 4 de junio de 1995.
- Ley de sistema de servicios sociales de 10 de febrero de 2004.

#### Islas Canarias:

- Estatuto de autonomía de las islas canarias de 16 de agosto de 1982.
- Ley de servicios sociales de 4 de mayo de 1987.
- Reglamento funcionamiento centros atención a menores de 10 de abril del 2000.

#### Castilla y León:

- Plan regional sectorial de protección a la infancia de 27 de diciembre de 2000.
- la Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales.
- 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 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.
- Decreto 57/1988, de 7 de abril, por el que se dictan normas sobre protección de menores.
- Decreto 54/2005, de 7 de julio, por el que se regula el régimen de organización y funcionamiento de los centros específicos destinados a la atención residencial de menores con medidas o actuaciones de protección.
- 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.
- Decreto 203/2000, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Estatuto del Centro Regional Zambrana para la atención a menores con expediente de protección que presenten graves alteraciones de conducta y a menores y jóvenes infractores.
- Decreto 13/1990, de 25 de enero, por el que se regula el Sistema de Acción Social de Castilla y León.

- Decretos por los que se aprueban el Plan Estratégico del Sistema de Acción Social de Castilla y León y los Planes Regionales Sectoriales de Atención y Protección a la Infancia, de Atención a las Personas Mayores, de Atención a las Personas con Discapacidad, y de Acciones para la Inclusión Social.
- Decreto 97/1991, de 25 de abril, sobre inspección y régimen sancionador en materia de Acción Social.
- Ley 2/1995, de 6 de abril, por la que se crea la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León. Decreto 2/1998, de 8 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León.
- Orden FAM/1265/2009, de 5 de junio, por la que se desarrolla la estructura orgánica de los servicios centrales de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León.
- Ley 8/2009, de 16 de junio, de transferencia de competencias entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales de Castilla y León.
- 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.
- Orden FAM/120/2010, de 2 de febrero, por la que aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades privadas sin ánimo de lucro para la realización de programas y actividades de protección a la infancia y apoyo a familias desfavorecidas en la Comunidad de Castilla y León.
- Resolución de 1 de marzo de 2011, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que crea la Red Centinela del Sistema de Protección a la Infancia de Castilla y León y se establecen y regulan las estructuras que la integran. Decreto 99/2003, de 28 de agosto, por el que se regula la organización y funcionamiento del Consejo Regional y los Consejos Provinciales de Atención y Protección a la Infancia.
- Decreto 100/2003, de 28 de agosto, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Atención y Protección a la Infancia.
- Decreto 131/2003, de 28 de agosto, 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.

- Decreto 19/1999, de 8 de febrero, por el que se establece el precio de la plaza por día a satisfacer por la prestación de servicios y estancias en el Centro «Zambrana», de Valladolid, dependiente de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León.
- Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo.
- Orden FAM/124/2010, de 2 de febrero, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de becas dirigidas a jóvenes que hayan sido objeto de medida de guarda, mediante expediente de protección de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.
- Orden FAM/970/2007, de 25 de mayo, por la que se regulan los contenidos, duración, organización y desarrollo de la formación previa de los solicitantes de adopción en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.
- Orden FAM/1990/2008, de 10 de noviembre, por la que se regulan la habilitación y autorización de profesionales, y la inscripción y autorización de entidades para dispensar los servicios de asesoramiento y de mediación en el ejercicio del derecho de las personas adoptadas a conocer los propios orígenes, y la organización y funcionamiento de dichos servicios.

## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, dar las gracias a mis padres, por el apoyo y por el esfuerzo que han hecho por dejarme estudiar lo que deseaba y de verdad me motivaba. Por todo.

Gracias a mi tutora, María del Lirio Martín García, por proponer el tema que no sólo es mi Trabajo de Fin de Carrera, sino que es el tema que me servirá en mi vida personal en un futuro no muy lejano, y ojalá profesional. Gracias por ayudarme y por dirigirme, sobretodo en este cambio de pensamiento y de enfoque en mi vida a partir del trabajo.

Gracias a Mariu Díaz-Miguel García, Dinamizadora Social en el Ayuntamiento de Segovia en el Área de Juventud, por enseñarme la práctica y la verdadera situación del sistema de protección a menores a todos los niveles posibles, y darme un enfoque real de los instrumentos y más en concreto, del acogimiento familiar.

Gracias a los profesores que no sólo enseñan, ya que como dijo Benjamín Franklin: *“Dime y lo olvido, enséñame y lo recuerdo, involúcrame y lo aprendo.”* Ellos son los que hacen del Derecho un mundo para nosotros, los aprendices de juristas.

Y por último agradecer a todas esas personas que de una manera u otra me han dado el empujón que necesitaba en el momento preciso para conseguir lo que perseguía.

GRACIAS.