



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

TRABAJO FIN DE GRADO

**La Oposición a las Resoluciones de la Entidad
Pública en Materia de Protección de Menores**

Alumna:

Laura Vaca Sánchez

Tutora:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 17 de julio de 2023

RESUMEN

Los menores pueden ver afectados sus derechos e intereses dentro de su ámbito familiar, dando lugar a situaciones de riesgo y desamparo. En el momento que surgen estas circunstancias, tal como indica el art. 39 de la CE, los poderes públicos serán quienes deban ejercer la protección de estos, declarando en cada caso la resolución administrativa correspondiente, en modo de salvaguarda de sus derechos y su bienestar, pero en muchos casos esas resoluciones dadas por la administración se podrán impugnar por aquellos que estén legitimados y crean que las medidas adoptadas por la administración no son las adecuadas. Este trabajo se centra en el estudio del procedimiento de oposición a las resoluciones de la entidad pública en materia de protección de menores, en el que analizaré la regulación que asiste a los menores, así como la evolución que han tenido las modificaciones respecto a este procedimiento y los derechos que asisten a los menores, también estudiaré la actuación de la administración en caso de que se den las circunstancias precisas para la posible declaración de riesgo o desamparo, y el caso concreto de Castilla y León. Centrándome en el tema de mi trabajo procederé a investigar su proceso y sus particularidades procesales, teniendo en cuenta como afecta a este, el interés superior del menor, encontrándonos de esta forma con un proceso especial con mayores garantías en favor de estos.

Palabras clave: Interés superior del menor, Riesgo, Desamparo, protección de menores, Actuación de la administración, Oposición a las resoluciones, Especialidades procesales

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	6
2.	ANTECEDENTES.....	8
2.1.	Regulación Legal.....	8
2.2.	MODIFICACIONES OPERADAS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	9
2.2.1.	La ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción	9
2.2.2.	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	10
2.2.3.	Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.....	12
2.2.4.	Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.	16
2.2.5.	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.	20
3.	El Interés Superior del Menor.....	24
3.1.	Riesgo	26
3.2.	DESAMPARO.....	28
4.	ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES	32
4.1.	La Acción de la Administración	32
4.1.1.	Acción de la Administración en Castilla y León	34
5.	LA OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES	38
5.1.	Concepto y Naturaleza Jurídica.....	39
5.2.	Ámbito de Aplicación	41
5.3.	Competencia.....	42
5.3.1.	Supuesto General.....	42
5.3.2.	Concurrencia de un acto de Violencia de Género.....	44
5.4.	Plazo para Formular Oposición	45
5.5.	Las Partes: Legitimación.....	45
5.5.1.	Activa y Pasiva.....	45
5.5.2.	Intervención del Ministerio Fiscal.....	46
5.5.3.	Escrito inicial, formulación sucinta de la pretensión y reclamación del expediente ..	48
5.5.4.	Postulación Procesal.....	49
5.6.	Procedimiento	49
5.6.1.	Especialidades del procedimiento de oposición y aplicación de las disposiciones generales contenidas en el Cap. I (arts. 748 a 755 LEC)	50
5.7.	Demanda y Pretensión.....	50

5.8.	Contestación.....	52
5.9.	Acumulación de Procesos	52
5.10.	La Escucha del Menor	53
5.11.	Vista	53
5.12.	Sentencia y cosa juzgada.....	55
5.13.	Recursos	55
5.14.	Ejecución.....	55
6.	Concepción Dinámica del Interés Superior del Menor: Excepciones a la Preclusión y Eficacia de la Cosa Juzgada.....	58
7.	CONCLUSIONES	61
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	64
8.1.	JURISPRUDENCIA	65
8.2.	LEGISLACIÓN.....	66
8.3.	OTROS DOCUMENTOS.....	66

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

LEC: Ley de enjuiciamiento Civil

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

LOPJM: Ley Orgánica del Poder Judicial de Menores

MF: Ministerio Fiscal

CCAA: Comunidad Autónoma

JVSM: Juzgado de violencia de la mujer

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

FGE: Fiscal General del Estado

LJCA: Ley Jurisdicción contencioso-administrativa

CP: Código Penal

LO: Ley Orgánica

BOE: Boletín Oficial del Estado

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

1. INTRODUCCIÓN

La protección jurídica del menor tras la entrada en vigor de la Constitución y su regulación en ella ,ha ido desembocando en una constante regulación y transformación de diferentes leyes, así como la creación de regulaciones específicas acerca de los derechos que asisten a los menores de edad, entre ellas encontramos la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción, mas tarde la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la ley de enjuiciamiento Civil o las últimas reformas que se realizaron mediante la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que establece una regulación más profunda sobre las instituciones jurídicas de protección y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Teniendo en cuenta toda esta normativa, a lo largo del trabajo me centraré en la determinación e importancia del interés superior del menor y como este opera como fundamento de la administración pública para la detención de situaciones que rompen totalmente con los derechos de estos menores, analizando las distintas instituciones que pueden dar lugar a la intervención de las Entidades Públicas, como actúa esta y que acciones pueden emprender para solventar estas circunstancias tanto en España como en Castilla y león.

La protección del menor tiene como objeto principal como he mencionado anteriormente su interés superior como bien indicia el art 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”. En estos casos se tendrá en cuenta la situación en la que se encuentre el menor, distinguiéndose entre dos instituciones que serán la de riesgo y desamparo, siendo la última de estas más grave que la anterior, dando lugar a la intervención de las administraciones publicas con el fin de facilitar una solución.

En la segunda parte de mi trabajo me centro en el tema por el cual hago referencia a todo lo anterior , y es la oposición a las resoluciones de la entidad pública en materia de protección de menores, esta tendrá lugar, una vez las administraciones públicas competentes hayan evaluado la situación del menor y hayan determinado y declarado administrativamente la resolución de desamparo o las medidas de protección procedentes a cada caso.

Este proceso se encuentra regulado en el art 780 de la Ley De Enjuiciamiento Civil, (esta regulación ha tenido su origen tras varias reformas); en ella se encuentra el procedimiento para impugnar las diferentes resoluciones de las entidades públicas que pueden darse para cada caso particular del menor, este procedimiento es considerado como un "proceso especial indispensable", que requiere un trámite distinto al de los procedimientos ordinarios debido a las particularidades derivadas de los derechos sustantivos involucrados, este proceso tiene como fin, el garantizar por medio de la oposición que las medidas adoptas por la entidad protectora sean correcta o en el caso que se determine que no lo son que exista la posibilidad de las partes de poder recuperar la patria potestad o la posibilidad de que el menor vuelva al entorno familiar.

Por lo tanto, en él se juzgan situaciones jurídicas en las que hay un interés general subyacente, que trasciende la voluntad de las personas directamente involucradas. Como resultado, en estos procesos no pueden aplicarse plenamente los principios de dispositividad y aportación de las partes, sino que se reemplazan por los principios opuestos de oficialidad y de investigación oficial.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizare todas y cada uno de las partes de este proceso, así como su funcionamiento, y quienes estarán legitimados para poder llevar acabo esta acción de impugnación al no estar de acuerdo con la resolución de la administración.

Por último, aludiré a ciertas particularidades procesales que ofrece el sistema de protección del menor, cuya complejidad hace necesario un tratamiento específico, como la preclusión y la cosa juzgada material.

2. ANTECEDENTES

El proceso de oposición a las resoluciones de la entidad pública en materia de protección de menores surge de la necesidad de dotar a los menores de una mayor protección y garantías dentro del marco jurídico que les ampara; con esto se establece como objeto principal el interés superior del menor, actuando, así como fundamento de la actuación legislativa, administrativa y jurisdiccional, justificando de esta forma que su protección va a ser prioritaria encontrando reflejo tanto en nuestra Constitución, como también en la normativa estatal, autonómica, comunitaria e internacional.

2.1. REGULACIÓN LEGAL

Consecuente con el mandato constitucional y con la tendencia internacional adoptada se ha llevado a cabo, en los últimos años, un importante proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores.

Su regulación legal, está formada por los siguientes dos marcos jurídicos: uno más general y antiguo, y otro con carácter más específico y reciente. En primer lugar, el primero de ellos que será el marco ordinario estará formado por normas de carácter constitucional y tratados internacionales.

El artículo 39 de la Constitución es aquel que establece los principios rectores de la política social y económica, y se centra en la protección de la familia, así como el aseguramiento y bienestar de los menores destacando la obligación de la sociedad y las instituciones públicas de realizar estas, además señala que "los niños tendrán derecho a la protección prevista en los tratados internacionales que velen por sus derechos".¹

Esta disposición del artículo 39 de la Constitución nos lleva a considerar ahora las normas internacionales, entre las cuales merecen especial atención la Declaración de los Derechos

¹ Artículo 39 de la Constitución:

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

del Hombre de las Naciones Unidas de 1959, la posterior Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.

Estos textos mencionados son jurídicamente vinculantes para todas aquellas autoridades públicas que: 1) por un lado, les imponen la responsabilidad de desarrollar una política de protección de menores, lo que implica la implementación de medidas administrativas y legislativas; y 2) por otro lado, en particular las convenciones internacionales de derechos del niño, que establecen contenidos específicos (los distintos derechos reconocidos a los menores) que claramente influyen en el conjunto de derechos de los menores establecidos en la Ley autonómica catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, así como en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.²

El marco normativo más cercano y específico está conformado por diferentes leyes y sus respectivas modificaciones; entre ellas encontramos las siguientes, que explicare con mas detalles en el siguiente apartado.

2.2. MODIFICACIONES OPERADAS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

2.2.1. LA LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE ADOPCIÓN

Es la que ha introducido mayores cambios respecto al ámbito de protección del menor. Esta misma ley fue la que suprimió el antiguo concepto de abandono por la institución del desamparo, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela del menor en los supuestos de desprotección grave.

Además, se incluyeron cambios significativos en la redacción de las leyes para fortalecer la integración familiar a través de la adopción. Se estableció el acogimiento familiar como una institución de protección del menor y se amplió el alcance del principio del interés superior del menor, el cual debe inspirar todas las decisiones tanto administrativas como judiciales

² MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “El acogimiento en el marco del sistema legal de protección de menores”. (s/f). Revista Institut D’estudis Superiors de la Família, Barcelona Págs. 3-6
<https://www.quadernsdepolitiquesfamiliars.org/revistas/index.php/qp/1/40>

relacionadas con ellos. También se otorgaron mayores facultades al Ministerio Fiscal en lo que respecta a los menores, junto con las correspondientes obligaciones que conlleva.

2.2.2. LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Según como indica la exposición de motivos de esta ley, la Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a 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 compromiso por brindar al niño una protección jurídica adecuada se refleja en los diversos Tratados Internacionales que España ha ratificado en los últimos años. A pesar de los innegables avances y las importantes innovaciones introducidas por la ley anteriormente mencionada, su implementación ha revelado ciertas deficiencias. Además, el transcurso del tiempo desde su promulgación ha generado nuevas necesidades y demandas en la sociedad.

Diversas entidades, tanto públicas como privadas, incluyendo las Cámaras Parlamentarias, el Defensor del Pueblo, el Fiscal General del Estado y diferentes organizaciones relacionadas con los derechos de los menores, expresaron su preocupación e instaron al Gobierno a adaptar la legislación a las demandas de la sociedad actual.

Por consiguiente, esta legislación busca ser la respuesta inicial a dichas demandas, afrontando una reforma integral de las instituciones de protección del menor establecidas en el Código Civil.

En este contexto, aunque la modificación de los preceptos relevantes del Código Civil constituye el eje principal de la Ley, su contenido va más allá de los límites de dicho código. Establece un extenso marco jurídico de protección que involucra a todos los Poderes Públicos, a las instituciones relacionadas con los derechos de los menores, a los padres, familiares y a la ciudadanía en general.

Las transformaciones sociales y culturales experimentadas en nuestra sociedad han generado un cambio en el estatus del niño, lo que ha llevado a un nuevo enfoque en la construcción de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque implica una reformulación de la

estructura de los derechos de protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX. Se basa principalmente en el reconocimiento pleno de los derechos de los menores y en su capacidad gradual para ejercerlos.

El marco legal, incluyendo esta legislación en concreto, refleja de manera progresiva una visión de los menores como individuos activos, participativos y creativos. Reconoce su capacidad para influir en su entorno personal y social, así como para participar en la búsqueda y satisfacción de sus propias necesidades y en el bienestar de los demás.

Basándonos en los avances científicos actuales, podemos concluir que no hay una separación clara entre las necesidades de protección y las necesidades asociadas a la autonomía de los individuos. En lugar de eso y según establece esta ley la mejor manera de asegurar la protección de la infancia desde una perspectiva social y legal es fomentar su autonomía como sujetos. De este modo, se desarrolla gradualmente un control sobre la propia situación personal y aspiraciones futuras. Este aspecto, según se menciona en los motivos por los que surgieron la reforma, es crucial en todos los sistemas contemporáneos de protección a la infancia y constituye el desafío al que se enfrentan todos los marcos legales y los mecanismos de promoción y salvaguarda de los menores. Por tanto y atendiendo a todo lo anterior esta es la base conceptual en la que se fundamenta la presente Ley, centrada en las necesidades de los menores, así como en el núcleo de sus derechos y su protección.

En referencia al proceso de oposición a las resoluciones de la entidad pública esta **ley** regula los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo por tanto la obligación que tendrá la entidad pública en relación con la investigación de los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los Servicios Sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la ley.

Asimismo, se establece la responsabilidad de cualquier individuo que identifique una situación de peligro o posible desamparo de un menor, de brindarle ayuda inmediata y de informar del incidente a la autoridad o a los agentes más cercanos. De manera específica, se prevé también la obligación de los ciudadanos de informar a las autoridades competentes en caso de que un menor se ausente de manera habitual o sin justificación del centro escolar.

Podemos considerar como innovadora la diferenciación, dentro de las situaciones de vulnerabilidad social de un menor, entre los casos de riesgo y los de desamparo, lo cual conlleva distintos niveles de intervención por parte de las autoridades públicas. En las

situaciones de riesgo, donde existe un perjuicio para el menor, pero no alcanza una gravedad que justifique su separación del entorno familiar, la intervención se enfoca en eliminar los factores de riesgo dentro del ámbito familiar. Por otro lado, en los casos de desamparo, donde los hechos revisten una gravedad que amerita la separación del menor de su familia, la intervención implica que la entidad pública asuma la tutela del menor y se suspenda la patria potestad o tutela ordinaria.

A lo largo de esta Ley se evidencia una preocupación fundamentada en la experiencia adquirida a través de la aplicación de la Ley 21/1987. Su objetivo principal es agilizar y aclarar los procesos administrativos y judiciales que involucran a los menores, garantizando que en ningún momento queden desamparados o desprotegidos.

Por tanto, además de establecer como principio fundamental que todas las acciones deben tener en cuenta principalmente el interés del menor y no interferir en su vida escolar, social o laboral, se estipula que las resoluciones que identifiquen una situación de desamparo deben notificarse a los padres, tutores y cuidadores en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. Se les debe informar de manera clara y comprensible, preferiblemente de forma presencial, sobre las causas que llevaron a la intervención de la Administración y los posibles efectos de la decisión adoptada.

En resumen, el objetivo es establecer un principio de celeridad y prontitud en todos los procesos administrativos y judiciales que involucran a menores, con el fin de evitar posibles perjuicios innecesarios causados por la rigidez de dichos procedimientos.

Además, se aclara que las competencias de naturaleza administrativa corresponden a las Comunidades Autónomas, así como a las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con la distribución constitucional de competencias y las responsabilidades asumidas por cada una de ellas en sus respectivos Estatutos.³

2.2.3. LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Otra de las modificaciones que han tenido gran impacto en la regulación de los menores es La ley 24/2007 , que surgió dadas las circunstancias económicas y demográficas de determinados países, en los que muchos niños no encontraban un ambiente propicio para su desarrollo, esta circunstancia unida al descenso de la natalidad en España, origino en los

³ Preámbulo de la LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

últimos años que el número de menores extranjeros adoptados por españoles o residentes en España se incrementara notablemente. En dicha situación surgen nuevas necesidades y demandas sociales de las que se han hecho eco numerosas instituciones tanto públicas como privadas, que han trasladado al Gobierno la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad social actual.

El creciente número de adopciones internacionales plantea un desafío legal considerable para el legislador, quien debe proporcionar los instrumentos normativos necesarios para que dichas adopciones se realicen con las máximas garantías y respetando los intereses de todos los involucrados, en este caso de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio.

La Ley actual combina los principios y valores establecidos en nuestra Constitución con las disposiciones de los tratados internacionales sobre adopción que forman parte de nuestra legislación.

Esta nueva legislación considera la adopción internacional como una medida de protección para los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen. Establece las garantías necesarias y apropiadas para asegurar que las adopciones internacionales se lleven a cabo en el interés superior del niño y respetando plenamente sus derechos.

Es importante destacar que esta Ley debe interpretarse en todo momento en consonancia con el principio del interés superior de los menores, el cual tiene prioridad sobre cualquier otro interés legítimo que pueda surgir en los procesos de adopción internacional. El objetivo de esta Ley es establecer una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada que aborde de manera adecuada el fenómeno de la adopción internacional en España.

En relación con el procedimiento de oposición y con anterioridad a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; la regulación existente en este ámbito era muy deficitaria. La ausencia de plazos para ejercer la acción de revocación⁴ de la declaración de desamparo(art 172 CC) y para impugnar judicialmente las resoluciones administrativas en la materia (art 780 LEC), provocaba consecuencias desestabilizadoras y perjudiciales para el menor y su entorno, quienes transcurrido un tiempo razonable y afianzada la situación generada tras la actuación administrativa debían afrontar en ocasiones una impugnación inopinada. Haciéndose eco de esta problemática, la Memoria de la Fiscalía General del

⁴ La acción de revocación no es un medio de impugnación propiamente dicho, su fundamento es acreditar la inadecuación de lo decidido debido al cambio de circunstancias que motivaron la declaración de la situación de desamparo y la adopción de medidas protectoras

Estado de 2005 incluyó entre sus propuestas legislativas la de reformas el CC y la LEC, destacando la necesidad de incorporar “una más adecuada regulación del régimen de protección de menores”, apuntando a este respecto la necesidad de fijar la pertinente legitimación activa en orden a las diversas clases de impugnación y de establecer plazos para su ejercicio.

Estas reivindicaciones fueron recogidas en esta ley que, con el fin de impedir la existencia de procesos permanentemente abiertos y de facilitar la integración del menor en una nueva familia mediante la adopción, modificó los art 780 de la LEC y 172 del CC, incluyendo lo que a decir la Fiscalía General del Estado, es la piedra angular del nuevo sistema de protección, la existencia de dos clases de medios de impugnación: las acciones de oposición, cuya finalidad es atacar la resolución administrativa por la que se acuerda la mediad protectora, y las acciones de revocación, fundamentadas en el cambio en las circunstancias que la Administración tuvo en cuenta para acordar el desamparo. Con estas últimas no se impugna la declaración administrativa de desamparo en sí, ni se pretende revisar la sentencia que desestimo la oposición frente a ella; en definitiva, lo que persiguen no es combatir los fundamentos de la declaración primigenia de desamparo, si no determinar en virtud de hechos y pruebas nuevos, si continúa estando fundamentada su persistencia.⁵

En este sentido, y por lo que a la acción de oposición se refiere, la modificación del art 780.1 LEC, estableció plazos de caducidad para su ejercicio por los padres que tuviesen suspendida la patria potestad: tres meses desde la notificación del desamparo, dos en el caso de las demás resoluciones administrativas en la materia.

La reforma del art 172 CC. Incorporó varios cambios importantes: el apartado 6º consagro la siguiente redacción: “Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa”.

Por su parte, el apartado 7º estableció un plazo de dos años desde la notificación administrativa del desamparo, en el que los padres que continuaban ostentando la patria potestad, pero la tenían suspendida por esta causa podrían solicitar el cese de suspensión y la revocación de tal declaración, debido a algún cambio en las circunstancias que la motivaron, entendiéndose estos que podrían encontrarse en condiciones de asumir nuevamente

⁵ Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional

la patria potestad. De igual modo, y durante este mismo plazo, se les concedía legitimación para oponerse a las decisiones de la Entidad Pública que se adoptaran respecto a la protección del menor. Agotado este tiempo decaería su derecho, tanto para pedir administrativamente la revocación de desamparo, como para oponerse judicialmente a las decisiones sobre protección del menor, conservando únicamente la facultad para facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar al desamparo. Esta última cobraba sentido de cara a posibilitar las facultades de la Administración contempladas en el apartado 8º, conforme al cual “La entidad pública, de oficio o instancia del Ministerio Fiscal, o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal”.

Se entendía, además, y a decir de la Circular 1/2008 de la FGE, de 22 de diciembre, que las previsiones contenidas en el art 172 CC posibilitaban atender al principio de reintegración familiar del menor siempre que las circunstancias fueran adecuadas, puesto que en la redacción del precepto del legislador habría tenido en cuenta que, con independencia de que la declaración de desamparo estuviese justificada, debería concederse a los progenitores la oportunidad de superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes y, consiguientemente, de recuperar la plenitud de la patria potestad en un tiempo razonable, que la Ley fijó en dos años, plazo durante el que podrían promover la revocación y oponerse a las actuaciones acordadas por la Administración sobre la protección del menor.⁶

La combinación sistemática de ambos enfoques y el período de tiempo establecido planteaban dos aspectos importantes. Por un lado, se establecía que no se debían tomar decisiones sobre la situación del menor que fueran incompatibles con la posibilidad de reintegración en su familia biológica hasta que transcurriera dicho período. Por otro lado, se reconocía que este plazo no debía obstaculizar la realización de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas si se comprobaba la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente a sus hijos. En estos casos, se aconsejaba que la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal promovieran la privación definitiva de la patria potestad de acuerdo con lo establecido en el artículo 170 del Código Civil.⁷

⁶ LASARTE, C. (2016): “Principios de derecho Civil IV, Derecho de familia”, Marcial Pons, Madrid. Pág 172

⁷ LOPEZ JARA, MANUEL “Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y a la Adolescencia”, Dykinson, S.L., Madrid, págs. 963-965

2.2.4. LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA.

Esta ley surge a raíz de todos los cambios sociales que tuvieron lugar transcurridos casi veinte años desde la publicación de la ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que inciden en la situación de los menores y resaltan la necesidad de mejorar los mecanismos de protección jurídica con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo del artículo 39 de la Constitución y de las normativas internacionales.⁸

En línea con lo expuesto, el propósito de esta ley es implementar las modificaciones requeridas en la legislación española de protección a la infancia y adolescencia. Estas modificaciones tienen como finalidad asegurar una protección uniforme para los menores en todo el Estado. Además, busca servir como punto de referencia para las comunidades autónomas la elaboración de sus propias leyes en este ámbito. Asimismo, esta ley incorpora innovaciones que ya han sido implementadas por algunas normativas autonómicas en años anteriores, estableciendo así una reciprocidad en la actualización de la legislación.

Bien como indica el Preámbulo de esta modificación de ley “Las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor se refieren, básicamente, a la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España, tales como la situación de los menores extranjeros, los que son víctimas de violencia y la regulación de determinados derechos y deberes. Por otra parte, se realiza una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.”⁹

Entrando en ciertas modificaciones que hace esta ley cabe hacer mención debido a la relación con el proceso de oposición a el artículo 11, este se introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. En línea con estos principios, las autoridades llevarán a cabo acciones de concienciación, prevención, asistencia y protección contra

⁸ LLEDÓ YAGUE, F., FERRER VANRELL, P., TORRES LANA, J.A., ANCHÓN BRUÑÉN, M.J. (2016): “Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y a la Adolescencia” Dykinson, S.L., Madrid, págs.

⁹ Exposición de Motivos Ley orgánica 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

cualquier forma de abuso infantil. Se establecerán procedimientos que garanticen la coordinación entre las diferentes entidades gubernamentales responsables de esta labor.

En estrecha vinculación con lo expuesto, en el artículo 12 se asegura el respaldo requerido para que los menores que se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o violencia doméstica puedan permanecer junto a dicha persona. Además, se establece la presunción de minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no pueda ser determinada de manera segura, hasta que se establezca definitivamente.

En este mismo artículo se establecen los principios fundamentales de la reforma de las instituciones de protección a la infancia y adolescencia. Se destaca la prioridad de las medidas estables sobre las temporales, de las soluciones familiares sobre las residenciales y de las decisiones consensuadas sobre las impuestas.

Además, en este artículo se establece como obligación que las Entidades Públicas tengan la función de revisar, en plazos concretos, las medidas de protección adoptadas, realizando de esta forma un seguimiento de cada menor y una revisión de las medidas adoptadas.

Siguiendo los principios mencionados previamente, se lleva a cabo la reforma de las instituciones de protección a la infancia y adolescencia, estableciendo una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y desamparo. Por primera vez, estos conceptos jurídicos indeterminados se definen en una normativa a nivel estatal, incorporando principalmente el contenido sustantivo que la jurisprudencia y la legislación autonómica han recogido durante estos años.

En relación a la situación de riesgo, se lleva a cabo una reforma integral del artículo 17, abordando tanto la figura en sí como su correspondiente procedimiento, los cuales no estaban regulados a nivel estatal. Es de vital importancia una intervención adecuada para abordar y actuar en las situaciones de riesgo en las que se encuentren los menores, con el fin de preservar su interés superior. Esto evita en muchos casos que la situación se agrave y que se deban tomar decisiones más traumáticas y costosas a nivel individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia.

La normativa establece que el plan de acción puede ser acordado de manera consensuada con los padres u otros responsables legales, en línea con el principio mencionado anteriormente que prioriza soluciones consensuadas sobre las impuestas. Sin embargo, si se niegan a llegar a un acuerdo o no colaboran en su implementación, se emitirá una resolución administrativa declarando la situación de riesgo. Esto se hace con el objetivo de

proporcionarles información sobre cómo actuar para evitar una posterior declaración de desamparo.

Existen dos novedades clave en relación a la regulación del desamparo. En el artículo 18 se amplía la definición de la situación de desamparo establecida en el artículo 172 del Código Civil. Por primera vez en una normativa de ámbito estatal, se especifican las circunstancias que determinan dicha situación, lo que supone una importante aclaración y unificación de criterios para su declaración.

Adicionalmente, se establece por primera vez la competencia de las Entidades Públicas en lo referente a la protección de menores españoles en situación de desamparo en el extranjero, así como el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor bajo protección de una Comunidad Autónoma a otra distinta. Estos aspectos no estaban contemplados anteriormente y son abordados ahora por esta legislación.

En relación a la regulación del desamparo, además de lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor mencionado anteriormente, el artículo 172 del Código Civil ha sido desglosado en tres artículos separados. Esto se hizo con el fin de diferenciar la regulación de las situaciones de desamparo (artículo 172), la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (artículo 172 bis) y las medidas de intervención en ambos casos (artículo 172 ter) a través del acogimiento residencial y familiar.

En relación al artículo 172, se mantiene la capacidad de los progenitores para solicitar la revocación de la resolución administrativa de desamparo y oponerse a las decisiones tomadas en relación a la protección del menor durante un período de dos años desde la notificación. Además, se establece que, una vez transcurridos esos dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará facultado para impugnar las resoluciones emitidas por la Entidad Pública en relación al menor.¹⁰

Asimismo, se establece que, durante ese lapso de dos años, las Entidades Públicas, tras evaluar la situación, podrán tomar cualquier medida de protección que consideren necesaria, incluso proponer la adopción, cuando exista un pronóstico de irreversibilidad.

En este mismo artículo se contempla la opción de asumir la guarda provisional sin requerir una previa declaración de desamparo ni una solicitud expresa por parte de los progenitores.

¹⁰ NORIEGA, L., PROFESORA, R., CLAVE, P. (s/f). “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia.” Boe.es de ADC, tomo LXXI, 2018, fasc. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2018-10011100152

Esto se realiza durante el proceso de llevar a cabo las diligencias necesarias para identificar al menor, investigar sus circunstancias y verificar la situación real de desamparo. Considerando, si bien necesaria para abordar situaciones urgentes (la guarda provisional) debe tener límites temporales para evitar la inseguridad jurídica. Por esta razón, se establecen las responsabilidades de las Entidades y el papel del Ministerio Fiscal como supervisor principal de las acciones administrativas. Además, se contemplan nuevos casos en los que la tutela administrativa finaliza, en respuesta a la creciente movilidad de algunos menores bajo protección.

Se resalta la primacía del interés superior del menor como factor clave en los procesos de adopción, y se redefine a los futuros adoptantes como personas que se ofrecen para la adopción en lugar de simplemente solicitantes. Conforme a la terminología utilizada en el Convenio de La Haya, se modifica la denominación de las Entidades colaboradoras de adopción internacional, que ahora se conocen como organismos acreditados para la adopción internacional.

En referencia al proceso de oposición en esta ley se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil con el objetivo de fortalecer la garantía de una tutela judicial efectiva para la defensa de los derechos e intereses de los menores, se implementan mejoras en los procedimientos existentes. Estas mejoras están diseñadas para hacerlos más eficientes y aclarar aquellos aspectos que han generado interpretaciones contradictorias en la práctica.

Con el propósito de reforzar el principio de celeridad, esencial en los casos que involucran los intereses de menores, y para evitar resoluciones contradictorias, se implementan disposiciones en consonancia con lo establecido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Estas disposiciones tienen como objetivo fomentar la acumulación de procesos en curso relacionados con la impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección que afecten al mismo menor.

Por tanto, el art 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la norma general de acumulación de procesos y se incorpora una disposición especial en el artículo 76 para determinar que, en términos generales, todos los procesos de oposición a resoluciones administrativas relacionadas con un menor de edad se acumulen al proceso más antiguo. Estos procesos serán seguidos y resueltos por el mismo tribunal, garantizando así la eficiencia procesal necesaria. Además, se prevé que el tribunal que tenga conocimiento de la existencia de un segundo o posterior proceso promoverá, incluso de oficio, la acumulación de los mismos.

La necesidad de clarificar aspectos procesales de la protección de la infancia y la adolescencia se pone de manifiesto en el régimen actual de ejecución provisional de las sentencias dictadas en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Aunque la interpretación generalizada del artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene conduciendo a la imposibilidad de ejecución provisional de esta clase de sentencias y, en particular, de las dictadas como consecuencia de un proceso de los previstos por el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cierto es que el tenor literal del apartado 1.º del citado artículo 525 no se refiere clara y expresamente a las mismas.

En este sentido, se incorpora de manera explícita, clara y contundente en este artículo la prohibición de ejecución provisional de las sentencias emitidas en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas relacionadas con la protección de menores. Esta medida tiene como objetivo evitar los perjuicios que podría sufrir el menor en caso de que se revocara una sentencia de esta naturaleza que estuviera siendo ejecutada provisionalmente. Cuando una sentencia de primera instancia decide revocar una medida de protección y la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal presentan un recurso, el interés superior del menor requiere que su estatus no se modifique hasta que el asunto sea resuelto en segunda instancia. Cualquier otro procedimiento podría ocasionar graves daños a sus derechos y perturbar la necesaria estabilidad en sus relaciones familiares. Esta consideración justifica plenamente la inclusión explícita de la exclusión de la ejecución provisional de este tipo de sentencias.

Asimismo, en los artículos 779 y 780, además de realizar las adaptaciones terminológicas necesarias en consonancia con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, se unifica el plazo de dos meses para presentar una oposición en relación a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, eliminando así la distinción que existía anteriormente respecto a las declaraciones de desamparo. Se establece un único procedimiento para oponerse a todas las resoluciones administrativas, sin importar su contenido o las personas afectadas, y se amplía la capacidad para presentar la oposición.

2.2.5. LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

En esta ley se hace referencia a la lucha contra la violencia en la infancia. Para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención sobre los

Derechos del Niño es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia.¹¹

La protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos tratados internacionales, entre los que destaca la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990.

Con acuerdo a la ley, los poderes públicos tienen la obligación de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, así como de establecer aquellos procedimientos necesarios para asegurar la coordinación entre las administraciones públicas competentes y, en este orden, revisar en profundidad el funcionamiento de las instituciones del sistema de protección a las personas menores de edad y constituir así una protección efectiva ante las situaciones de riesgo y desamparo.

En resumen, esta ley se centra en proteger el derecho de los niños y adolescentes a no sufrir ninguna forma de violencia. Se toma en cuenta de manera rigurosa los tratados internacionales ratificados por España y va más allá al abordar de manera integral diversas áreas que están vinculadas a su efectividad. Esta ley no solo se enfoca en aspectos sustantivos, sino también en su función educativa, divulgativa y de cohesión social.

En relación con el art 780 esta ley modifica el procedimiento de oposición a resoluciones de protección, fijando un plazo máximo de tramitación de tres meses desde su iniciación, así como la posibilidad de los menores de elegir a sus defensores.

En relación con el art 779 se redacta la siguiente modificación “Los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente y deberán realizarse en el plazo de tres meses desde la fecha en que se hubieren iniciado. La acumulación de procedimientos no suspenderá el plazo máximo”

Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, el Tribunal del domicilio del adoptante.

¹¹ Exposición Motivos Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

En cuanto a otras modificaciones del Artículo 780, encontramos que los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso conforme se establece en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, estos podrán hacer valer sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales, siempre y cuando no tengan intereses opuestos a los suyos. También podrán hacerlo a través de una persona designada o seleccionada por ellos mismos como su defensor, quien los representará en dichos asuntos.

Además, cabe mencionar que El Letrado de la Administración de Justicia licitará a la entidad administrativa una copia íntegra del expediente, la cual deberá ser proporcionada en un plazo de diez días. La entidad administrativa podrá ser requerida para entregar al Tribunal, antes de la vista, las actualizaciones realizadas en el expediente del menor. Una vez recibida la copia del expediente administrativo, el LAJ emplazará al demandante por un período de diez días para que presente la demanda, la cual se tramitará de acuerdo con lo establecido en el artículo 753. El Tribunal tendrá que dictar sentencia dentro de los diez días siguientes a la terminación del juicio.

Otro aspecto a tener en cuenta y con relación a esta modificación según la interpretación de la doctrina especializada en estos procedimientos, se considera que no son aplicables las medidas cautelares¹² establecidas en el artículo 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en el procedimiento contemplado en el artículo 780 de la LEC. Las medidas cautelares se aplican cuando existe una situación jurídica que requiere protección y está debidamente comprobada. Es decir, se aplican en casos donde es necesario asegurar la prestación de alimentos al menor o evitarle situaciones perjudiciales, como en los casos de cambio de custodia o en general, cuando se busca proteger al menor de cualquier tipo de daño. En el artículo 780 de la LEC no se contempla la aplicación de medidas cautelares.

Se establece la posibilidad de presentar oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, la cual se tramitará siguiendo los procedimientos del juicio verbal según lo establecido en el artículo 753. Sin embargo, es importante destacar que esto no implica necesariamente que sea posible solicitar medidas cautelares de acuerdo con lo establecido en el artículo 721, ya que no se cumplen los requisitos necesarios para justificar la adopción de dichas medidas cautelares. En particular, no se cumpliría el primer requisito

¹² Según la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en su apartado XVIII, establece que esta Ley regula las medidas cautelares de manera integral, exceptuando aquellas relacionadas con procesos civiles especiales específicos.

establecido en el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual establece que la no adopción de medidas cautelares podría dificultar o impedir el acceso a la tutela judicial que se busca. Como referencia en este sentido, se puede mencionar el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 18 de marzo de 2021, en el recurso de apelación 106/2021.

En el caso del procedimiento contemplado en el artículo 780 de la LEC, que forma parte del Libro IV de los procedimientos especiales, no se prevé la adopción de medidas cautelares ni se hace referencia a las establecidas en el artículo 721 de la LEC. Cuando el legislador ha querido regular medidas cautelares en los procedimientos de dicho libro, lo ha hecho de manera expresa, como se observa en las disposiciones sobre medidas provisionales en los artículos 773 y 771 de la LEC, o en las medidas cautelares establecidas en los artículos 762 y 778 quarter, punto 8, del mismo libro.

3. El Interés Superior del Menor

La anterior normativa citada evidencia un cambio en la percepción del menor, que deja de ser considerado como un individuo en relación a su ámbito familiar, para ser valorado como sujeto social individual, y como titular de verdaderos derechos subjetivos. No obstante, según afirma Escalada López¹³ la configuración de su interés superior como concepto jurídico indeterminado, a la vez que principio general informador de la legislación y actuación de los poderes públicos e instituciones en la materia, encuentra como problema real el de la efectiva determinación individualizada de su contenido tanto en términos absolutos, como en relación con otros intereses legítimos concurrentes.

La transformación del interés superior del menor en una consideración primordial, significa que no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones, por la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra, ya que estos tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses¹⁴

Las modificaciones realizadas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), a través de la modificación de su artículo 2, fortalecen el derecho del menor a que se priorice su interés, el cual se compone de tres elementos fundamentales.: 1) Se reconoce como un derecho sustantivo y subjetivo del menor, el cual puede ser invocado directamente ante los Tribunales. Este derecho garantiza que cuando se toma una medida que afecta al menor, sus intereses sean evaluados teniendo en cuenta los demás intereses en juego, y se realice una ponderación adecuada para seleccionar la opción más beneficiosa y adecuada para el menor., 2) Por otra parte se entiende como principio general informador e interpretativo, por lo tanto siempre se debe optar (en la interpretación) con la que se corresponda mejor con los intereses del menor 3) por otra parte como norma de procedimiento que exige el respeto de todas las garantías, debiéndose adoptar las medidas siempre en interés del menor y sus derechos.

El concepto de interés superior por tanto es complejo, flexible y adaptable, ya que en este se tendrán que tener en cuenta la situación del menor, así como el contexto y circunstancias en las que se encuentre.

Por último y en relación con la labor delimitadora del concepto de interés superior del menor es importante tener en cuenta los diversos contextos que influyen en la existencia y desarrollo

¹³ ESCALADA LOPEZ, M.L. (2021) : “La Oposición a las Resoluciones Administrativas en materia de protección de menores. Particularidades procesales”, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 57-65

¹⁴ TEJEDOR MUÑOZ, L. (2017): “Protección Jurídica del Menor” Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 157-170

del menor. En primer lugar, desde una perspectiva personal, es necesario considerar sus aspiraciones, deseos y expectativas, así como utilizar criterios como su edad y nivel de madurez. En lo que respecta al ámbito familiar, es primordial priorizar la permanencia del menor en su familia de origen y preservar las relaciones con sus progenitores, a menos que exista un perjuicio grave. En cuanto al entorno social, implica asegurar la plena integración del menor en su entorno, respetando sus derechos fundamentales y fomentando valores de convivencia basados en la tolerancia y la no discriminación. También implica llevar a cabo acciones preventivas para evitar situaciones que puedan poner en riesgo su salud e integridad personal. y por último atendiendo al plano institucional las instituciones tendrán que adoptar decisiones que beneficien a los menores evitando la arbitrariedad y tomando en consideración una perspectiva multidisciplinar, guiada por objetivos de imparcialidad, objetividad y seguridad jurídica¹⁵.

En la actualidad, se reconoce que los menores son sujetos que requieren una tutela especial, abarcando aspectos sociales, políticos, psicológicos y jurídicos. Existe una creciente sensibilización hacia los desafíos que enfrenta la infancia y una mayor preocupación por proteger a aquellos que, debido a su falta de madurez y vulnerabilidad, requieren una atención y salvaguardia especiales. Estos son especialmente susceptibles a la manipulación y requieren atención en relación a sus necesidades, a fin de asegurarles una formación integral que promueva un desarrollo adecuado. Como resultado, se ha establecido un marco jurídico para la protección de los derechos de los menores, que busca adaptarse a las demandas actuales.

En la mayoría de los casos, el entorno más adecuado para el desarrollo integral del menor es el seno familiar. En situaciones consideradas como normales, no hay un medio más natural ni óptimo que la figura paterna y materna asumiendo el cuidado, la custodia y la protección de sus hijos. En este entorno, los menores encuentran las condiciones ideales para su desarrollo. No obstante, en determinadas situaciones, no es posible o no resulta aconsejable que los padres ejerzan la patria potestad y en esos casos, la ley establece otros mecanismos jurídicos para proteger a los menores. En ausencia de la patria potestad, la protección de los menores se confiere a través de la institución de la tutela ordinaria.¹⁶

¹⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.(2014):"La concreción del interés del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 25-30

¹⁶ DE PALMA DEL TESO, A. (2011): "El derecho de Los menores a recibir protección: EL papel de la Familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de Las Administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores" , repositorio UAM, Madrid págs. 12-14
http://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/662986/AFDUAM_15_7.pdf?sequence=1&isAllowed=y

En muchos casos estos mecanismos de protección del menor necesitan de la intervención de la Administración, en mayor o menor grado, para paliar las situaciones de desprotección social en las que se pueda encontrar el menor, actuando la administración con carácter supletorio cuando los anteriores mecanismos o no funcionen o no existan.

Las medidas de intervención de la Administración Pública, tiene diversos niveles de actuación dentro de las situaciones de desprotección social en las que se encuentra el menor. Para ello habrá que explicar las dos situaciones que se pueden dar, la de riesgo y desamparo.

3.1. RIESGO

La situación de riesgo se caracteriza por la existencia de una situación perjudicial para el menor, aunque no alcanza un nivel de gravedad que justifique su separación del entorno familiar. En estos casos, la intervención de la Administración se centra en eliminar los factores de riesgo presentes dentro del núcleo familiar. Por otro lado, en las situaciones de desamparo, los hechos son de mayor gravedad, lo que lleva a la necesidad de retirar al menor de su familia, asumiendo la Entidad Pública la tutela o custodia del menor.¹⁷

La situación de riesgo se puede definir como aquella en la que, debido a circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor experimenta dificultades en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos. Aunque no alcanza el nivel de gravedad necesario para considerarse una situación de desamparo y para que se asuma la tutela por parte de la entidad competente, requiere la intervención de la Administración para eliminar, reducir o compensar las dificultades o la inadaptación que afectan al menor y prevenir su desamparo y exclusión social, sin necesidad de separarlo de su entorno familiar”¹⁸.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, que la Ley orgánica de Protección Jurídica del Menor, hasta la reforma por ley 26/2015, de 28 de julio, no hacía una enumeración de las causas que se podían englobar bajo situación de riesgo, a diferencia de algunas leyes autonómicas. Ahora tras la nueva redacción, se describen y enumeran, una serie de circunstancias, que bien se consideran criterios indicativos de la situación de riesgo “indicadores de riesgo”: tales como, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan

¹⁷ ALLUEVA AZNAR L. (2011): “ Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia”, InDret, octubre

¹⁸ Art 17.1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor

cambiado de forma evidente o la concurrencia de circunstancias o carencias materiales, o bien se consideran “situaciones e riesgo”, entre las que cabe destacar las siguientes que adquieren especial relevancia: La situación de riesgo prenatal, que se produce por la falta de cuidado físico de la mujer gestante. El consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier acción propia de la mujer o terceros toleradas por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas al recién nacido. La negativa de los progenitores, tutores o acogedores para prestar consentimiento médico para salvaguardar la vida o la integridad física o psíquica de un menor y por último la omisión de colaboración por parte de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, en el Proyecto de intervención familiar, con estos criterios se pretende facilitar la detención de las situaciones de riesgo.

Si la Administración determina que el menor se encuentra en una situación de riesgo que afecta a su desarrollo personal o social, pero no requiere la asunción de la tutela por parte de la Ley, los poderes públicos deberán asegurar que se cumpla el respeto de sus derechos y trabajar para reducir los factores de riesgo, así como la dificultad que afecta a su situación dentro del entorno familiar natural (artículo 17.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). Las autoridades deben centrar sus esfuerzos en apoyar a los padres, tutores, cuidadores o acogedores para que puedan desempeñar su papel protector cuando detecten estas situaciones.

En resumen, cuando el menor se encuentre en una situación de riesgo que afecte a su desarrollo personal o social, la Administración será responsable de implementar los servicios necesarios para abordar esta situación sin necesidad de separarlo de su entorno familiar. El objetivo es brindarle el apoyo y la atención adecuada para superar dichos riesgos y promover su bienestar.

Efectivamente, la Administración tiene la responsabilidad de desarrollar un plan técnico de apoyo familiar que contemple los objetivos, acciones, recursos y plazos necesarios para garantizar la adecuada protección del menor. Es fundamental contar con la colaboración y participación de la familia del menor en este proceso.¹⁹

Una novedad introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, es el procedimiento para declarar la situación de riesgo por parte de la Administración competente. Dicha

¹⁹ HUELAMO BUENDIA, A. J. (s/f) “Procedimiento de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”, ponencia FGA, págs. 8-10
<https://www.fiscal.es/documents/20142/276941/Ponencia+Antonio+J.+Hu%C3%A9lamo+Buend%C3%ADa.pdf/6ecf3771-2b06-d9ec-53a5-7ec84b5d0429?t=1562241463586>

declaración se realizará a través de una resolución motivada, con previa audiencia de los progenitores, tutores o acogedores, y del menor en caso de tener suficiente madurez, a partir de los 12 años. Esta resolución incluirá las medidas necesarias para corregir las situaciones de riesgo del menor, incluyendo los deberes de los progenitores hacia sus hijos. En caso de discrepancia, se podrá interponer recurso u oposición de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, el seguimiento del menor en situación de riesgo ya existía, pero ahora se intensifica. Por un lado, se toman nuevas medidas con relación al traslado del menor a otra entidad territorial, estableciendo un sistema de coordinación entre todas y se incrementan también la revisión de medidas que se tomaron respecto del menor que se encontraba en esta situación. Por otro lado, la omisión de colaboración de la familia con la Administración se considerará como causa para declarar la situación de riesgo.

Por último, la situación de riesgo puede cesar cuando desaparezcan las causas que la motivaron, o en otros casos puede empeorar haciendo necesaria en muchos casos la declaración de desamparo.

3.2. DESAMPARO

Según establece el artículo 172.1.2 del Código Civil “*Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material*”

En primer lugar y según señala TEJEDOR MUÑOZ²⁰, la definición de la situación de desamparo tras la reforma se mantiene y, en consecuencia, la amplitud del concepto de desamparo puede encerrar situaciones muy variadas. Con esta definición el concepto de desamparo tiene que ser completado con el artículo 18 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, en la que afirma “la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, no se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos”.

²⁰ TEJEDOS MUÑOZ, comparte la opinión de TENA PIAZUELO, cuando señala que: “bien mirado, tal vez lo que se pretenda es dejar abierta, sin limitaciones que pudieran resultar de un posible concepto positivo o legal, la oportunidad de apreciar el desamparo según convenga en función de las circunstancias concurrentes en cada caso”

Este mencionado artículo establece diversos indicadores que permiten identificar de manera más ágil la situación de riesgo. Algunos de estos indicadores son los siguientes: tener un hermano previamente declarado en situación de riesgo, a menos que las circunstancias familiares hayan cambiado significativamente; abandono del menor; transcurso del plazo de guarda voluntaria; riesgo para la vida, salud e integridad física del menor; riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y desarrollo de su personalidad debido a un maltrato psicológico continuo o a una grave y crónica falta de atención a sus necesidades afectivas o educativas; grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiar que perjudiquen el desarrollo del menor; inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución u otras formas de explotación similar del menor; inducción al absentismo escolar; y cualquier otra situación que perjudique gravemente al menor debido al incumplimiento, imposibilidad o inadecuado ejercicio de la patria potestad.

Esta enumeración de las causas que pueden dar lugar a la declaración de desamparo del menor no es una lista cerrada por lo que se podrá incluir en estas, cualquier otro incumplimiento por parte de los progenitores o tutores de los deberes que suponga un perjuicio o amenaza para la integridad física o mental del menor y que tengan como consecuencia la desatención moral o material del menor.

Es importante resaltar que la situación de desamparo no se limita únicamente al abandono del menor, sino que también puede darse de manera encubierta incluso cuando el menor se encuentra bajo la institución de protección como la patria potestad, la tutela o la guarda. Esto significa que, aunque el menor esté aparentemente protegido por sus padres, tutores o representante legal, puede estar experimentando una falta de atención moral o material.

Atendiendo en este caso a como actuara la Entidad Pública, esta tendrá acción cuando considere que un menor podría encontrarse en alguna de las situaciones anteriormente enumeradas, se iniciara un expediente administrativo (art 70 y ss. Ley 39/2015, de 1 octubre, de PACAP) que concluirá con el dictado de una resolución motivada declarándolo, en su caso, así como las medidas adoptadas. Esta decisión será notificada inmediatamente sin sobrepasar las 48 horas a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviese suficiente madurez, y en todo caso si fuere mayor de doce años. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y resultara adaptada al grado de madurez del niño.

La Administración pública podrá asumir la custodia de los menores tanto si es solicitado por los padres, tutores o guardadores, como si es determinado judicialmente. Los efectos derivados de la declaración de desamparo se mantienen de acuerdo con lo establecido previamente a la promulgación de la Ley 26/2015. El artículo 18.1 de la Ley Orgánica 1/1996 y el artículo 172.1 del Código Civil establecen que la entidad pública asumirá la tutela del menor por mandato de la ley, tomando las medidas apropiadas y notificándolo al Ministerio Fiscal. Se ha añadido en el Código Civil que también se debe comunicar al "(...) Juez que, en su caso, haya acordado la tutela ordinaria (...)".

El artículo 172.1 del Código Civil establece que la declaración de desamparo implica la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública, suspendiendo la patria potestad o la tutela. Solo se considerarán válidos los actos de contenido patrimonial realizados por los progenitores y tutores si benefician al menor.

En relación con la asunción automática de la tutela por parte de la Administración hay que tener en cuenta el concepto de guarda, ya que la entidad pública actuara a través de ellas para proceder a la protección de los menores atendiendo a las diferentes situaciones de los menores, pero hay que diferenciar una de ellas, esta es la guarda provisional que la Entidad Pública podrá establecer en cumplimiento de la obligación de prestar atención directa al menor sin necesidad de la declaración previa de desamparo o de la solicitud de los progenitores²¹

El Código Civil en relación a lo anteriormente explicado establece distintas instituciones de protección a las que la entidad pública puede recurrir en casos de desprotección de menores: guarda provisional, tutela por ministerio de la ley, guarda administrativa y acogimiento. La elección de la institución dependerá de la situación específica de desprotección en la que se encuentre el menor. Es importante tener en cuenta que tanto si la guarda es asumida por la Administración a solicitud de los padres o tutores, como si se lleva a cabo mediante la tutela por ministerio de la Ley debido al desamparo del menor, esta se realizará a través del acogimiento familiar²² o residencial.

Todas estas medidas de protección se realizarán con anterioridad y una vez dictada la resolución administrativa que pueda declarar al menor en desamparo o que dicte otra

²¹ Esta guarda supone una de las novedades introducidas en la Ley Orgánica 26/2015 supone la separación del menor de la familia origen asumiendo esta guarda la Entidad pública, con el fin de que en el plazo más breve posible se deberá proceder a la declaración de desamparo o la medida de protección oportuna

²² Siempre se va a optar por el acogimiento familiar en aras al interés superior del menor, sobre todo en menores de seis años.

resolución respecto del menor, estas medidas buscan el interés superior del menor y su protección frente a circunstancias que pueden afectarle. Se establecerá la prioridad de permanencia en la familia de origen, procurando la reinserción del menor en su propia familia, así como procurar que la guarda de hermanos se confié siempre a una misma institución o personas (art 173.3 CC.)

Contra la declaración administrativa que declare el desamparo podrá formularse oposición ante los tribunales civiles (art 780 LEC).

4. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

En la actualidad, la protección de los menores ha ido integrando a raíz de las modificaciones y nuevas leyes todo un conjunto de actuaciones encomendadas a los poderes públicos con el propósito y función de anticipar y solventar situaciones de desamparo o falta de protección de los mismos, las cuales, debido a su diversidad, requieren diferentes respuestas adaptadas a las necesidades y circunstancias de cada caso, y que se clasificaran según el grado de intervención administrativa en el ámbito familiar del menor, los encargados de realizar estas funciones serán los organismos estatales, autonómicos o locales, de acuerdo con las leyes correspondientes, en el territorio correspondiente.

4.1. LA ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

La acción de los Entes Públicos en este contexto esta informada por los principios de subsidiariedad progresiva respecto de las obligaciones legales de progenitores o tutores, y de intervención mínima. Conforme al primero, el alcance de su actuación protectora dependerá del grado de desprotección que padezca el menor; así , ya estableciendo un criterio de proporcionalidad, cuanto mayor sea aquel, más intensa será la sustitución desarrollada por la Administración en el ejercicio de las funciones que corresponden a los progenitores.²³

Por otro lado, se propiciará en la medida de lo posible el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen y su integración familiar y social. Teniendo en cuenta estos aspectos, la intervención administrativa de protección se acomoda gradualmente al contexto de desprotección existente, distinguiéndose especialmente esta la situación de riesgo (art.17 LO 1/96), y el desamparo (art.18 LO 1/96 y 172Cc)²⁴

La intervención administrativa en los supuestos de desamparo es mas intensa que en el caso del riesgo; de este modo, cuando la Entidad Publica constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tendrá por ministerio de la ley la tutela del mismo debiendo adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria, consecuencias de la sanción de esta por la Administración Publica (arts.172 y 222 CC. Art 18.1 LO

²³ ESCALADA LOPEZ, M.L. (2021) “La Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, Particularidades Procesales”, Tirant lo Blanch, Valencia, págs.72-73

²⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO , R. (2013): “Comentarios al código civil” (Dir.), Vol. 2 (Arts. 152 a 360), Valencia págs. 55

1/1996). Obviamente la gravedad de los efectos que entraña esta declaración exige su adopción de forma restrictiva, subsidiaria y contextualizada. Cuando la Entidad Pública considere que un menor podría encontrarse en una situación de desamparo, iniciará un expediente administrativo (art 70 y Ley 39/2015, de 1 de octubre, de PACAP) que concluirá con el dictado de una resolución motivada declarándolo, en su caso, así como las medidas adoptadas. Esta decisión será notificada en legal forma e inmediatamente a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afecto si tuviere suficiente madurez, y en todo caso si fuere mayor de doce años. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y resultara adaptada al grado de madurez de niño. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso de este último, esta información se facilitará de forma presencial (art 172.1.p.1º C/c). Contra la declaración administrativa declarando el desamparo podrá formularse oposición ante los tribunales civiles (art 780 LEC)

Teniendo en consideración el ámbito internacional, las Naciones Unidas reconocen las dos modalidades de intervención por parte de las Administraciones públicas. En primer lugar, establece que "los Estados deben garantizar que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función de cuidado". A continuación, contempla la obligación del Estado de actuar de manera subsidiaria: "Cuando la propia familia del niño no pueda, incluso con un apoyo adecuado, brindar el debido cuidado al niño, o cuando la abandone o renuncie a su custodia, el Estado tiene la responsabilidad de proteger los derechos del niño".

En lo que respecta a la normativa nacional, el primer párrafo del artículo 39 de la Constitución Española confía a las autoridades públicas la responsabilidad de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

La actuación de las autoridades públicas en el ámbito de la protección del menor debe estar en consonancia con los principios establecidos en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En este sentido, la mencionada ley, en su artículo 12, contempla una serie de acciones de protección que deben ser realizadas por los poderes públicos en caso de que un menor se encuentre en situación de desamparo. Específicamente, el primer apartado enumera las diferentes formas de intervención que pueden llevarse a cabo en función de la situación particular del menor.²⁵

²⁵ Artículo 12 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor:

1. La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por

4.1.1. ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN CASTILLA Y LEÓN

En relación con la acción que ejerce la comunidad de Castilla y León en materia de protección de menores la ley orgánica 1/1996 , de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en su redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su artículo 13 establece que cualquier personas o autoridad y en especial aquellos que por su ocupación o responsabilidad identifiquen una situación de maltrato, peligro o posible abandono de un menor de edad, lo notificarán a la autoridad o a los funcionarios más cercanos, sin dejar de brindarle la asistencia inmediata que pueda necesitar.

ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

2. Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.
3. Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación.
4. Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas. Asimismo, una vez adoptada la medida de guarda o tutela respecto a personas menores de edad que hayan llegado solas a España, las Entidades Públicas comunicarán la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior, a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente.
5. Las Entidades Públicas garantizarán los derechos reconocidos en esta ley a las personas menores de edad desde el momento que accede por primera vez a un recurso de protección y proporcionarán una atención inmediata integral y adecuada a sus necesidades, evitando la prolongación de las medidas de carácter provisional y de la estancia en los recursos de primera acogida.
6. Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.
7. Además, de las distintas funciones atribuidas por ley, la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando este se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo,
8. Los poderes públicos garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

Esa misma responsabilidad está establecida en los apartados 1 y 2 del artículo 46 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, que establece que cualquier individuo que identifique una situación de peligro o posible abandono de un menor de edad, y en particular aquellos que tengan conocimiento de ello debido a su ocupación, función o responsabilidad, deben brindarle asistencia inmediata sin dejar de lado el apoyo necesario y la obligación de informar oficialmente los incidentes que puedan constituir un delito, se comunicará sin demora a las autoridades competentes o a los agentes más cercanos, la obligación de informar y denunciar recae especialmente en los centros y servicios sociales, de salud y educativos, y se extiende a todas las instituciones y organizaciones, tanto públicas como privadas, que tengan conocimiento de alguna de las situaciones mencionadas relacionadas con el menor de edad. En tales casos, la notificación de los hechos debe realizarse de manera urgente

La mencionada regulación establece, en su artículo 15.2, que, con el fin de facilitar la prevención, identificación y notificación de situaciones de violencia, maltrato, crueldad, abuso, abandono, explotación, manipulación o utilización indebida, se establecerán los mecanismos de colaboración institucional necesarios, especialmente entre los sectores de salud, educación y servicios sociales. Además, el artículo 125.2 atribuye a la Entidad Pública de Protección la coordinación de las acciones relacionadas con la atención y protección de la infancia.

En el contexto mencionado, es necesario llevar a cabo una modificación del Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, que regula las medidas de protección para los menores en situación de riesgo o desamparo, así como los procedimientos para su adopción y ejecución. El objetivo de esta modificación es desarrollar el artículo 46.2 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, estableciendo un sistema coordinado de acción inmediata entre instituciones y administraciones para la detección de menores en situación de riesgo o desamparo en nuestra comunidad. Esta medida es coherente con las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que aboga por la implementación de protocolos de actuación conjunta en casos de maltrato infantil.

Se han realizado varios protocolos técnicos acerca de cómo se debe de llevar la actuación en diversos ámbitos profesionales. Sin embargo, este decreto establece un marco común para todos los protocolos, es decir aquel por el que todos los demás van a seguir sus actuaciones y procedimientos , sobre todo cuando se detecten situaciones de riesgo o desamparo de menores en Castilla y León.

El objetivo principal es el de garantizar el cumplimiento de estos protocolos en todos los ámbitos de actuación, con el fin de lograr una coordinación institucional e interadministrativa necesaria para ejercer las competencias correspondientes a la Comunidad de Castilla y León como Entidad Pública encargada de la atención, protección y tutela de menores, en concordancia con el ámbito de competencia establecido por la Ley 14/2002, de 25 de julio, que otorga a la Entidad Pública de Protección la coordinación de las acciones relacionadas con la atención y protección de la infancia²⁶

Es fundamental resaltar que es necesario brindar una atención especial a circunstancias de máxima fragilidad, como aquellas que pueden enfrentar los menores de edad con discapacidad o aquellos que son víctimas de violencia de género. Esta regulación de Castilla y León ha sido elaborada en consonancia con los principios de necesidad, efectividad, seguridad jurídica, transparencia y eficacia.

Por tanto, su actuación se fundamenta en garantizar una respuesta conjunta y rápida frente a las situaciones de desamparo que se dé respecto a los menores.

La acción de protección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Decreto 131/2003, de 13 de noviembre y su modificación de 2021 se llevará a cabo mediante la intervención administrativa individualizada, planificada, acordada sobre la base de un análisis y diagnóstico interdisciplinar, integrado por medidas y actuaciones cuya ejecución será encomendada a profesionales en el marco de programas y servicios específicos.

En esta modificación se añade un capítulo VII en el que se establecen en su art 92. Los cauces y mecanismos de coordinación, aquí se establecen las actuaciones que se llevarán a cabo sin perjuicio del ejercicio del resto de las obligaciones contenidas en la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de las responsabilidades de cualquier tipo que pudieran derivarse de su incumplimiento, en especial la de prestar de inmediato al menor el auxilio que precise y del deber de denunciar formalmente los hechos que puedan ser constitutivos de delito.

²⁶ DECRETO 1/2021, de 14 de enero, por el que se modifica el Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, BOCYL, 18 de enero de 2021

Atendiendo al Artículo 93 en el que se establece el sistema de coordinación concreta que “El sistema coordinado de actuación interinstitucional e interadministrativa previsto en este capítulo para facilitar la detección y comunicación por particulares o notificación por profesionales de situaciones de riesgo o desamparo de menores de edad tiene como presupuesto su atención inmediata y urgente a través de los centros de acogida del sistema de protección a la infancia en los casos de grave riesgo de desamparo, y el establecimiento de los siguientes mecanismos de comunicación y notificación: a) Comunicaciones por particulares. b) Comunicaciones realizadas por menores de edad. c) Comunicaciones por profesionales y autoridades en general. d) Comunicaciones por autoridades y profesionales del ámbito de los servicios sociales. e) Comunicaciones por autoridades y profesionales del ámbito sanitario.”²⁷

²⁷ PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES RESPECTO DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN, JUNTA DE CYL (2021)

5. LA OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES

El proceso de oposición a las resoluciones de la entidad pública en materia de protección de menores se encuentra regulado en el art 780 de la Ley De Enjuiciamiento Civil, esta regulación ha tenido su origen tras varias reformas, en las que se hace referencia a diferentes mecanismos procesales relacionados con la protección de menores, todos ellos se encuentran regulados en la rúbrica del Título Primero del Libro IV, Capítulo IV y el Capítulo V refiriéndose cada uno de ellos a los procesos especiales en relación con los menores.²⁸

Estos procedimientos contenidos en las leyes mencionadas y a los que añaden a su denominación “procesos de menores” exige que exista una distinción entre ellos:

- En primer lugar, se tendrán que diferenciar los procedimientos en los que se podrán abordar y resolver los asuntos relativos a los hijos menores, como la guarda y custodia y la solicitud de alimentos por parte de uno de los progenitores en representación de los menores (según lo establecido en el artículo 748.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en los que se podrán discutir los asuntos relacionados con los menores que no puedan resolverse a través del proceso matrimonial o de filiación. Estos procesos se centran en la adopción de medidas de protección para que aquellos menores que no se encuentren en situación de desamparo, es decir, aquellos que forman parte de una unidad familiar, aunque esta esté compuesta únicamente por uno de los progenitores debido a la ruptura del vínculo matrimonial o no matrimonial

Dentro de esta categoría inicial también se incluye el derecho de visitas y comunicación en los casos relacionados con menores. Además, se encuentra el proceso para solicitar el mantenimiento de las relaciones personales entre los abuelos y los nietos, así como otros parientes y personas cercanas, de esta manera, se busca garantizar el cumplimiento del derecho de visita y comunicación entre ellos, tal como se establece en el artículo 160 del Código Civil (artículo 250.1.13 LEC)

- En segundo lugar, estarían los procedimientos destinados a impugnar las decisiones administrativas en materia de protección de menores y aquellos que buscan determinar la necesidad de consentimiento en adopciones. En este caso, estaremos frente a menores que se encuentran en situación de desprotección o desamparo, es

²⁸ GÓNZALEZ PILLADO, ESTHER “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, InDret págs.6-7

decir, aquellos cuyos progenitores no cumplen con sus responsabilidades de cuidado, lo que lleva a la autoridad administrativa a tomar las medidas adecuadas.

5.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El objeto de este procedimiento requiere y exige celeridad en su resolución ya que versa sobre cuestiones relativas a la protección de menores, para ello el legislador ha previsto en el art. 780 LEC un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una justicia tardía. Este artículo se refiere al procedimiento verbal establecido en el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, el hecho de que en última instancia se trate de oponerse a una resolución administrativa conlleva a que existan ciertas particularidades procedimentales. Específicamente, en este procedimiento se distinguen dos fases claramente diferenciadas, como se explicará en los siguientes apartados: una primera fase que tiene como objetivo presentar las alegaciones mínimas para la iniciación y obtención del expediente administrativo previo, que será conocido por el demandante; y una segunda fase, que constituye el verdadero procedimiento de oposición a la resolución administrativa, y se llevará a cabo mediante el proceso del juicio verbal.²⁹

Antes de examinar la naturaleza legal de este procedimiento, es importante destacar la contradicción existente entre la ley procesal civil y la disposición adicional 1a de la Ley Orgánica 1/1996. La ley procesal civil establece un procedimiento especial en su artículo 780 para impugnar las resoluciones administrativas relacionadas con la protección de menores. Por otro lado, la disposición adicional 1a de la Ley Orgánica 1/1996 ordena la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria en relación a este tipo de resoluciones.

En relación a la naturaleza jurídica, los procedimientos relacionados con menores están regulados en el Título I del Libro IV de la reciente Ley procesal civil, junto con los procesos de capacidad, filiación y matrimonio. Según se indica claramente en la Exposición de Motivos de la ley (sección XIX), estos son considerados "procesos especiales indispensables", que requieren un trámite distinto al de los procedimientos ordinarios debido a las particularidades derivadas de los derechos sustantivos involucrados.

La justificación de la regulación conjunta de los procesos de menores con los de capacidad, filiación y matrimonio también es resaltada por el legislador en la Exposición de Motivos de

²⁹ GONZÁLEZ DEL CASO, J. P. "La reforma del proceso de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores operada por la ley 54/2007", Boletín el Derecho de Familia, año VIII, nº80, junio 2008.

la Ley (sección XIX), al mencionar que todos comparten la característica de que el principio dispositivo no rige o su aplicación es limitada debido a la existencia de un "indiscutible interés público inherente al objeto procesal". Este interés público se refleja no solo en la regulación especial de cada uno de los procesos, sino también en disposiciones generales aplicables a todos ellos.

La razón principal de estas normas comunes radica en el hecho de que se trata de procesos en los que no se discuten derechos o intereses privados que estén plenamente sujetos al poder de disposición de sus titulares, como suele ser el caso en los procesos civiles habituales. En cambio, se juzgan situaciones jurídicas en las que hay un interés general subyacente, que trasciende la voluntad de las personas directamente involucradas. Como resultado, en estos procesos no pueden aplicarse plenamente los principios de dispositividad y aportación de las partes, sino que se reemplazan por los principios opuestos de oficialidad y de investigación oficial.

Esta atenuación de los principios dispositivos y de aportación de parte tiene las siguientes manifestaciones en los procesos de menores:

- a) Los procesos relacionados con menores no pueden ser iniciados de oficio, ya que el legislador busca garantizar la imparcialidad judicial en todos los casos. Por lo tanto, es necesario que alguien ajeno a la jurisdicción inicie el proceso. Sin embargo, el proceso jurisdiccional se presenta como la única forma de aplicar el derecho al caso concreto, es decir, las consecuencias legales en relación con los menores solo se pueden lograr a través del proceso judicial.
- b) Las partes no tienen la capacidad de disponer del objeto del proceso, excepto en ciertas cuestiones de naturaleza patrimonial. En consecuencia, el legislador prohíbe la renuncia, el allanamiento y la transacción, pero permite el desistimiento con las limitaciones establecidas en el artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las cuales se explicarán en los siguientes apartados.
- c) Como medida de protección de los intereses de los menores, el Ministerio Fiscal siempre será parte en el proceso, ya que representa el interés público que está presente en estos casos (artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- d) En los procesos relacionados con menores, las consecuencias del principio de aportación de parte están mitigadas, lo que significa que la presentación de alegatos y pruebas no está exclusivamente en manos de las partes. El juez tiene la facultad de

resolver la disputa basándose en los hechos discutidos y probados, independientemente de la forma en que hayan sido presentados en el proceso. Además, se permite al tribunal realizar pruebas de oficio según sea necesario (artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

- e) El principio de publicidad puede ser restringido por el tribunal si lo considera apropiado, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso (artículo 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- f) Por último, las sentencias emitidas en estos procesos tienen efectos vinculantes para todos, lo que implica que deben ser publicadas de oficio en el Registro Civil (artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

5.2. **ÁMBITO DE APLICACIÓN**

El artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁰ no detalla qué resoluciones administrativas pueden impugnarse mediante este procedimiento. Únicamente, el artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la modificación realizada por la Ley 54/2007, establece los plazos para presentar la demanda de oposición e incluye referencia a la resolución administrativa que declara el desamparo, así como a otras resoluciones administrativas relacionadas con la protección de menores. No obstante, al considerar las razones que justifican la implementación de este mecanismo procesal, se puede afirmar de forma general que este proceso permite abordar cualquier demanda de oposición a decisiones que afecten al menor y que hayan sido adoptadas por la entidad administrativa responsable de la protección de menores.

Esto implica que el alcance de este proceso es muy amplio, de manera similar a lo establecido en la regulación anteriormente vigente.

Por todo lo expuesto se puede entender que el objeto de este proceso incluye, según González Pillado³¹ entre otras:

- La resolución administrativa que declara al menor en situación de desamparo

³⁰ TORIBIOS FUENTES, F “Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil”, Lex nova, Valladolid (2012), págs. 1465-1468.

³¹ GÓNZALEZ PILLADO, ESTHER, “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, InDret , págs.8-11.

- La resolución administrativa denegatoria de la solicitud de que se deje sin efecto la tutela asumida por la Administración
- La resolución administrativa que deniega la petición de cese de la tutela administrativa,
- La resolución que deniega la petición de cese de la guarda voluntaria,
- La resolución denegatoria de la petición de modificación del régimen de visitas,
- La resolución administrativa que deniega la petición de cesación del acogimiento familiar,
- La resolución administrativa que dispone el acogimiento cuando los padres o tutores consideren que no se ha acordado la modalidad de acogimiento más adecuada para el menor o existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas,
- La resolución administrativa que acuerda la reducción o supresión del régimen de visitas del menor acogido,
- La resolución administrativa en la que se acuerde cualquier medida educativa con la que se discrepe, la que declara la no idoneidad del solicitante para la adopción, o las que tengan por objeto suplir la voluntad discrepante de los progenitores en determinados casos (intervención quirúrgica, internamientos en centros de atención médica o psiquiátrica).

5.3. COMPETENCIA

5.3.1. SUPUESTO GENERAL

El artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene disposiciones especiales sobre competencia, tanto objetiva como territorial, para los procesos regulados en el Capítulo V del Título I del Libro IV.

El legislador repite la misma norma de competencia establecida en el artículo 63.16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que se aplicaba a los expedientes de jurisdicción voluntaria relacionados con la protección de menores.

La competencia objetiva recae en los Juzgados de Primera Instancia o de Familia, siempre que existan en el lugar correspondiente estos órganos especializados. Por lo tanto, el legislador excluye, por un lado, a los Jueces de Paz, que no pueden asumir competencias en esta materia, y, por otro lado, en coherencia con la separación de competencias civiles y penales en relación a los menores, excluye a los Juzgados de Menores, que tienen competencia exclusiva en asuntos relacionados con menores infractores, de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En cuanto a la competencia territorial, el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que será competente territorialmente el Juzgado de Primera Instancia "del domicilio de la entidad protectora y, en su defecto o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante". Sin embargo, en el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, solo se aplica el criterio competencial basado en el lugar donde se encuentra la sede de la entidad pública encargada de la protección de menores. El fuero relativo al lugar del domicilio del adoptante solo se aplica en otros procedimientos establecidos en los artículos 179 y 180 del Código Civil, a los cuales hace referencia el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La mención "en su defecto" utilizada en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe interpretarse en ese sentido.

En el contexto del procedimiento en cuestión, normalmente, cuando se establece la competencia territorial basada en el domicilio de la entidad protectora, se considera que se refiere a la ubicación de la oficina regional o provincial del organismo gubernamental encargado de los asuntos sociales y la protección del menor. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta actividad puede estar descentralizada, lo que significa que estas funciones pueden estar distribuidas en diferentes ubicaciones.

Las dificultades para determinar la competencia territorial pueden surgir cuando en una provincia existen dos Delegaciones provinciales de la Consejería del gobierno autonómico responsables de los asuntos sociales, una ubicada en la capital provincial y otra en una ciudad que, debido a su tamaño y volumen de trabajo, requiere una mayor atención para brindar un mejor servicio a los ciudadanos. En estos casos, según el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia territorial recaerá en el juzgado de primera instancia o de familia con sede en la localidad donde se encuentra la entidad pública, sin importar si es o no la capital provincial.

No obstante, esta interpretación se encuentra impedida por el artículo 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, el cual establece una regla de competencia que establece que los procesos civiles en los que el Estado, los organismos públicos o los órganos constitucionales sean parte deben ser conocidos y resueltos por los juzgados y tribunales con sede en las capitales de provincia. Esta norma se aplica con prioridad sobre cualquier otra norma de competencia territorial que pueda aplicarse en el procedimiento, a excepción de los juicios universales y los interdictos de obra ruinoso.

Es necesario tener en cuenta que tanto la Ley de Asistencia Jurídica al Estado como la Ley de Enjuiciamiento Civil son leyes ordinarias. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil es la norma especial más reciente que regula los procesos civiles, especialmente aquellos relacionados con la protección de menores. Esta ley establece una norma de competencia territorial específica aplicable a estos casos. El legislador considera que, debido a los intereses involucrados en esta materia, las normas generales de competencia territorial no son adecuadas, de ahí la necesidad del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además, se suma la importancia de acercar la justicia a los ciudadanos, especialmente en asuntos que requieren no solo proximidad geográfica, sino también rapidez y agilidad en su tramitación. Esto se logra cuando la misma entidad que emitió la resolución en materia de protección de menores y que llevó a cabo el correspondiente expediente está involucrada en el proceso, generalmente como demandada, y se encuentra más cercana al órgano jurisdiccional encargado de tramitar el caso. No podemos olvidar que, en estos procesos, por encima de cualquier otra consideración, el interés del menor prevalece y determina la actuación de todos los poderes públicos, incluido el Juez.

Por todas estas razones, se considera que la competencia territorial en estos procesos especiales corresponde al juzgado del domicilio de la entidad que tiene competencia en materia de protección de menores, independientemente de si está ubicada en la capital de la provincia o no.

5.3.2. CONCURRENCIA DE UN ACTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El ámbito competencial establecido en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede ser modificado en caso de que exista un caso de violencia de género, ya que los juzgados especializados en violencia contra la mujer asumen ciertas competencias en materia civil, según lo dispuesto en el artículo 87 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Estas

competencias incluyen los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Para determinar específicamente los casos en los que el juzgado especializado en violencia de género asumiría la competencia en lugar del juez de primera instancia o de familia, es necesario examinar los requisitos establecidos en el artículo 87 ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como comprender cómo y cuándo se produce la pérdida de competencia por parte de los jueces civiles y, por último, determinar qué norma de competencia territorial se aplica cuando se presenta un caso de violencia de género³²

5.4. PLAZO PARA FORMULAR OPOSICIÓN

Conforme al art 780.1 LEC, la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.³³

5.5. LAS PARTES: LEGITIMACIÓN

5.5.1. ACTIVA Y PASIVA

Están legitimados como parte activa para formular oposición, siempre y cuando tengan interés legítimo y directo en la resolución, los menores afectados por esta, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el MF y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación, podrán personarse cualquiera de estos incluidos aquellos que no fueran actores.

En cuanto a quien ocupa a la posición pasiva en este procedimiento, será asumida por el Ente público a quien se le encomienda la protección de menores, en cuanto éste ha dictado la resolución que ahora se impugna. Adicionalmente, se deben citar a todas las personas que tengan relaciones de patria potestad o tutela con el menor para que participen en el proceso. En particular, en el caso de los padres biológicos del menor, es común que uno de ellos

³² UTRERA GUTIERREZ, J. L. “El sistema legal de protección de menores. Cuestiones Prácticas”, “Los procesos de familias en los Juzgados Violencia sobre la Mujer”, Cuadernos Digitales de Formación, nº4, CGPJ, 2012, págs. 1-37

³³ La reforma en el sistema de protección de menores, operada en el Código Civil por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, revolucionaria en tantos aspectos, especialmente en la administrativización de la declaración de desamparo y en la asunción de tutela por la Administración, dejó algunos problemas sin resolver. Entre estos problemas destacaba especialmente la falta de una previsión en cuanto al plazo de que disponían los progenitores para impugnar las resoluciones de la Administración en materia de protección, resoluciones que podían suponer una grave injerencia en las atribuciones de la patria potestad y una profunda afectación del interés superior del menor, y que requerían correlativamente las necesarias dosis de seguridad jurídica en la regulación de las acciones de impugnación.

promueva la impugnación mientras que el otro está de acuerdo con la resolución. Por lo tanto, el proceso no puede continuar sin brindarle la oportunidad de intervenir, ya sea como coadyuvante de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o incluso como demandado.

5.5.2. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

En principio, considerando que en el proceso civil se trata de un interés privado y según la normativa que establece las funciones del Ministerio Fiscal, el cual tiene la responsabilidad de salvaguardar la legalidad, el interés público, social y los derechos de los ciudadanos (artículos 124.1 de la Constitución, 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Fiscal), es comprensible que la participación del Ministerio Público en dicho proceso no sea lo habitual.

No obstante, como se ha mencionado anteriormente, existen ciertos procesos civiles que tienen como objetivo la protección de un interés público, en cuyo caso la intervención del Ministerio Fiscal debe estar regulada en las normas procesales. Esta es precisamente la razón por la cual se encuentra el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dicho artículo regula, por lo tanto, la participación del Ministerio Fiscal en los procesos incluidos en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y debe ser complementado con los artículos que regulan cada uno de estos procesos, así como con las disposiciones contenidas en el Código Civil relacionadas con los mismos.

Este organismo público debe intervenir de manera obligatoria en el proceso objeto de estudio, ya que siempre está involucrado un menor de edad (artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Según lo establecido en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril (sección VII.5), "en todos los procesos que afecten a menores, el Fiscal deberá orientar su actuación de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, priorizando en todo momento el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda estar presente. De manera particular, se asegurará de que se respete el derecho del menor a ser escuchado en el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de dicha Ley".

La participación del Ministerio Fiscal en los procesos de impugnación de resoluciones administrativas de protección de menores puede variar en su naturaleza. En algunos casos,

su intervención será como parte demandante, en otros como perito consultor y, por último, también puede asumir la defensa y representación del menor.

En cuanto a su papel como parte demandante, el Ministerio Fiscal actuará cuando considere que la resolución emitida por la Administración es perjudicial para los intereses del menor. En otros casos, el organismo público puede actuar tanto en el papel activo como pasivo, representando al menor y defendiendo sus intereses (artículos 3.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 8 de la Ley de Protección Jurídica del Menor), buscando la adopción de medidas adecuadas a su situación especial y necesidades, siempre en defensa de sus intereses.

Incluso en situaciones en las que el menor tenga su propio representante, el Ministerio Fiscal debe intervenir para garantizar que actúe correctamente en defensa de los intereses del menor.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 174 del Código Civil, al Ministerio Fiscal le corresponde supervisar la tutela, el acogimiento o la guarda de los menores, lo que implica que la entidad pública debe informar al Fiscal sobre cualquier resolución adoptada en relación al menor. Además, el Fiscal debe verificar, al menos dos veces al año, la situación del menor y promover, si es necesario, las medidas de protección que considere adecuadas (artículos 18 y 21 de la Ley de Protección Jurídica del Menor)

Además, la legislación procesal civil también establece ciertos casos en los que el Ministerio Fiscal debe participar en actos procesales específicos. Un ejemplo claro de esta participación es la necesidad de obtener previamente el consentimiento del Ministerio Fiscal para que el desistimiento sea válido en estos procedimientos (artículo 751.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es importante determinar los efectos de la falta de intervención del Ministerio Fiscal cuando las normas procesales así lo requieren. En principio, parece que esta cuestión debe resolverse aplicando las disposiciones sobre la anulación de actuaciones establecidas en los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (o los artículos 227 y 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Específicamente, el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla la anulación de actuaciones cuando se prescinda por completo de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley o se infrinjan los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre y cuando esto haya causado indefensión.

Sin embargo, a pesar de que la participación del Ministerio Fiscal es una norma esencial del procedimiento, según lo establecido en el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la

jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido suavizando la infracción de este requisito al validar las actuaciones posteriores si el Ministerio Fiscal participa de manera efectiva en el recurso. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de junio de 1994³⁴ señala que "el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no se aplica en este caso, ya que es evidente que no se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley, dado que la participación del Ministerio Fiscal, omitida al principio del procedimiento, no es esencial para el mismo, ya que compareció posteriormente y actuó según su posición jurídico-procesal". Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de diciembre de 1997³⁵ sostiene que la falta de participación del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos es un "defecto reparable y la reparación se produce precisamente en casación, durante la cual tiene lugar la audiencia del Ministerio Fiscal, sin que la ausencia anterior (en el presente caso) haya causado indefensión alguna a las partes en disputa".

No obstante, la anulación de actuaciones procederá en cualquier caso cuando se demuestre que ha habido indefensión causada por la falta de intervención del Ministerio Fiscal.³⁶

5.5.3. ESCRITO INICIAL, FORMULACIÓN SUCINTA DE LA PRETENSIÓN Y RECLAMACIÓN DEL EXPEDIENTE

El procedimiento se inicia con la presentación de un escrito inicial, en el que el actor indica sucintamente cuál es su pretensión, que resolución impugna (acompañando copia de esta), la fecha de notificación y si existen procedimientos pendientes en relación con ese menor (art 780.2 LEC). Tras la presentación, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá a la Entidad Pública para que en el plazo de 10 días aporte testimonio completo del expediente (art 780.3 LEC). Si esta se retrasa en la remisión, el juez puede apercibir de desobediencia al funcionario responsable de su envío (art 410 y 412 CP), proceder a la imposición de multas derivadas del incumplimiento (art 48.7 LJCA), y /o apreciar actuación conculcadora de las de buena fe procesal(art 247.3 LEC)

Es importante destacar que el acceso a la documentación utilizada por la Administración para dictar la resolución es crucial para garantizar una defensa efectiva, ya que permite al demandante contar con toda la información necesaria para fundamentar adecuadamente sus

³⁴ STS 23/1994

³⁵ STS 12/1997

³⁶ Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, tras la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre.

argumentos. Una vez recibido el testimonio del expediente administrativo, el Letrado de Administración de Justicia tendrá un plazo máximo de cinco días para notificar al demandante, quien dispondrá de diez días para presentar la demanda. Este procedimiento se llevará a cabo de acuerdo con lo establecido en el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, siguiendo los trámites del juicio verbal (artículo 780.4 LEC).

5.5.4. POSTULACIÓN PROCESAL

El artículo 750.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "las partes actuarán en los procesos a los que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador". Con esta disposición, el legislador, a pesar de la simplicidad del procedimiento mediante el cual se deben tramitar estos asuntos (el juicio verbal, según el artículo 753 de la LEC), tiene en cuenta el interés general inherente a los mismos para justificar la intervención obligatoria de abogados y procuradores, garantizando así que las partes estén adecuadamente representadas y asistidas.

Partiendo de la norma general de la obligatoriedad de la intervención de abogados y procuradores en estos procesos, el mismo precepto contempla dos excepciones: por un lado, cuando el Ministerio Fiscal asuma la defensa de una de las partes según lo establecido por la ley (artículo 750.1 de la LEC); y, por otro lado, cuando en los procesos matrimoniales de separación o divorcio de mutuo acuerdo, los cónyuges utilicen la misma representación y defensa.

Dejando de lado la segunda excepción, que no es relevante para el propósito de este estudio, la disposición del artículo 750.1 de la LEC debe relacionarse con el artículo 749.2 de la LEC, que confía al Ministerio Fiscal la representación y defensa de menores, personas ausentes e incapaces.

En cuanto a la parte demandada, que en todos los casos es el ente público con competencia en materia de protección de menores, su actuación en el proceso se llevará a cabo a través del Abogado del Estado o los Letrados de la Comunidad Autónoma correspondiente, sin necesidad de procurador (artículos 439.2 y 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 1 de la Ley 52/1997).

5.6. PROCEDIMIENTO

El procedimiento adecuado para tramitar estas demandas es el juicio verbal, según lo establece expresamente el artículo 780.4 de la LEC, con las especificidades previstas en las

"Disposiciones Generales" del Capítulo I, Título I, Libro IV (artículos 748 a 755), además de las disposiciones específicas del propio artículo 780 de la LEC.³⁷

5.6.1. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN Y APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES CONTENIDAS EN EL CAP. I (ARTS. 748 A 755 LEC)

La regulación el procedimiento de oposición contempla dos disposiciones específicas: el carácter preferente (art 779.1 LEC) y la ausencia de reclamación administrativa previa en este ámbito (art 780.1 LEC), si bien esta última mención carece de sentido en la actualidad, tras su supresión para la vía civil y laboral por la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas.

Por lo que se refiere a la preferencia, este se encuentra recogida en los art 779 y 753.3 LEC, incluido, este último, en las disposiciones generales aplicables a los procesos civiles no dispositivos, y se traduce en que en ellos las vistas serán señaladas con prioridad ,gozando además de precedencia en la celebración si existe coincidencia de señalamientos.

Asimismo, y con el de fin de imprimir celeridad a la tramitación y aportar pronta certeza a la situación del menor, dispone el art 779 de la LEC que los procedimientos de oposición deberán realizarse en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de su inicio, añadiendo que tal límite temporal no podrá ser suspendido ni siquiera en casos de acumulación de procedimiento relativos a la protección de un mismo menor

Además, las características particularmente previstas en los arts. 779 y 780 LEC, le son de aplicación el procedimiento de oposición aquellas genéricamente contempladas para los procesos de este Título I.

5.7. DEMANDA Y PRETENSIÓN

Aunque nada se diga al respecto, y pese a que este procedimiento se sustancia conforme a los tramite del juicio verbal, el principio de igualdad procesal exige que la demanda se formalice según lo previsto pada este acto en el juicio ordinario, ya que esta es la normativa que se aplica en los relativo a la contestación (art 753 LEC, en relación con el art 405 LEC)

³⁷ ESCALADA LOPEZ, M. L. (2021) "La Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, Particularidades Procesales", Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 106-115

A la demanda se acompañarán los documentos procesales y materiales que las partes quieran aportar para acreditar las circunstancias alegadas (arts. 264 y 265 LEC).

En cuanto al contenido, la pretensión formulada consistirá en que se declare la resolución administrativa no ajustada a derecho y se deje sin efecto con fundamento en que no son ciertos o no han sido valorados correctamente los hechos en que se funda el acto administrativo, o en la improcedencia de la medida adoptada. Además, si como sucede con frecuencia, en una misma resolución administrativa se adoptan varias decisiones, por ejemplo, se acuerda el desamparo y se decide la concreta medida de protección conveniente “ cabe entender que la oposición podrá dirigirse a obtener el cese sin más del desamparo con la consiguiente revocación de la suspensión de la patria potestad, o modificar la concreta modalidad de acogimiento acordada (para obtener, por ejemplo, la sustitución del acogimiento residencial por un acogimiento en familia extensa)”. Es posible, por tanto, articular tales pretensiones conjuntamente, de manera subsidiaria o alternativa.

Si la demanda cumple con los requisitos legalmente exigidos, el Letrado de la Administración de Justicia dictara decreto admitiéndola y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y demás personas que conforme a la ley deban ser parte en el procedimiento hayan sido o no demandadas (art 404.1 y 753.1 LEC), empleándoles para que contesten conforme a lo establecido en el artículo 405 para la contestación a la demanda en el juicio ordinario. En caso contrario, si aprecia falta de competencia o de jurisdicción, o si la demanda adoleciese de defectos formales no subsanados por el actor en el plazo concedido, el Letrado dará cuenta de estos extremos al Tribunal para que resuelva sobre la admisión (art 404.2 LEC). En caso de inadmisión, el auto será recurrible en apelación.

Hay que destacar que en atención al interés del menor no es aplicable en estos procesos el aforismo *lite pendente nihil innovetur*, al resultar excluida la vigencia de la *perpetuatio actionis*, y su vertiente negativa, la prohibición de la *mutatio libelli*³⁸. De este modo, el Juez al decidir sobre la oposición tendrá en cuenta los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento (art 752.1 LEC); la importancia practica de

³⁸ El motivo [de casación] trata de introducir una cuestión nueva con vulneración de los principios *lite pendente nihil innovetur*, *iudex iudicare debet secundum allegata partium*, y de la prohibición de la *mutatio libelli*, recogidos en *profusa doctrina jurisprudencial, y consagrados en los artículos 136, 209, 2.ª y 3.ª, 216, 400, 401, 405.1, 412 y 426 (en este sentido, sentencias 914/2008, de 3 de octubre, y 783/2009, de 4 de diciembre)*» (STS, 1.ª, 6-III-2012, rec. 404/2009).

lo afirmado es que la sucesiva alegación fáctica puede ocasionar una modificación de la pretensión inicialmente formulada, y que tal situación resulta procesalmente permitida.

5.8. CONTESTACIÓN

Conforme al art 753.1 LEC, salvo disposición expresa en contra, los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores se sustanciarán por los tramites del juicio verbal, si bien la contestación se realizara en el plazo de veinte días conforme a lo establecido en el artículo 405, esto es, aplicando la regulación prevista para el juicio ordinario.

5.9. ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Por aplicación del art 76.2.3^a LEC, procederá la acumulación de los procesos en los que se sustancie la oposición a resoluciones administrativas en materia de un mismo menor tramitados conforme al artículo 780, siempre que en ninguno de ellos se haya iniciado la vista. No obstante, como ya fue advertido, esta acumulación no suspenderá el plazo máximo de sustanciación establecido en los tres meses posteriores a la fecha de su inicio (art 779 LEC)

Lo previsto supone que si el Ministerio Fiscal, las partes, o el Juez competente tiene conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor, pedirán los primeros y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo (art 780.6 LEC).

Acordada la acumulación, el tribunal ordenara que los procesos más modernos se unan a los más antiguos para la tramitación en un mismo procedimiento y la decisión en una misma sentencia (art 84 LEC), con la especialidad de que no se suspenderá la vista que ya estuviera señalada si fura posible tramitar el resto de los procesos acumulados dentro del plazo determinado por el señalamiento. En caso contrario, el Letrado de la Administración de Justicia acordara la suspensión del que tuviese vista ya fijada, hasta que los otros se hallen en el mismo estado, procediendo a realizar el nuevo señalamiento para todos con carácter preferente y , en todo caso, dentro de los diez días siguientes (780.6.p2^o). contra el auto que deniegue la acumulación cabe recurso de reposición y apelación sin efectos suspensivos, y contra el que la acuerde no se dará recurso alguno.

5.10. LA ESCUCHA DEL MENOR

En el procedimiento de oposición debe oírse y escucharse al menor sin discriminación alguna por edad, discapacidad o de cualquier otra circunstancia. A este fin su comparecencia tendrá carácter preferente, y se realizará de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptadas a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento (art 9.1 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.)

Debe garantizarse, que cuando el menor tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente y que, cuando ello no se posible o no convenga a su interés, su opinión se conozca por medio de sus representante legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a atreves de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan trasmitirla objetivamente (art 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor).

No obstante, y a este respecto, el Defensor del Pueblo ha entendido que la tramitación del juicio verbal no contempla propiamente la escucha del menor si no su exploración, añadiendo que tampoco la vista de este procedimiento parece el momento idóneo para materializarla puesto que no es un contesto propicio, ni para inspirar confianza, ni para garantizar la confidencialidad ³⁹.

5.11. VISTA

Contestada la demanda, o transcurrido el plazo establecido para ello, se citará a las partes a l vista (art 440 LEC), indicando en la citación que deben acudir a este acto con los medios de prueba de que intente valerse art 440.1.p.3º LEC. De conformidad con el art 754 LEC., siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se trate de ninguno de los supuestos

³⁹ Estudio del Defensor del Pueblo sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, mayo, 2014, págs. 30 y ss. “ La exigencia de la escucha se deriva de la cláusula general del artículo de la Ley Orgánica 1/1996.

del art 138.2 LEC., el Juez podrá acordar mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que este acto se celebre a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

Por lo que se refiere a la asistencia de las partes, si no comparece el demandante se le tendrá por desistido conforme al art 442.1 LEC, si bien en este punto debe concurrir la conformidad del MF, salvo que, precisamente, este último haya sido el promotor del procedimiento. En cuanto al demandado, la aplicación de los plazos previstos para el juicio ordinario hace que la declaración en rebeldía deba producirse si no comparece en el plazo de veinte días señalado para la contestación a la demanda (art 496 LEC), de este modo, si se ha personado previamente en tiempo y forma, su inasistencia a la vista solo tendrá como efecto que esta se celebre en su ausencia. Comparecida las partes, el tribunal declarará abierto el acto (art 443.1) pronunciándose sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y termino del proceso mediante sentencia sobre el fondo, de acuerdo con los artículos 416 y siguientes; ello incluye las excepciones procesales formuladas por el demandado, pero también aquellos extremos apreciados de oficio por el juez que pueden obstar la válida prosecución y termino del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Si no se hubieran suscitadas cuestiones procesales o si formuladas se resolviese por el tribunal la continuación del acto, se concederá la palabra a las partes para que realicen aclaraciones y fijen con claridad los hechos en los que fundan sus pretensiones y sobre los que exista contradicción (art 443.3) si bien, por aplicación del art 752.2 LEC, la conformidad de los litigantes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá este decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en ella o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria.

En cumplimiento de esta función, comenzará formulando sus alegaciones quien formuló oposición, después la Entidad Pública informará de cual es en ese momento la situación del menor y de las variaciones producida desde que se acordó la medida. Por último, intervendrá el Ministerio Fiscal. EL acto continuará con la proposición de la prueba de que las partes quieran valerse, practicándose las admitidas por el juez en atención a su licitud, pertinencia y utilidad (art 283 LEC) y las que este acuerde de oficio (art 752.1.p.2º LEC). Contra la resolución admisorio o inadmisorio podrá interponerse oralmente recurso de reposición que se sustanciará y resolverá en el acto y, en caso de desestimarse, será posible formular protesta a efectos de reiterar la proposición en segunda instancia art 285 LEC.

En otro orden de cosas, debe recordarse en este punto que el tribunal no está vinculado por las reglas de valoración tasada que en materia probatoria establece la LEC en cuanto al

interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados que hayan sido reconocidos (art 752.2). Finalmente, las partes y el Ministerio Fiscal podrán formular de forma oral sus conclusiones e informes, y el tribunal podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que se le indiquen (art 433.2.3 y 4 LEC).

5.12. SENTENCIA Y COSA JUZGADA

La sentencia debe dictarse en los 10 días siguientes a la terminación del juicio (art 447 y 780.4.p.2º LEC). No se admite la conclusión del proceso por actos de disposición de las partes, de este modo se excluye la renuncia, el allanamiento y la transacción, mientras que el desistimiento exigirá la conformidad del Ministerio Fiscal⁴⁰. Cuando se procedente, el Letrado de la Administración de Justicia comunicara la resolución al Registro civil para la práctica del asiento que corresponda, art 755.1º LEC. Finalmente, y en lo que se refiere a la cosa juzgada, pese a la existencia de opiniones discrepantes en este punto, se entiende que las resoluciones recaídas en estos procesos gozan de tal eficacia.

5.13. RECURSOS

Contra la sentencia dictada cabe recursos de apelación en un solo efecto ante la Audiencia Provincial (art 455 LEC), y contra la que dicte esta última es posible interponer casación ante el tribunal Supremo por la exclusiva vía del interés casacional del art 477.2.3º y 477.3 LEC.

5.14. EJECUCIÓN

Por lo que se refiere a la ejecución provisional, esta resulta excluida por el art 525.1.1ª LEC. Con el fin de evitar los perjuicios que supondría para el menor la revocación de la resolución ejecutada provisionalmente, si el recurso resultara finalmente estimado. De este modo, aunque la sentencia estime la oposición, la situación del menor permanecerá inalterada porque, la medida acordada por la entidad pública tiene carácter ejecutivo dado su presunción de legalidad y, además, el recurso que en su caso se interponga frente a la resolución desestimatoria de la oposición carece de efectos suspensivo.

⁴⁰ El art 447 LEC, establece que la sentenciase dictara en los diez días siguientes a la terminación de la vista, su mención en el art 780.4.p.2º LEC, es debida a la reforma operada por la LO.8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (B.O.E 5 JUNIO).

En cuanto a la ejecución definitiva, el órgano competente para conocer de ella será Tribunal que entendió del asunto en primera instancia (arts. 61 y 545 LEC). Hay que destacar que cuando el proceso concluye con una sentencia firme estimatoria de la oposición, debe exigirse celeridad en el cumplimiento, y en su caso ejecución, sobre todo si la resolución ordena la reintegración del menor con su familia y deja sin efecto la declaración de desamparo por entenderlo injustificadamente declarado, o por apreciar un cambio de circunstancias que no entendió concurrentes la Administración al conocer de la revocación. La importancia del transcurso del tiempo en estos casos, y la especial percepción que de él tienen los niños provoca que la demora acabe convirtiendo en irreversible el retorno del menor con su familia de origen si, dado el apego a su entorno de acogida, esta nueva situación ocasiona en él una reacción negativa y desestabilizadora. En este sentido han sido varios los supuestos en los que la desidia de la Administración ha derivado en la imposibilidad de ejecutar lo estatuido en sus propios términos, imponiéndose el cumplimiento por sustitución mediante la correspondiente indemnización. Resulta flagrante que en estos casos el cumplimiento in natura y el regreso del menor con la familia original se conciben inviables en aras de su estabilidad vital y moral, y en definitiva de su interés superior, cuando la contextualización de ese interés ha sido condicionada precisamente por la falta de diligencia en cumplir con lo acordado en la resolución judicial, y en restaurar de forma paulatina y controlada el contacto con sus progenitores, propiciando así su pacífica reintegración. A cambio de ellos los padres obtienen un equivalente pecuniario.

En relación con dos sentencias y viendo lo explicado anteriormente respecto al proceso de oposición la STS 720/2022 y la STC 75/2005 se afirma que en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia, tanto los del menor como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen. Es lógico y según se afirma en ambas sentencias que dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego, se ofrezca realmente una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostente intereses legítimos en la decisión a tomar. Por otro lado, este proceso no se configura como un simple conflicto de pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, si no que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa la posición prevalente, el interés superior del menor. Atendiendo a uno de los objetivos principales de este

procedimiento se determina en ambas que la celeridad tendrá que ser primordial en aras a evitar consecuencias irremediables entre el menor y sus progenitores, por ello corresponderá a las autoridades a demostrar una diligencia excepcional porque el simple paso del tiempo puede tener el efecto de resolver la cuestión de facto.

Por último, la reintegración en la familia en los casos que procedan será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma y objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor.

6. CONCEPCIÓN DINÁMICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: EXCEPCIONES A LA PRECLUSIÓN Y EFICACIA DE LA COSA JUZGADA

En los litigios de este tipo, la prioridad dada al interés superior del menor y la presencia de otros intereses personales y familiares hacen que el proceso no sea meramente un conflicto entre demandas privadas. Esto se refleja, entre otras cosas, en la reducción de los requisitos formales exigidos y en un mayor margen de actuación del juez para garantizar los derechos que deben ser protegidos.

La base de esta mayor flexibilidad radica en que en estos procesos tratan relaciones personales que, por su propia naturaleza, son susceptibles de cambios. Esto da lugar a ciertas particularidades en el procedimiento de oposición:

1º Es necesario, en primer lugar, la importante división existente en doctrina y jurisprudencia en orden a determinar que hechos y extremos han de ser tenido en cuenta por el juez al revisar la resolución administrativa de protección del menor, si los concurrentes en el momento de su adopción, postura defendida por la corriente estática, o los presentes al tiempo de su revisión, planteamiento propio de la corriente dinámica. Según esta última, lo que debe analizarse judicialmente no es si en su momento fue correcta la decisión de la Administración, sino si lo sigue siendo al tiempo de su examen por el juez.

No obstante, y según expone Escalada López ante la existencia de resoluciones contradictorias en la materia, el TS, a partir de su sentencia 565/2009, de 31 de julio⁴¹, TOL1.723.143 sentó como doctrina jurisprudencial lo siguiente: " es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 c/c, 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".

El planteamiento parece correcto atendiendo a varios argumentos: El primero, de carácter técnico, toma en consideración que si bien el procedimiento contencioso-administrativo los tribunales revisan la decisión adoptada por la Administración teniendo en cuenta el contexto en el que fue dictada, el proceso civil de oposición no comparte esta misma naturaleza del contencioso; únicamente tiene en común con aquel que lo revisado es una

⁴¹ STS 565/2009 de 31 de Julio

actuación de un ente público, pero su finalidad no es el simple control jurisdiccional de la adecuación de este a derecho, sino si responde y respeta de forma sostenida el interés superior del menor.

El segundo se justifica en la constatación del ser de las cosas, y es que la aludida variabilidad de las relaciones y situaciones vitales y familiares exige que la decisión protectora se valore conforme a una perspectiva dinámica y evolutiva, de modo que el pronunciamiento judicial por el que se resuelve el proceso de oposición tenga como referencia el escenario actualizado del menor. En otro caso se producirá un desajuste entre la realidad judicial y la fáctica, cuya traducción efectiva será la inadecuada protección de su contextualizado interés superior.

Además, y teniendo en cuenta que el planteamiento evolutivo se fundamenta en la necesidad de dotar de protección coetánea al interés del niños, es evidente que el mismo debe informar y encontrar aplicación en la adopción de todas las medidas de protección que se acuerden en la materia, pero también en todos los procesos de oposición en los que se inste su revisión (desamparo, modalidad de acogimiento acordada, etc.) y en el seno de estos, en los diversos momentos de la tramitación procesal, ello significa que la adecuación de la decisión administrativa se valorar conforme a la situación presente y no a la existente cuando fue dictada, pero también que el conocimiento del tribunal se referirá a la pretensión atendiendo a su delimitación tanto en la fase de alegaciones, como en las actualizaciones postreramente introducidas en el proceso

2º Por otro lado, la permanente adaptación a la realidad supone en ocasiones, y en relación con un mismo menor, el juez debe pronunciarse sucesivamente sobre una medida protectora adoptada; así sucede con la oposición a la declaración de desamparo y después con la oposición a la desestimación de la revocación del desamparo en su día declarado.

La necesidad de que el juez considere las circunstancias nuevas al evaluar la impugnación y la primacía del interés del menor sobre la rigidez procesal generan una serie de particularidades que afectan a estos aspectos. En primer lugar, la incorporación de hechos nuevos o relevantes puede implicar una modificación de la pretensión. Esta situación, permitida en el proceso civil en general, debe ser admitida especialmente en el procedimiento de oposición, ya que el interés superior del menor requiere tener en cuenta su situación actualizada. Por otro lado, ha de advertirse que tal incorporación puede derivar de las alegaciones de las partes, pero también, y en virtud del principio de adquisición procesal, de su introducción de otro modo, mediante los informes o documentos obrante en autos, etc. (art. 752.1 LEC)

Por último, complementando lo mencionado anteriormente, la opción de presentar hechos nuevos debe ir acompañada de la presentación de pruebas relevantes para su verificación.

Desde la perspectiva de la técnica procesal, esto puede resumirse de la siguiente manera: La capacidad de presentar nuevas argumentaciones en diferentes momentos del proceso, sin estar sujetos a plazos procesales, implica una excepción a la prohibición de cambio de pretensión y al principio de preclusión.

La revisión judicial de las resoluciones administrativas en asuntos de protección de menores puede plantear desafíos en términos de la eficacia de las decisiones judiciales. Esto ocurre especialmente cuando se emite una sentencia definitiva que confirma la situación de desamparo determinada por la entidad pública, pero posteriormente se solicita la revocación de dicha sentencia. En caso de que la solicitud de revocación sea rechazada y se presente nuevamente una oposición ante los tribunales, puede generar complicaciones en cuanto a la aplicabilidad de las resoluciones judiciales.

En cuanto a la preclusión y cosa juzgada habría que tener en consideración respecto a la primera que la seguridad jurídica juega un papel fundamental al evitar situaciones inesperadas y contrarias al derecho de defensa. No obstante, la protección del interés superior del menor y la búsqueda de la verdad material permiten flexibilizar la aplicación estricta de este principio. Esto brinda al juez la posibilidad de tomar decisiones basadas en los hechos, independientemente de cuándo hayan sido alegados o introducidos en el procedimiento de otra manera.

Por otro lado, y atendiendo a la cosa juzgada material, que determina la imposibilidad de enjuiciar de nuevo hechos sobre los que ya ha recaído una resolución judicial firme, surgen dos efectos, el primero de ellos el efecto negativo, *non bis in ídem*, puede cuestionarse en los casos en que se fórmula oposición contra la revocación de desamparo desestimada, existiendo un pronunciamiento judicial anterior e irrecurrible sobre esa situación y por otra parte nos encontramos el efecto positivo o perjudicial, puede plantearse cuando para pronunciarse sobre la oposición a una concreta medida de protección, el juez ha de tener previamente en cuenta el desamparo judicial mediante confirmado, pero también será teóricamente posible en los casos en que, con fundamento en un cambio en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, se cuestiona la vertiente condicionante de la sentencia que lo confirmó y, por tanto el sentido de la sentencia condicionada: el cambio de contexto hace que sea discutible el desamparo y por tanto la consecuencia, que es la medida de protección.

7. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos podido observar la necesidad de que, para llegar al procedimiento de oposición de las resoluciones de la entidad pública en materia de protección de menores, antes se han tenido que analizar diferentes conceptos para comprenderlo, comenzando por la determinación del interés superior del menor y terminando por las especialidades procesales que tienen lugar en este proceso. Teniendo en cuenta todo lo analizado y estudiado cabría hacer unas conclusiones acerca de todo ello:

En primer lugar y en relación con la regulación a la que he hecho mención, se ha podido comprobar como en concordancia con la directiva constitucional y la tendencia a nivel internacional, se ha llevado a cabo una importante actualización de nuestro marco jurídico en relación con los menores, partiendo del reconocimiento del menor como un sujeto social que va más allá del ámbito estrictamente familiar y como titular legítimo de derechos subjetivos. En consecuencia, la protección de los menores ha evolucionado desde una perspectiva basada en la caridad hacia niños abandonados, hacia la ampliación de su aplicación a situaciones de maltrato, presión y negligencia por parte de los padres o tutores, dotándoles de esta forma de mayores garantías y derechos.

En segundo lugar, teniendo en cuenta el interés superior del menor, como bien se regula en Ley orgánica 1/1996, su interés superior tendrá la consideración de primordial en todas las acciones y decisiones, tanto en el ámbito público como en el privado, de esta forma la actuación de la administración estará informada por este derecho y por su cumplimiento, dándose el caso en el que el menor está en situación de desprotección y esto pueda afectar a sus intereses.

En tercer lugar, y atendiendo a las instituciones que tienen lugar cuando el menor se encuentra en situación de desprotección, podemos concretar como la modificación incluida en la ley 26/2015 en relación con el riesgo ha contribuido a una mayor concreción en su contenido dotándola por primera vez de la posibilidad de que la administración realice una resolución administrativa declarando esta situación ,su inclusión aporta seguridad jurídica y supera la falta de regulación existente anteriormente en este aspecto. Por otro lado como podemos apreciar, la ley de Protección Jurídica del Menor no proporciona una definición precisa del concepto de desamparo, sino que remite al Artículo 172 del Código Civil para su interpretación, pudiendo crear un vacío acerca de cuáles pudieran ser consideradas como tal, y dejando de esta forma para su determinación la flexibilidad de la administración y los

criterios que esta considere para determinar que hechos y situaciones concuerdan con la posibilidad de declarar el desamparo. No obstante, el concepto de desamparo es un término jurídico indeterminado, debido a la gran diversidad de casos.

En cuarto lugar, la administración pública competente en materia de protección de menores será la encargada de determinar estas situaciones de desprotección, declarando las resoluciones administrativas que considere convenientes en atención a la situación del menor, como bien puede ser la suspensión de la patria potestad. Un problema que encontramos en cuanto a la acción de la administración es la no existencia de un procedimiento común para declarar la situación desamparo, correspondiendo a cada Comunidad autónoma la regulación de un procedimiento administrativo común dentro de su territorio, dando lugar a diferencias que acaban creando inseguridad jurídica y no todas las mismas garantías procesales respecto a las demás Comunidades autónomas.

En quinto lugar, el proceso de oposición a las resoluciones regulado en el art. 780 LEC se caracteriza por ser un procedimiento sencillo y ágil que tiene como finalidad evitar que los menores sufran las consecuencias de una justicia tardía, este proceso de oposición se caracteriza por la existencia de ciertas particularidades procesales, todo ello en relación a la protección del menor. En cuanto a estas particularidades procesales en estos procesos no pueden aplicarse plenamente los principios de dispositividad y aportación de las partes, sino que se reemplazan por los principios opuestos de oficialidad y de investigación oficial, el juez tiene la facultad de resolver la disputa basándose en los hechos discutidos y probados, independientemente de la forma en que hayan sido presentados en el proceso. Además, se permite al tribunal realizar pruebas de oficio según sea necesario.

En cuanto al ámbito de aplicación nos encontramos con el problema de la determinación de que resoluciones se pueden impugnar pudiéndose afirmar de forma general que este proceso permite abordar cualquier demanda de oposición a decisiones que afecten al menor y que hayan sido adoptadas por la entidad administrativa responsable de la protección de menores.

La importancia del transcurso del tiempo en estos casos y en la consecución de este procedimiento es de gran importancia ya que la percepción que de él tienen los niños provoca que la demora acabe convirtiendo en irreversible el retorno del menor con su familia de origen si, dado el apego a su entorno de acogida, esta nueva situación ocasiona en él una reacción negativa y desestabilizadora. En este sentido han sido varios los supuestos en los que la desidia de la Administración ha derivado en la imposibilidad de ejecutar lo estatuido en sus propios términos, por tanto el objetivo principal de este procedimiento será el de

obtener a partir de la impugnación de la resolución, la decisión que se aproxime más a el interés superior del menor y su bienestar, pudiendo restablecer si así procede su reintegración con su familia o en caso contrario, la continuación de la tutela o acogimiento.

En sexto lugar y último en cuanto a la concepción dinámica del interés superior del menor , ocasionan que el proceso no se configure solamente como un simple conflicto entre pretensiones privadas debido a la prevalencia del interés superior del menor y la presencia de otros de orden personal y familiar ocasionando un incremento de las facultades del juez en garantía de los derechos que han de ser tutelados, existiendo en este caso la posibilidad de la no prohibición del principio de preclusión y los diferentes aspectos que engloban en aras al cumplimiento del interés del menor la cosa juzgada material, pudiendo en este caso poder ser juzgado de nuevo (la resolución) si ha habido un cambio significativo en las circunstancias que lo motivaron.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, debido a todas estas especialidades procesales que se puedan dar en el proceso de oposición, pueden derivar a que no se cumpla con la finalidad principal que es el de la celeridad del proceso en aras a garantizar ese interés superior del menor, resultando de esta forma perjudicial para los menores. La introducción de las nuevas modificaciones de las leyes que regulan este proceso, son una garantía de que el interés superior del menor es la finalidad principal en el proceso de oposición a las resoluciones de la entidad pública y sobre todo su bienestar, ya sea con su familia o bajo la tutela o acogimiento de una nueva, en aras a garantizar su desarrollo personal en un entorno seguro y que le brinde la protección y la seguridad necesaria para vivir.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALLUEVA AZNAR L. (2011): “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia”, InDret, octubre
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (2013): “Comentarios al código civil” (Dir.), Vol. 2 (Arts. 152 a 360), Valencia
- DE PALMA DEL TESO, A. (2011): “El derecho de Los menores a recibir protección: EL papel de la Familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de Las Administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, repositorio UAM, Madrid
http://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/662986/AFDUAM_15_7.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- ESCALADA LOPEZ, M.L. (2021) : “La Oposición a las Resoluciones Administrativas en materia de protección de menores. Particularidades procesales”, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ DEL CASO, J. P. (2008): “La reforma del proceso de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores operada por la ley 54/2007”, Boletín el Derecho de Familia, año VIII, nº80, junio.
- GONZALEZ PILLADO, E. (2008): “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, en Indret, núm. 2
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.(2014):”La concreción del interés del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HUELAMO BUENDIA, A. J. (s/f) “Procedimiento de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”, ponencia FGA
<https://www.fiscal.es/documents/20142/276941/Ponencia+Antonio+J.+Hu%C3%A9lamo+Buend%C3%ADa.pdf/6ecf3771-2b06-d9ec-53a5-7ec84b5d0429?t=1562241463586>
- LASARTE, C. (2016): “Principios de derecho Civil IV, Derecho de familia”, Marcial Pons, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ,C.,RUIZ JIMENEZ, J., DIAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª., POUS DE LA FLOR, M.ª., LEONSEGUI GUILLOT, R., TEJEDOR

- MUÑOZ,L., SERRANO GIL,A. (2017): “Protección Jurídica del Menor” Tirant Lo Blanch, Valencia.
- LLEDÓ YAGUE, F., FERRER VANRELL, P., TORRES LANA, J.A., ANCHÓN BRUÑÉN, M.J. (2016): “Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y a la Adolescencia” Dykinson, S.L., Madrid.
 - MARTINEZ DE AGUIRRE, C. (2015): “El acogimiento en el marco del sistema legal de protección de menores.” (s/f). Quadernsdepolitiquesfamiliars.org. Recuperado el 1 de julio de 2023, de Revista Institut D´estudis Superiors de la Família, 15 de mayo de 2015.
<https://www.quadernsdepolitiquesfamiliars.org/revistas/index.php/qpf/article/view/1/40>
 - NORIEGA, L., PROFESORA, R., CLAVE, P. (s/f). “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia.” Boe.es de ADC, tomo LXXI, 2018, fasc.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=AN-U-C-2018-10011100152
 - TORIBIOS FUENTES, F. (2012): “Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil”, Lex nova, Valladolid.
 - UTRERA GUTIERREZ, J. L. (2012), “ El sistema legal de protección de menores. Cuestiones Prácticas”, “ Los procesos de familias en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, Cuadernos digitales de Formación, nº4, CGPJ

8.1. JURISPRUDENCIA

- STS 23/1994 de 23 de junio de 1994
- STS 12 /1997 de 12 de diciembre de 1997
- STS 565/2009 de 31 de Julio de 2009
- SAP Alicante, Sección 6º, numero 82/2012 de 8 de febrero de 2012
- STS 720/2022 de 2 de noviembre 2022
- STC 75/2005 de 10 de mayo de 2005

8.2. LEGISLACIÓN

- Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil
- DECRETO 1/2021, de 14 de enero, por el que se modifica el Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, BOCYL, 18 de enero de 2021
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional, BOE
- Ley 26/2015, de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia , BOE
- Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento administrativo Común, de las Administraciones Públicas, BOE
- Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, BOPA
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

8.3. OTROS DOCUMENTOS

- Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, tras la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre.
- Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, de la Fiscalía General del estado, relativa a las incidencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los Procesos Civiles Especiales.