



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La guarda con fines de adopción

Presentado por:

Lucía Vaquero Lara

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 21- 06- 2024

RESUMEN: Este Trabajo de Fin de Grado ofrece un análisis exhaustivo sobre la guarda con fines de adopción, así como de las circunstancias que llevan al acogimiento, con un enfoque particular en el acogimiento familiar.

Antes de definir el tema de la guarda con fines de adopción, se procedió a realizar un breve recorrido sobre las situaciones de riesgo y desamparo que derivan en el acogimiento, provocando, en algunos casos, la aparición de la adopción, precedida por la mencionada guarda. El objetivo principal de este estudio es establecer una sistematización de la guarda con fines de adopción, especialmente después de la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

PALABRAS CLAVE: protección, interés del menor, acogimiento familiar, guarda con fines de adopción, adopción.

ABSTRACT: This Final Degree Project offers an exhaustive analysis of foster care for adoption purposes, as well as the circumstances that lead to foster care, with a particular focus on foster care.

Before defining the topic of custody for adoption purposes, a brief overview of the situations of risk and helplessness that lead to foster care was carried out, causing, in some cases, the appearance of adoption, preceded by the aforementioned custody. The main objective of this study is to establish a systematization of custody for adoption purposes, especially after the reform introduced by Law 26/2015, of July 28, modifying the system of protection for children and adolescents.

KEY WORDS: protection, interest of the minor, foster care, custody for adoption purposes, adoption.

ABREVIATURAS:

ART: Artículo

CE: Constitución Española

TC: Tribunal Constitucional

CC: Código Civil

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

MF: Ministerio Fiscal

PÁG.: Página

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

CEPDHLF: Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

LOPJM: 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

Ley 26/2015: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley 1/1996: 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 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996)

ÍNDICE:

| | |
|--|----|
| <u>1. INTRODUCCIÓN</u> | 7 |
| <u>2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR</u> | 8 |
| 2.1 Principales directrices internacionales..... | 9 |
| 2.2 La familia como sede natural del sistema de protección..... | 11 |
| <u>3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR</u> | 14 |
| 3.1 La opinión del menor..... | 14 |
| <i>3.1.1 El derecho del menor a ser oído</i> | 15 |
| <i>3.1.2 La recomendación de no separar a los hermanos</i> | 19 |
| 3.2 El deber de velar por el menor acogido..... | 21 |
| <u>4. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: LA ATENCIÓN INMEDIATA AL MENOR DESAMPARADO</u> | 22 |
| 4.1 La situación de riesgo como antecedente..... | 25 |
| 4.2 Análisis del desamparo..... | 28 |
| <u>5. EL ACOGIMIENTO COMO FORMA DE EJERCER LA GUARDA DE MENORES</u> | 32 |
| 5.1 Contexto | 32 |
| 5.2 El acogimiento como forma de ejercicio de la guarda por la Entidad Pública..... | 34 |

| | |
|---|----|
| 5.3 El acogimiento: la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial..... | 35 |
| 5.4 El acogimiento familiar: Clases..... | 38 |
| 5.5 El acogimiento residencial..... | 43 |

6. MEDIDAS PREVISTAS ANTE EL CESE DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR.....

44

| | |
|--|-----------|
| 6.1 Retorno a la familia biológica..... | 45 |
| <i>6.1.1 El derecho del menor a crecer y ser educado en su propia familia.....</i> | <i>46</i> |
| <i>6.1.2 El principio de prioridad familiar.....</i> | <i>48</i> |
| 6.2 La formalización del acogimiento permanente..... | 50 |
| 6.3 La adopción..... | 51 |

7. FASE PREVIA A LA ADOPCIÓN: LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN TRAS LA LEY 26/2015.....

53

| | |
|---|-----------|
| 7.1 Hasta 2015: El acogimiento familiar preadoptivo..... | 55 |
| 7.2 La guarda con fines de adopción. Ley 26/ 2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia..... | 57 |
| <i>7.2.1 El periodo de convivencia como proceso de adaptación.....</i> | <i>58</i> |
| <i>7.2.2 Constitución.....</i> | <i>60</i> |
| <i>7.2.3 Consecuencias.....</i> | <i>62</i> |
| <i>7.2.4 Cese.....</i> | <i>67</i> |

8. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.....

68

| | |
|---|----|
| 8.1 Relación de filiación entre adoptado y adoptante..... | 69 |
| 8.2 Función del Registro Civil..... | 71 |
| 8.3 La adopción abierta: El mantenimiento de algún tipo de relación con su familia de origen conforme al artículo 178.4 del Código Civil..... | 73 |
| 8.3.1 Criterios..... | 77 |
| 8.3.2 Sujetos..... | 78 |
| 8.3.3 Contenido y alcance..... | 81 |
| 8.4 Derecho del adoptado a conocer sus orígenes..... | 82 |
| 8.5 Irrevocabilidad y extinción..... | 86 |
| | |
| <u>9. CONCLUSIONES</u> | 89 |
| | |
| <u>10. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN</u> | 91 |

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo central de este Trabajo de Fin de Grado es realizar un análisis exhaustivo de la guarda con fines de adopción, abordando desde la previa declaración de desamparo hasta la adopción, tratando cuestiones como el acogimiento y sus variantes.

La protección de los menores es una cuestión social que se encuentra en constante evolución, y es que, la infancia y la adolescencia constituyen dos etapas evolutivas de los menores que, por el mero hecho de serlo, se presentan como personas especialmente vulnerables que demandan y precisan de una atención y protección especial, con la finalidad de que sus derechos e intereses se encuentren debidamente salvaguardados.

Consciente de ello, el artículo 39 de la Constitución Española de 1978 ha establecido que los poderes públicos tienen la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en concreto, de los menores de edad. Para dar cumplimiento a este mandato constitucional el legislador estatal ha procedido a regular un conjunto de instituciones jurídicas, públicas y privadas, cuyo fin es ofrecer un marco legal de protección al menor.

En este sentido, se pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, por el avance que supuso y las importantes innovaciones que aportó. Sabido es que esta regulación se presenta, como fruto de la preocupación por otorgar al menor un adecuado marco jurídico de protección en consonancia con la CE y con los diversos Tratados Internacionales suscritos por España, en especial, con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y con la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo de 1992.

Recientemente la LOPJM 1996 se ha modificado a través de dos normas, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. De tal modo, la Ley 26/2015¹ se utilizó para incluir las modificaciones precisas en el sistema que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en este ámbito.

¹ Preámbulo Ley 26/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Respecto de lo anterior, surge un desafío en la protección de la infancia y la adolescencia cuando los padres o tutores incumplen sus obligaciones, lo que requiere que las autoridades públicas implementen mecanismos de seguimiento y supervisión de la situación del menor. Inicialmente, estos mecanismos son responsabilidad del sistema de servicios sociales, que busca corregir deficiencias mediante planes de intervención socio-familiar, excepto en situaciones de emergencia social. Pero si estos planes no funcionan, la Administración interviene adoptando medidas de protección en interés del menor.

Esto se debe a que se considera que el individuo está en una situación de vulnerabilidad, lo que lo hace depender de otras personas para su desarrollo, educación y protección. Dando lugar al acogimiento familiar como una medida legal destinada a proteger al menor. La Administración pública, en el ejercicio de su responsabilidad de protección del menor, actuará con las prerrogativas pertinentes, aunque debe tener en cuenta que su intervención en la vida personal y privada de los menores y sus familias debe estar claramente delimitada, ya que constituye una injerencia en su vida privada.

Aquí es donde entra en juego, el cambio experimentado en la Ley 26/2015 conforme al acogimiento preadoptivo que, tras la mencionada ley, sufre una serie de alteraciones que lo convierte en una nueva figura denominada “guarda con fines de adopción”, que pasa de ser un tipo de acogimiento a una fase del procedimiento de adopción. Considerada como el cuidado de un menor de edad declarado en situación de desamparo, el cual es delegado por la entidad pública correspondiente a personas que cumplen con los requisitos legales de capacidad para adoptar, habiendo otorgado su consentimiento, y siendo evaluadas como idóneas y asignadas para la adopción del menor; que sirve como mecanismo de protección de menores y como forma de filiación.

2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR

La salvaguarda de los derechos de los menores constituye un desafío en constante evolución en nuestra sociedad. La infancia y la adolescencia son fases cruciales en la vida de los jóvenes, donde su vulnerabilidad demanda una atención especial para asegurar su bienestar y protección. Estas etapas, comúnmente agrupadas bajo el término "menores", han sido objeto de atención por parte de las políticas públicas, buscando establecer mecanismos efectivos que garanticen su protección integral.

En este sentido, el Gobierno adoptó medidas legislativas que culminaron en la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, la cual llevó a cabo una profunda reforma de las instituciones de protección del menor establecidas en el Código Civil. El objetivo era garantizar una protección uniforme en todo el territorio español, en consonancia con la Constitución y los tratados internacionales suscritos por España, como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo de 1992.

Recientemente, la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 han modificado la Ley Orgánica 1/1996, respondiendo a la necesidad de adaptarse a los cambios sociales y mejorar los instrumentos de protección jurídica de los menores, en línea con la Constitución y los tratados internacionales.

2.1 Principales directrices internacionales

La Convención sobre los Derechos del niño de 1989, marca el punto de partida de cualquier legislación relacionada con la protección del sujeto menor de edad. En su Preámbulo, manifiesta el derecho a cuidados y asistencia especiales de los menores, así como, recalca la familia como medio fundamental de la sociedad para el crecimiento y bienestar dentro de la comunidad. Gracias a este entorno, la persona menor de edad, se desarrolla en un ambiente de felicidad y comprensión.

El primer paso, es delimitar y definir aquellos derechos e imponer a los Estados firmantes las medidas que se precisen. Se configura el derecho de no discriminación, el principio de subsidiariedad y el principio del interés superior del menor. Este último, engloba todas las medidas necesarias que adopten tanto instituciones públicas como privadas, y tribunales y autoridades administrativas; configurado como un principio angular de la referida convención ². Además, todo Estado parte debe garantizarlo asegurando a los menores sus derechos como sujetos con personalidad propia y necesidades individuales, como consecuencia de la universalización de los derechos de la infancia en cualquier cultura.

Respecto de las ideas fundamentales que un país debe considerar y adoptar al ratificar el convenio, resultan relevantes ³;

² CAMPS MIRABET.N.: “El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el Derecho interno”, en Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia, PADIAL ALBÁS. A.Mª. /TOLDRÁ ROCA, Mª. D., 2007, págs. 23-24

³ SÁNCHEZ HERNANDEZ, CARMEN., El sistema de protección a la infancia y la adolescencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 35-38

- El interés del menor como aspecto inspirador de las medidas que se acuerden respecto a la persona del menor.
- La protección del Estado debe respetar las decisiones de padres y tutores, en el ejercicio de sus derechos y deberes, velando por el cumplimiento de las normas cuando la protección se derive a la administración.
- A menos que resulte imprescindible para el interés del menor, no es posible separar al menor de sus progenitores en contra de la voluntad de estos últimos.
- El derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres, salvo que perjudique a su interés.
- El derecho del menor a ser oído y escuchado, expresando su opinión, atendiendo a su edad y madurez.
- La clasificación en derechos civiles, derechos sociales, derechos económicos y derechos culturales. Recogidos en el texto, desde el art. 13 al art. 32, ambos inclusive.
- El principio de igualdad de obligaciones de los padres respecto de la crianza y el desarrollo del niño/a. Dónde los Estados deben proporcionar la asistencia necesaria.
- La protección del menor de edad cuando se encuentra en situaciones de violencia mientras permanece bajo la custodia de padres o representantes legales. Se deben establecer programas sociales.
- La configuración de una especial protección por parte del Estado cuando el niño se halle privado de forma temporal o de forma definitiva de su entorno familiar.

Por su parte, el Consejo de Europa, en su labor legislativa, en esta materia ha promulgado dos Tratados Internacionales:

1. El Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos y las Libertades Fundamentales, también llamado, Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de diciembre de 1950. Se introduce la posibilidad de recurrir de forma directa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además, recalca el derecho del menor de edad a la vida familiar⁴ con delimitaciones en aspectos sociales, morales, culturales o materiales.
2. La Carta Europea de Derechos del niño de 1992. Se tratan derechos introducidos por la Convención de Naciones Unidas de 1989, como el interés superior del menor o su derecho a expresar opinión libremente atendiendo a su edad y madurez. En definitiva, engloba los principios mínimos para garantizar un entorno de libertad y

⁴ Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de diciembre de 1950, art 8

autonomía, para un correcto desarrollo del menor; con el objetivo de su integración social y familiar, y la tutela reforzada en función de su debilidad.

2.2 La familia como sede natural del sistema de protección

Antes de adentrarnos en el análisis de las formas de protección familiar, particularmente en lo que respecta a la seguridad de los menores, es esencial clarificar qué entendemos por familia. En la actualidad, definir la familia implica reconocer su diversidad estructural, lo que dificulta establecer una delimitación conceptual precisa. Quizás sea más apropiado hablar de los diversos individuos o miembros que componen el concepto de familia, evitando distinciones basadas en género o parentesco. Es evidente cómo el concepto de "grupo familiar" ha experimentado una evolución notable, con una marcada reducción en el número de integrantes. Además, la configuración de la familia ha experimentado transformaciones significativas, impulsadas no solo por disfunciones sociales, sino también por cambios demográficos y el cambiante rol de la mujer en la sociedad contemporánea ⁵.

Estos cambios estructurales impactan directamente en las familias, especialmente en áreas como:

1. Las relaciones entre padres e hijos, donde predomina un modelo inductivo de apoyo basado en el afecto y el razonamiento, en contraposición a formas coercitivas de crianza.
2. La dimensión de la familia, con una tendencia hacia hogares más reducidos.
3. El aumento progresivo de separaciones y divorcios

Además de estos cambios, existen otras realidades que influyen en las formas familiares actuales, como los hogares unipersonales, encabezados principalmente por mujeres de edad avanzada, las familias monoparentales, las parejas que conviven sin estar casadas, con o sin hijos, y las familias reconstituidas tras procesos de divorcio o fallecimiento de uno de los cónyuges. Es importante tener presente que el sistema de protección está arraigado en un modelo de familia tradicional, pero este no es el único modelo normativo. Por lo tanto, el sistema de protección de menores debe considerar todas estas manifestaciones familiares, especialmente en situaciones de necesidad y riesgo de exclusión social, como es el caso de las

⁵ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ., El sistema de protección ..., cit., págs. 73-74

familias monoparentales, que se han visto particularmente afectadas durante la reciente crisis económica.

El ordenamiento jurídico, y en particular el Derecho Civil, no ofrece una respuesta uniforme ante la evolución de la familia. El concepto de familia y su composición no están claramente definidos legalmente, lo que implica la necesidad de implementar acciones dentro de la familia que promuevan el bienestar común y el equilibrio entre los derechos y obligaciones de cada miembro ⁶, especialmente de los menores. Frente a esta realidad, es crucial considerar ciertos aspectos al configurar un sistema de protección:

1. La flexibilidad del concepto de familia, que abarca a personas unidas por lazos de parentesco que conviven en un mismo hogar.
2. La reducción de los hogares familiares, mayormente conformados por cónyuges e hijos, con la inclusión excepcional de mayores dependientes.
3. La familia nuclear se ve afectada cuando falta algún miembro debido a fallecimiento o divorcio.

La familia, como base natural del sistema de protección de menores, ejerce un rol esencial en el fomento del desarrollo cognitivo, emocional y social de los niños/as. A lo largo de su crecimiento, los menores requieren ser expuestos a vivencias que les permitan desplegar su potencial innato y adquirir una personalidad madura y alineada con los valores de su sociedad. En este contexto, la familia emerge como el principal agente de socialización, modelando la percepción que el menor tiene de sí mismo, del entorno y de las relaciones interpersonales ⁷. Es en el seno familiar donde se establecen los cimientos para la construcción de una identidad propia y la internalización de normas y valores.

Resulta crucial que la familia identifique y defina sus funciones en consonancia con las necesidades cambiantes del menor, reconociendo que dichas funciones trascienden la mera crianza y atención. Conforme el menor de edad evoluciona, estas necesidades también lo hacen, y es responsabilidad de la familia adaptarse a estas transformaciones para proporcionar el apoyo adecuado. No obstante, es importante tener en cuenta que en ocasiones pueden surgir situaciones de riesgo dentro del ámbito familiar, cuyas repercusiones pueden extenderse al entorno escolar y social del menor. Por ello, es imperativo involucrar a

⁶ ROCHA ESPÍNDOLA, M., La familia, comunidad de personas e interés familiar, 2014, pág. 42

⁷ OCÓN DOMINGO, J., Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España, Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, n° 45, 2013, pág. 13

diversos sectores en el proceso de formación del niño/a para asegurar su desarrollo integral. Además, es esencial destacar que el menor no solo presenta necesidades, sino también responsabilidades, y la familia desempeña un papel fundamental en su proceso de asunción gradual. El principio de prioridad de la familia natural, reconocido tanto a nivel internacional como en la legislación nacional, subraya la importancia de que los padres sean los principales educadores y guías de sus hijos ⁸.

Durante largos períodos, ha sido objeto de críticas la falta de protección hacia la institución familiar por parte del legislador y las autoridades públicas, quienes con frecuencia han pasado por alto los problemas y necesidades que enfrenta. La noción de una protección completa y abarcadora de la familia se basa en el artículo 39 de la Constitución Española, el cual reconoce la necesidad de protección social, económica y legal para la familia. Se concibe a la familia como el núcleo primordial donde se debe brindar asistencia y resguardo a los menores, con un derecho legalmente reconocido a la vida familiar ⁹.

Aunque la familia desempeña un papel crucial en la protección de los menores, existen ocasiones en las que no puede proporcionar la asistencia necesaria. Por tanto, un sistema público de protección debe intervenir para garantizar el bienestar del menor y, en última instancia, su reintegración en el entorno familiar, una vez abordados los obstáculos que impiden que este sea un ambiente adecuado para su desarrollo integral.

La importancia de la familia en la protección de los menores está evidenciada en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas de febrero de 2010. Dichas directrices resaltan que, al ser la familia el pilar central de la sociedad y el entorno natural para el crecimiento y protección de los niños, los esfuerzos deben concentrarse en mantener al niño/a con sus padres o, en su defecto, con otros familiares cercanos. Sin embargo, la implementación de dicho sistema enfrenta desafíos prácticos, especialmente relacionados con la estructura y la dinámica propias de la familia, así como su función en la sociedad. Es evidente que una política de protección familiar es esencial tanto en el ámbito privado como en el público para asegurar la protección integral del menor.

⁸ SÁNCHEZ HERNANDEZ., El sistema de protección ..., cit., págs. 70-71

⁹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1950, publicado en España en el BOE, nº 243, de 10 de octubre de 1979

3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR

La pregunta que sigue surgiendo, tanto antes como después de la reforma de 2015, es cómo definir el interés superior del menor que debe primar sobre cualquier otro. La reforma legal de 2015 marcó un avance significativo en este ámbito al incluir criterios explícitos para interpretar y aplicar el interés del menor, así como elementos de ponderación y garantías que facilitan su concreción y evaluación en casos específicos. En este esfuerzo por concretar este concepto, destaca la Guía para la evaluación y determinación del interés superior del menor. Esta guía proporciona una herramienta invaluable para los profesionales encargados de tomar decisiones relacionadas con el bienestar de los menores, ofreciendo pautas claras y específicas para evaluar y determinar lo que realmente es mejor para ellos en cada situación particular ¹⁰.

En cuanto a la normativa dirigida a las personas menores de edad que carecen de cuidado parental o están en riesgo de perderlo, se enfatiza el principio del interés superior del menor como guía fundamental para todas las decisiones que se tomen. La evaluación y determinación de este interés deben considerar los criterios y elementos establecidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) ¹¹, además de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Es esencial garantizar el interés superior del menor en cada decisión que afecte a aquellos que carecen de cuidado parental o están en riesgo de perderlo, como una especificación dentro de este ámbito del principio consagrado en el artículo 2 de la LOPJM. En términos de protocolos de control y protección infantil, la modificación legal de 2015 ha sido considerada positiva al agregar el principio rector de que las administraciones deben proteger al niño/a contra cualquier forma de violencia.

3.1 La opinión del menor

¹⁰ NOGALES NAHARRO, M. D. L. Á., El interés superior del menor de edad como principio rector de la actuación de los poderes públicos en situación de riesgo, Dykinson, 2023, Recuperado de <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/ereader/uva/229960?page=122>.

¹¹ 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, TÍTULO I, De los derechos y deberes de los menores, CAPÍTULO I, Ámbito e interés superior del menor, Jurisprudencia, Artículo 2. Interés superior del menor.

En la actualidad, existen notables distinciones entre "percibir los sonidos con el oído" y "prestar atención a lo que se escucha". Plasmado en el contexto de los menores, la finalidad del trabajo presentado por el Defensor del Pueblo es la resolución de sus asuntos personales y familiares ante la justicia. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, por las Naciones Unidas, dictamina que la opinión de los menores debe ser considerada en procesos administrativos y legales. Hay varias formas de "escuchar a los menores", así como de evitar o, más bien, no aumentar su dolor y confusión. Los jueces encargados de los problemas familiares y, sobre todo, de los menores, tienen la oportunidad de aliviar la angustia o profundizar en la desorientación.

Aunque puede sonar extraño la expresión de que los jueces tienen el futuro de los menores en sus manos, sí poseen la autoridad, al menos, de influir en él. El concepto familia ha experimentado una amplia evolución en las últimas décadas en los países occidentales. Las relaciones familiares pueden ser menos duraderas hoy en día y estar más influenciadas por circunstancias externas variables que en el pasado.

Por un lado, se puede argumentar que estos países enfatizan más los derechos de los menores y que los estados se preocupan más por garantizarlos. Pero, los menores, protegidos por el derecho y el deber del Estado, a menudo se enfrentan a entornos inestables en las relaciones personales y económicas inciertas ¹².

3.1.1 El derecho del menor a ser oído

Se trata de una manifestación del principio del interés superior del menor. Se puede contemplar desde una perspectiva positiva u otra negativa. Respecto a la visión positiva, el menor siempre va a poder solicitar ser oído; pero, en contraposición, también se experimenta el derecho a no ser oído.

La razón de la existencia de estas dos posturas, se remite a que esta función es un derecho y no un deber, por lo que el menor tiene libertad para ejercerlo o no. En este sentido, se han especificado unas circunstancias para valorar cuándo se debe escuchar al menor en cada caso. Generalmente se ha atendido al suficiente juicio y al cumplimiento de una cierta edad, que

¹² "Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor, Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia", Impresión: Editorial MIC, Madrid, mayo 2014, <http://www.defensordelpueblo.es>

suele ser los doce años ¹³. El cumplimiento de la edad, es un requisito objetivo que, a simple vista, no provoca dudas en cuanto a su llegada. No obstante, la capacidad de juicio debe ser interpretada por el Juez competente en cada supuesto, ayudado de psicólogos o pedagogos¹⁴.

Continuando con la distinción, sobre los supuestos dónde el menor pide ser escuchado y otros opuestos dónde no realiza la solicitud. La petición suele proponerse por medio de sus progenitores o especialistas del juzgado, aunque no se prohíbe que sea el propio menor el que haga valer su derecho directamente frente al Juez competente (arts. 158.1, 160.2.2 y 248 CC). Normalmente, cuando se acredita la suficiencia de juicio, la audiencia se realiza, a menos que se acredite motivadamente que su realización va en contra del interés del propio menor ¹⁵.

En este sentido, el autor JAVIER MARTÍNEZ CALVO, hace especial referencia a la Sentencia de 11 de octubre de 2016 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por suprimir la audiencia de dos menores de once y trece años respectivamente. Con motivo del divorcio de sus padres, se les negó la entrevista con el equipo técnico designado, vulnerando el art. 6 del CEPDHLF, condenando al Estado Español por su actuación.

Otro ejemplo más actual, es la STC 5/2023, de 20 de febrero, que aborda principalmente la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la defensa. El caso se centra en la autorización judicial para la administración del bautismo y la asistencia a la asignatura de religión de un menor, decisiones que fueron tomadas sin dar audiencia al propio menor. Esta falta de audiencia al menor fue el núcleo de la reclamación. Este derecho, recogido en el art. 24.1 de la C.E., garantiza que todas las personas puedan acceder a los tribunales y obtener una resolución fundada en derecho en un plazo razonable. Aquí, se reclama que este derecho fue vulnerado al no permitir que el menor fuera escuchado en un tema que le afectaba directamente. También se argumenta que el menor no pudo ejercer su derecho a la defensa al no ser escuchado. De este modo, el TC concluyó que efectivamente hubo una vulneración de los derechos fundamentales mencionados. En definitiva, la STC 5/2023 subraya la importancia de escuchar a los menores en procedimientos judiciales que afectan directamente sus vidas. Se trata de reforzar la figura de los menores debiendo ser respetados y protegidos en el ámbito judicial, incluyendo el derecho a ser escuchados y a participar en decisiones que les conciernen.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO., Las modificaciones al código civil del año 2015, Tirant lo Blanch, 2016, págs.402-404

¹⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, art. 9.2

¹⁵ MARTÍNEZ CALVO, JAVIER., La guarda y custodia, Editorial Tirant lo Blanch, 2019, pág. 275

Sin embargo, lo que realmente causa más debates, son los supuestos que como antes se ha introducido, el menor no pide ser escuchado. Las Comunidades Autónomas de Navarra y País Vasco, en sus legislaciones han optado por considerar que el juez está obligado a escuchar al menor, con independencia de si este lo ha solicitado o no. En cambio, en el ámbito nacional, en busca de una solución unánime, se pueden nombrar dos grandes acontecimientos: la reforma tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la nueva Oficina Judicial. Así, la vigencia de la Ley 13/2009, estableció que desde ese momento se oír al menor cuando se estime necesario, pero, en todo caso, cuando este sea mayor de la edad de doce años. La postura doctrinal mayoritaria opta por esta redacción independientemente de que sea un proceso de mutuo acuerdo o contencioso ¹⁶.

Con el paso del tiempo y la evolución continua del concepto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de julio de 2015, reconoció la facultad del juez para prescindir de la audiencia del menor si la considera innecesaria o irrelevante para determinar el régimen de guarda y custodia. JAVIER MARTÍNEZ CALVO considera que, la interpretación apropiada de la legislación actual es que se ha eliminado la obligación de escuchar al menor con suficiente juicio o mayor de doce años. Por lo tanto, el juez solo deberá escuchar al menor si este lo solicita o si, en ausencia de solicitud, se cumplen dos condiciones: que el menor tenga suficiente juicio o que el juez lo considere necesario.

En consecuencia, “el juez tiene obligación de oírle sólo en la medida en que el menor tiene derecho a ser oído” ¹⁷. Lo que es lo mismo, el menor tiene el derecho de negarse a ser escuchado incluso si el juez lo requiere, ya que, como he mencionado anteriormente, el derecho del menor a ser escuchado también implica su derecho a no hacerlo, es decir, estamos tratando con un derecho y no con una obligación.

Desde otro enfoque, son innumerables los inconvenientes que puede producirle la comparecencia al menor. Se busca evitar una situación traumática para el menor, que, como consecuencia, de la comparecencia pase por una carga emocional muy alta o sienta, sobre

¹⁶ MARTÍNEZ CALVO, La guarda ..., cit., pág. 281

¹⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ, EZNARRIAGA., El menor en las crisis matrimoniales de sus padres, en: La protección del Menor en las Rupturas de pareja, dir. García Garnica, María de Carmen, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág. 55 ZARRALUQUI SÁNCHEZ, EZNARRIAGA., “Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados” Bosh, 2013, pág. 93

todo, en los casos de divorcio, una disputa de lealtades ¹⁸. Por ello, hay que saber diferenciar aquellos procedimientos donde, al alto contenido de pruebas, da lugar a una comparecencia prescindible ¹⁹. Aunque esta situación, no debe confundirse con la falta de audiencia, cuando sí es oportuna, porque aquí, de lo que hablamos es de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor, que provoca la nulidad de las actuaciones y la retroacción del proceso.

Por último, para concluir esta pequeña referencia a la importancia de la opinión del menor, dentro de su derecho a ser oído, me gustaría hablar de la influencia que tiene esta opinión en la decisión del juez.

MARTÍNÉZ MARTÍNÉZ, se cuestiona sobre “¿Qué valor tiene la opinión de nuestros hijos para decidir sobre su custodia? ¿Puede un juez resolver de forma diferente a lo que quiere un menor?²⁰”

Para responder a esta cuestión, es fundamental considerar cómo aborda la jurisprudencia del Tribunal Supremo la influencia que pueda haber ejercido el otro progenitor en la voluntad de la persona menor de edad. Aunque la opinión del menor no tiene carácter vinculante para los jueces, se reconoce su importancia en el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, si existe evidencia de que el niño/a ha sido influenciado por uno de los progenitores, esto puede generar complicaciones adicionales.

La ruptura de una relación ya representa un cambio significativo en la vida del niño, y los mensajes contradictorios que recibe de ambos padres pueden agravar su situación emocional y mental. Es esencial proteger a los menores de las disputas entre adultos, aunque lamentablemente esto no siempre se logra en la práctica.

El Tribunal Supremo ha reiterado que la voluntad del menor no determina la decisión del juez, ya que el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, incluso sobre los deseos del niño. Cuando un menor rechaza a uno de sus padres, es crucial determinar si este rechazo tiene una causa justificada o si ha sido influenciado de manera inapropiada. Si no se encuentra una razón válida para el rechazo, la voluntad del menor no puede ser el único factor considerado al decidir sobre las medidas adecuadas. Aunque es esencial escuchar la opinión de los menores, esto no significa que la decisión final deba estar

¹⁸ TEJEDOR HUERTA, Asunción., El síndrome de alienación parental: Una forma de maltrato, EOS, 2006, pág. 32

¹⁹ MARTÍNÉZ CALVO, La guarda ..., cit., pág. 286-7

²⁰ MARTÍNÉZ MARTÍNÉZ, JORGE., ¿Qué valor tiene la opinión de nuestros hijos para decidir sobre su custodia? ¿Puede un juez resolver de forma diferente a lo que quiere un menor?, 2022, 7 de octubre

necesariamente en línea con lo que este exprese. La resolución debe estar fundamentada y libre de cualquier tipo de presión externa.

Dos fallos del Tribunal Supremo han dejado claro que la voluntad del menor no es vinculante para los jueces en la determinación o modificación de las medidas. Por ejemplo, en la sentencia STS 519/2017, de 22 de septiembre, se estableció que un menor no puede unilateralmente decidir sobre aspectos cruciales de su vida, como las relaciones con su padre, sin justificar adecuadamente su decisión. La STS 206/2018, de 11 de abril, también resalta que el interés del menor no siempre coincide con su voluntad, la cual puede estar influenciada por uno de los padres en detrimento del otro. En este fallo, se subraya que la decisión de otorgar la custodia al padre se basó en el interés superior de la menor y en la necesidad de protegerla de influencias perjudiciales, lo que refuerza la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo ²¹.

En la STC 4/2011, de 15 de enero, se establece que la condición de progenitor no confiere un derecho absoluto, sino que conlleva una responsabilidad continua hacia los hijos, quienes merecen un cuidado y dedicación mínimamente adecuados. Este principio, en conjunto con el interés fundamental del menor, orienta la resolución judicial, la cual debe ajustarse a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, actuando como defensor de los derechos infantiles desde una perspectiva social e institucional.

Dado que los menores son receptores de las emociones y mensajes de sus principales referentes, estos pueden influir y manipular su voluntad, generando así una percepción distorsionada del otro progenitor. Por tanto, resulta crucial que, durante el proceso judicial, el juez sea capaz de discernir entre una voluntad auténtica y una inducida. En consecuencia, es evidente que lo que un menor desee no necesariamente coincide con lo que es más beneficioso para él, lo que justifica que los jueces puedan (y deban) tomar decisiones sin seguir ciegamente esa voluntad.

3.1.2 La recomendación de no separar a los hermanos

Desde la influencia de la publicación del C.C. del 1981, se recomienda mantener a los hermanos unidos. La separación de los hermanos tiene carácter muy excepcional, como se refleja en el artículo 92.5 del actual Código Civil, donde se establece que el juez está obligado

²¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ¿Qué valor ..., cit.

a evitar separar a los hermanos. El juez competente ostenta una discrecionalidad absoluta para decidir con qué progenitor se quedaban los hijos, ya fuera con uno solo o repartidos entre ambos ²².

En este sentido, distintas legislaciones autonómicas mantienen la misma orientación que el Código Civil en cuanto a evitar la separación de los hermanos: El Código del Derecho Foral de Aragón; el Código Civil de Cataluña; la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, sobre relaciones familiares en casos de separación o ruptura de los progenitores; la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres ²³.

Surge la interrogante sobre si la recomendación de no separar a los hermanos se aplica únicamente a los hermanos de doble vínculo o también se extiende a los de vínculo sencillo. En otras palabras, ¿en casos de vínculo sencillo debería darse preferencia a mantener unidos a los hermanos, lo que podría implicar que uno de ellos viva con alguien que no es su progenitor, o se prioriza la convivencia del menor con su progenitor biológico? La solución que proporciona la jurisprudencia es la extensión de la doctrina a los casos de hermanos de vínculo sencillo.

Sin embargo, en algunos casos se ha argumentado que la intención del legislador es evitar la separación únicamente de los hermanos de doble vínculo, dejando fuera de esta recomendación a los hermanos de vínculo sencillo ²⁴.

Por otro lado, siguiendo la línea de pensamiento de SERRANO GARCÍA, considera más apropiado otorgar la custodia del menor a su progenitor biológico, ya que en general los lazos afectivos con este serán más sólidos. Esto no quiere decir que, en ciertos casos, para asegurar el interés del menor, se aconseje separarlo de su progenitor biológico y dejarlo al cuidado de la pareja de este último. Sin embargo, tiene un marcado carácter excepcional y, en tal caso, no se hablaría de custodia, sino más bien de simple guarda ²⁵.

No obstante, existen situaciones en las cuales, por contraste, la separación de los hermanos resulta lo más conveniente. Por ejemplo, se ha optado por la separación de los hermanos cuando existe una gran diferencia de edad, cuando los hermanos han expresado su deseo de

²² LÓPEZ ROMERO, PEDRO MANUEL., Interés superior del menor y custodia: Análisis jurisprudencial, *Economist and Jurist*, Volumen 19, Número 151, 2011, pág. 36

²³ MARTÍNEZ CALVO, La guarda ..., cit., pág. 313-4

²⁴ Sentencia del TSJ de Aragón 1004/2013 de 16 de julio

²⁵ SERRANO GARCÍA, JOSÉ ANTONIO., La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida, *Numero* 18, 2012, pág. 34

vivir separados, o cuando la convivencia conjunta de los hermanos ha mostrado ser perjudicial en situaciones específicas.

En estas circunstancias, el Código Civil permite que los padres o el juez decidan asignar el cuidado de algunos hermanos a un progenitor y el cuidado de los demás al otro progenitor. Esto se refleja también en el artículo 96.2 del Código Civil, que regula la asignación del uso de la vivienda familiar cuando algunos hijos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia del otro progenitor ²⁶.

A su vez, la jurisprudencia, por su parte, también ha respaldado la separación de hermanos en casos donde existen razones fundadas (STS 653/2004 de 12 de julio) y, en particular, cuando ello responde al mejor interés del menor. Cuando se decida que separar a los hermanos tras atender a las circunstancias excepcionales mencionadas, es la mejor opción, dicha separación puede ser total, donde cada uno de los hermanos queda bajo la custodia de un progenitor; o parcial, cuando el cuidado de un hermano se atribuye a un progenitor y el del otro a ambos de manera alternativa (SAP de Valencia de 1 de marzo de 2005).

En resumen, incluso cuando se determine que la separación de los hermanos es lo más adecuado, es crucial asegurar su derecho a mantener vínculos entre ellos. Además, tras la modificación introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, este derecho de relación está explícitamente reconocido en el artículo 160.2 de nuestro Código Civil. De tal manera, que la importancia de que los menores mantengan una relación continua con sus hermanos ha sido considerada por la mayoría de las legislaciones de las comunidades autónomas ²⁷.

3.2 El deber de velar por el menor acogido

Muchos autores comparan este deber de velar con el deber de protección, ya que, ambos proporcionan amparo moral y material. Se busca atender a las necesidades que precisan en cada situación, para, por medio de los adecuados cuidados, defenderlos y favorecerlos. El art. 4.5 LOM, implora a los progenitores el deber de respetar el derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen. Aunque el artículo hable de padres y tutores, podemos englobar en la definición, a los acogedores. De tal manera, que los acogedores deben

²⁶ MARTÍNEZ CALVO, La guarda ..., cit., pág. 316

²⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN., La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores: especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, Actualidad Civil, Numero 15, 2007, pág. 1739

responder frente a cualquier ataque, por terceras personas contra su derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen (legitimación activa). Del mismo modo, a sabiendas de la inexistencia de estos representantes legales, será el MF el legitimado para incoar las medidas judiciales pertinentes en la protección del menor²⁸.

En efecto, tanto a los progenitores como a los acogedores se les obliga a velar por los menores a su cuidado. Pero, también hay que considerar como la entidad pública ostenta una obligación de vigilancia del ejercicio de esa guarda. Como expresa VARGAS CABRERA, es esta entidad pública la que debe asegurar en última instancia que, los deberes que difieren de este deber, son satisfechos. Incluso, distingue una vigilancia inmediata por los acogedores, y una mediata por los tutores. Para el autor, el incumpliendo de estos deberes, no solo se debe considerar una falta de responsabilidad contractual, sino que es la base, es la detonante que da lugar a la conocida situación de desamparo en menores.

Respecto a las potestades familiares, si recurrimos a los arts. 154 y 269 CC, se habla del deber, como la realización de todas formas de cuidados tanto morales como materiales, que se reflejan en la obligación de dar alimentos, mantener en su compañía o educarles, entre otras. Por su parte, Díez-Picazo, realiza una interpretación compleja, entendiendo el objeto como una especial diligencia dónde se podría desarrollar la culpa levísima²⁹.

En conclusión, en lo que les concibe a los progenitores y padres, suspendidos de la patria potestad o tutela, es el deber de controlar el correcto ejercicio de aquéllos que ostentan competencias sobre el menor. De ahí, se deriva que se requiera su consentimiento para formalizar la situación de acogimiento, o en caso contrario, solicitar el cese. Por su lado, los acogedores, tienen una facultad que no únicamente les faculta para las actividades que el artículo menciona³⁰ sino, además, hacerlo solícitamente. Así, la entidad pública, la titular de la guarda, tiene impuesta la obligación de vigilancia y aseguramiento del adecuado desarrollo, de la guarda, porque, cuando esto no se aprecie, se procederá a su extinción.

4. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: LA ATENCIÓN INMEDIATA AL MENOR DESAMPARADO

²⁸ HERAS HERNANDEZ, MARÍA DEL MAR., El acogimiento convencional de menores, Montecorvo S.A., 2002, págs. 236-7

²⁹ Díez-Picazo, L., Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad, ADC, pág. 15

³⁰ Auto de la AP de Barcelona 324/2002 de 15 de febrero (JUR 2002/135781)

La igualdad en la provisión de bienestar material y afectivo dentro de las familias hacia sus hijos no es uniforme, lo que no implica la necesidad de impulsar cambios drásticos en la estructura familiar para buscar una situación casi perfecta para los hijos. El interés principal no radica en buscar el "mejor hogar disponible" como si se tratara de una subasta, donde cada familia compite ofreciendo los mejores servicios materiales y afectivos³¹. Más bien, se centra en mantener al menor dentro de su familia biológica, donde naturalmente se desarrollarán los lazos afectivos más profundos y donde su personalidad tendrá mayores oportunidades de florecer.

El derecho del menor a una vida familiar y la prioridad de su familia de origen están respaldados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida familiar, sin injerencias indebidas por parte de la autoridad pública, salvo en los casos previstos por la ley y que sean necesarios en una sociedad democrática para proteger la salud, la moral o los derechos de los demás.

Esto debe ser analizado y considerado cuidadosamente, en lugar de ser descartado en aras de proporcionar una buena asistencia material y afectiva. Y es que, aunque el artículo 2.2 de la Ley 1/1996 menciona las necesidades materiales del menor como un criterio general, es esencial distinguir entre el interés del menor y su bienestar material. No se puede justificar la separación del menor de su entorno debido a las dificultades económicas de los progenitores, su discapacidad, ni la del propio menor³².

Además, la falta de aptitudes de los progenitores para asegurar el desarrollo del menor no debería desencadenar automáticamente procedimientos de separación. Se debería ofrecer apoyo para mejorar la situación familiar antes de considerar medidas más drásticas.

En ocasiones, la confusión entre interés y bienestar material del menor se presenta como una supuesta falta de habilidades parentales. Sin embargo, es necesario evaluar cuidadosamente la idoneidad de los progenitores y reservar la separación del niño/a solo para casos extremos e irreversibles, que no puedan corregirse con apoyo familiar o público³³.

En este sentido, las situaciones se tienen que abordar en un sentido restrictivo, no bastando la mera sospecha o posibilidad de su existencia para adoptar la decisión, y es que, se necesitan razones suficientes. El art. 172 CC, reitera la presencia de un requisito causal y otro de

³¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ., El sistema de protección ..., cit., pág. 171

³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO., Las modificaciones al ..., cit., pág. 506

³³ Defensor del pueblo., Estudio sobre la escucha y el interés del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, 2014, págs. 25-26

resultado; “*a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio*”³⁴. La entidad pública tiene que contemplar la falta o deficiencia del ejercicio de la guarda y custodia, y como esto deriva en un resultado dónde el menor esté desasistido material o moralmente.

El art. 39.3 CE, trata de manera muy general, el deber que deben procurar los tutores a sus hijos; “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos*”³⁵. Pero, el problema está, cuando los padres lo incumplen de forma voluntaria o involuntaria. Además, es conveniente delimitar a qué estrictamente, se refiere el legislador cuando habla de “asistencia de todo orden”. No podemos reducirlo a la asistencia que los tutores deducen, a su parecer, que para ellos es suficiente, sino a la que objetivamente requiere. Asimismo, existe el desamparo estando notablemente cubiertas las necesidades materiales, sino lo están las de índole moral y viceversa.

Por otro lado, conviene resaltar, que esta realidad no se produce solamente cuando los padres o los tutores legales incumplen sus obligaciones.; también se da, no teniendo tutores el menor o estando estos privados de sus guarda y custodia, por la imposibilidad de ejercer los deberes tuitivos de cuidado. Aunque la falta de esta figura, no provoca “*ipso iure*” el desamparo, por la existencia de un guardador de hecho.

Entonces cabe pensar, respecto de lo anterior, que la declaración de desamparo únicamente debe aplicarse cuando el menor no reciba la asistencia necesaria, independientemente de si la atención la recibe de sus tutores o de un tercero. Pero en realidad, se busca la opción, que, tras una labor de interpretación, más favorezca al interés del menor, determinando si realmente conviene la tutela automática por la entidad pública. Pues, aunque el menor esté recibiendo cuidados y atención, si los está obteniendo “*por quién no tiene título para ello*”³⁶, requiere que la administración pública intervenga para controlar su bienestar.

La necesaria asistencia moral y material, se aborda desde una plena abstención o incompetente cumplimiento de las actuaciones de protección de los padres hasta las ajenas a estos, considerando, la presencia de terceros o del propio niño/a, y las que se ostenten en una imposibilidad física. En la realidad, comporta una situación de desatención y abandono que “*es compatible con una voluntad o interés de los padres o tutores de ejercer las referidas funciones paterno-*

³⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, modificado el 1 de marzo de 2023, CAPÍTULO V de la adopción y otras formas de protección de menores, Sección 1.ª De la guarda y acogimiento de menores, Artículo 172.1

³⁵ La Constitución española de 1978. Título I. De los derechos y deberes fundamentales. Capítulo tercero. De los principios rectores de la política social y económica, Art. 39.3

³⁶ MORENO FLÓREZ, ROSA Mª., Acogimiento Familiar, Dykinson, 2012, pág. 50

*filiales con una ausencia de posibilidades reales de llevarlas a cabo*³⁷. La razón es que la ley no estipula que tenga que subyacer una ausencia moral y material conjunta, sino que la presencia de una de ellas es suficiente.

4.1 La situación de riesgo como antecedente

Anteriormente, la legislación estatal no abordaba ni regulaba el proceso de identificación y declaración de la situación de riesgo. Sin embargo, esto cambió con la Ley 26/2015, que modificó la Ley de Protección de Menores de 1996³⁸. Mencionadas en los arts. 12 y 17, de la Ley Orgánica 1/96, se trata de situaciones de desprotección del menor, como ocurre con las situaciones de desamparo, pero que provocan distintos grados de intervención por la Administración.

Se considera situación de riesgo aquella en la que, debido a circunstancias familiares, sociales o educativas, el menor se ve afectado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, así como en su bienestar o derechos, sin llegar a la gravedad que justificaría su declaración de desamparo y la asunción de la tutela por parte del Estado. En estos casos, se requiere la intervención de la Administración Pública para eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor, evitando su desamparo y exclusión social sin necesidad de separarlo de su entorno familiar.

En este sentido constituyen situaciones consideradas de riesgo; la inexistencia de atención física o psíquica que le provoquen daños en la salud física o emocional, así como cuando se obstaculice de forma no grave el ejercicio de sus derechos, o cuando se lesione su desarrollo por la frecuencia no grave de castigos físicos o emocionales. Además, de las faltas que desencadenen en *“un efecto prodrómico, desencadenante o favorecedor de la marginación, la inadaptación o la desprotección del menor”*³⁹.

Por lo que, su distintivo respecto del desamparo, es que, la intensidad de la lesión al menor no es suficiente para desembocar en su separación del núcleo familiar. Se trata de un deber de auxilio respecto de la persona menor de edad, que se produce dentro de la institución familiar, cuya finalidad consiste en que por medio de una labor de seguimiento por la entidad pública se logre apaliar esos eventos, que, mantenidos en el tiempo, podrían dar lugar a la

³⁷ SAP 395/2011, 18 de julio de Barcelona

³⁸ BENAVENTE MOREDA, P., Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia, en Derecho Privado y Constitución, nº23, 2009

³⁹ Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, art. 48

aparición de la declaración de desamparo. En otras palabras, podemos englobar a las situaciones de riesgo como aquellas que implican la toma de medidas de prevención o inadaptación para eludir una situación de desamparo.

Por su parte, el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 manifiesta una alusión a la situación de riesgo del menor cuando trata la asistencia material y programas de apoyo a los padres o personas responsables del niño para garantizar su adecuado desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social⁴⁰. Y, en cuanto a Castilla y León, se detecta riesgo, cuando por razón de unos hechos, se ve lesionado su desarrollo personal o social, pero sin llegar a la gravedad de tener que ostentar los poderes públicos la tutela, de tal manera que se precisan determinados servicios de apoyo o *“la asunción de la guarda de aquél a petición de sus padres o tutores, eliminar, reducir o compensar las dificultades y evitar el desamparo”*⁴¹.

La labor de interpretación es inexcusable, para examinar las circunstancias específicas de cada asunto, y determinar la intensidad de los factores de desamparo. Ya que, siempre existe una zona de indeterminación o incertidumbre donde la duda puede surgir respecto a la verificación de la situación real de riesgo o desamparo del menor. Y así, responder a la necesidad o no, de adoptar los mecanismos previstos de acogimiento o si, por el contrario, valorada la situación, la Administración actúa en la propia familia con sistemas de ayuda o apoyo familiar, para facilitar el desempeño de las funciones parentales.

En la regulación anterior, el procedimiento para la declaración de riesgo no estaba claramente establecido. Por el contrario, la nueva normativa delimita la situación de riesgo y establece quién tiene competencia para declararla, así como el procedimiento a seguir. La declaración de riesgo debe realizarse mediante una resolución motivada por parte de la Administración competente, previa audiencia de los interesados, incluido el menor si tiene al menos doce años. Esta resolución puede impugnarse por la vía judicial sin necesidad de una reclamación administrativa previa⁴².

Respecto de la audiencia, Julia Ruiz-Rico Ruiz- Morón, catedrática en la Universidad de Granada, trata en sus reflexiones, la “necesaria” audiencia del menor cuando es mayor de doce años o se considera que tiene suficiente juicio. La finalidad es tener conocimiento de su

⁴⁰ GUERRO TOMÁS, E./ SERRANO MOLIA, A./ GARABANDAL, M., La situación de riesgo, en Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial, 2007, pág. 53

⁴¹Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León. Capítulo II, De las situaciones de riesgo Art. 47, Concepto de riesgo

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO., Las modificaciones al ..., cit., pág. 513-514

opinión y puntos de vistas sobre la situación en la que vive. Respecto de la realización de la audiencia al menor, el art. 273 C.C, señala que *“Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes”*⁴³. Con una redacción similar, el art 64.1. de la Ley de protección a la infancia de Castilla y León; *“será oído el menor que haya cumplido doce años y el que, sin alcanzar dicha edad, tenga madurez y capacidad suficientes, pudiendo ejercer este derecho por sí mismo o por medio de representante por él designado”*⁴⁴

Asimismo, este procedimiento se basa en varios principios, como la primacía del interés del menor, la preservación del entorno familiar y el derecho del menor a ser escuchado, entre otros. De esta manera, la entidad pública competente, en el momento, en el que tiene conocimiento de la posibilidad de esta realidad, debe actuar para reducir la desprotección del menor; a través, de un *“seguimiento”*⁴⁵ y sin necesidad de una prueba plena del riesgo, al conformar una actuación unilateral preventiva para procurar las necesidades básicas del menor. Es fundamental que la intervención de la Administración Pública garantice el cumplimiento de los derechos del menor, adoptando medidas adecuadas para mitigar la situación de riesgo y proteger al menor, siempre procurando preservar el entorno familiar. Esta intervención debe coordinarse con los centros escolares y los servicios sociales.

Tras la mencionada intervención, esta puede llevar a la observación de desprotección que justifique la separación del menor de su familia, o puede concluir sin cambios en el desempeño de los deberes de guarda, lo que puede llevar a considerar la declaración de desamparo. En caso de que la situación de desamparo no sea declarada, el Ministerio Fiscal supervisará la situación del menor y puede solicitar colaboración de otros organismos. Y es que, la ley reconoce la importancia de intervenir adecuadamente en situaciones de riesgo para evitar que la situación se agrave y se requieran medidas más drásticas, como la separación del menor de su familia.

Por otro lado, la nueva regulación otorga una especial atención a dos estados específicos en los que puede encontrarse el menor⁴⁶:

⁴³ Código Civil, LIBRO I. DE LAS PERSONAS, Título XI: De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, Capítulo IV: De la curatela, Sección II: De la autcuratela y del nombramiento del curador, Subsección I: De la autcuratela, Art. 273

⁴⁴ Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, «BOE» núm. 197, de 17 de agosto de 2002, Art. 64, Entrevistas y otras pruebas.

⁴⁵ LOPJM, art. 17

⁴⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ., El sistema de protección..., cit., pág. 154

1. Intervención en situaciones de posible riesgo prenatal para prevenir la declaración de desamparo del recién nacido. El artículo 17.9 establece que la Administración Pública competente, en colaboración con los servicios de salud, debe tomar medidas preventivas durante el embarazo en casos de falta de cuidado físico de la mujer gestante o consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, entre otros. Además, se requiere la notificación de estas situaciones a la autoridad competente y al Ministerio Fiscal, manteniendo la intervención con el menor y su familia después del nacimiento para garantizar su protección. Esta condición puede conducir a una declaración de riesgo o, en casos graves, a una declaración de desamparo, siempre que se considere necesaria para proteger el derecho a la vida o la integridad física del menor y sea proporcionada a la amenaza causada por el incumplimiento del deber de cuidado⁴⁷. Es importante destacar que no es apropiado declarar al feto ni en situación de riesgo ni de desamparo, ya que aún no ha nacido y carece de personalidad jurídica, así como de sujetos a su potestad. Además, el alejamiento inmediato del recién nacido de su entorno puede eludir las normativas establecidas para la adopción, lo que podría tener consecuencias negativas.

2. Consideración de indicadores de riesgo como tener un hermano en situación de riesgo o la concurrencia de carencias materiales, sin que esto necesariamente implique la separación del menor de su entorno familiar. Sin embargo, se contempla la posibilidad de separación en casos extremos donde la situación de carencia material ponga en peligro el interés del menor, siendo necesario analizar cada caso específico para determinar la mejor acción en beneficio del menor.

En definitiva, lo característico de la situación de riesgo, es que el menor no sale del núcleo familiar, donde por medios de vigilancia de la entidad pública, que no asume la tutela ex lege, se intenta paliar la desprotección del niño/a. No obstante, si tras esas actuaciones, la situación de riesgo empeora, esto podría evolucionar y dar lugar al desamparo⁴⁸. Entonces, es en ese momento, cuando se altera la patria potestad, hasta el punto de suspenderla, para dar lugar a la ya mencionada tutela ex lege del menor.

4.2 Análisis del desamparo

⁴⁷ VALLÉS AMORES, M.L., La administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad, Dykinson, 2007, pág. 1258

⁴⁸ CARRASCO PERERA, A., Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan, Aja, nº 807, 2010

Para lograr una plena comprensión de la figura, es necesario conocer la situación que provoca su aparición. Definida por el Código Civil, se entiende cómo “*la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”⁴⁹.

El análisis conceptual del desamparo y sus causas, según la Ley 26/2015, establece que este se produce por el incumplimiento o ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por la ley, lo que lleva a la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. Y es que, cuando hablamos de una situación de desamparo, no nos referimos a un abandono, sino a una falta de protección. Se trata de una “*situación fáctica*”⁵⁰ que dará lugar al conocido acogimiento familiar o residencial; las características que conducirían a la “*situación de facto*”⁵¹ son;

- El incumplimiento de los deberes de protección.
- Una privación de la necesaria asistencia material o moral.
- El nexo causal entre ambas

En este sentido, podríamos hablar de que se requieren dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo. Por un lado, tiene que darse un acto de abandono, por quienes ejercen la guarda, de sus respectivos deberes de asistencia para con los menores. Y, por otro lado, que, como respuesta a ese acto de abandono, los menores se encuentren carentes de apoyo.

En estos procesos, se debe considerar el interés del menor, sin descuidar la protección de la institución familiar a la que pertenece, conforme al artículo 39.1 de la Constitución. La situación de desamparo debe interpretarse de manera restrictiva, buscando un equilibrio entre el bienestar del menor y la protección de sus vínculos familiares, solo reconociéndose cuando se demuestra el incumplimiento de los estándares mínimos de cuidado del menor.

En el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, se señaló la atención sobre la situación de desamparo y la crisis económica, la cual se reflejó en la Ley 26/2015 en relación con su declaración (artículo 18.2). Según el Dictamen, esta situación implica un riesgo de aumento de la vulnerabilidad social de los menores y sus familias. El Consejo Económico y Social

⁴⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, modificado el 1 de marzo de 2023, CAPÍTULO V de la adopción y otras formas de protección de menores, Sección 1.ª De la guarda y acogimiento de menores, Artículo 172.1

⁵⁰ SAP de Alicante 2020/2008 de 15 de abril

⁵¹ HERAS HERNANDEZ, MARÍA DEL MAR., El acogimiento ..., cit., pág. 74-75

considera necesario actuar con cautela al establecer medidas de protección cuando, junto con otras circunstancias, existan situaciones transitorias de insolvencia o dificultades económicas, asegurando medidas que eviten la ruptura del vínculo familiar y garanticen una adecuada relación y la posibilidad de reintegración familiar en caso de que sea recomendable para el interés superior del menor.

Asimismo, es crucial, tener en cuenta, los bienes objeto de protección en los procedimientos de acogimiento y su vinculación con el derecho a la integridad moral (art. 15 CE), para no dar únicamente una solución adecuada, sino para garantizar una protección con la máxima eficacia posible. MORENO FLÓREZ, hace especial hincapié en el “juicio de ponderación” entre los valores y los derechos afectados, buscando la existencia de proporcionalidad. De este modo, la entidad pública puede considerar “*otras medidas menos drásticas que la declaración de desamparo*”⁵².

En este sentido, la Ley 26/2015, en su artículo 11, define las circunstancias que pueden generar una situación de desamparo, valoradas según los principios de necesidad y proporcionalidad, y que representen una amenaza para la integridad física y mental del menor. Estas circunstancias incluyen el abandono del menor por parte de quienes tienen la responsabilidad de su cuidado, la privación de asistencia necesaria, y el riesgo para la vida, salud e integridad física y mental del menor debido a diversas situaciones como maltrato físico o psicológico, abuso sexual, negligencia grave en obligaciones alimentarias y de salud, entre otras⁵³. Aunque estas circunstancias no conforman un *numerus clausus*, ya que, los contemplados en algunas de las Leyes autonómicas, pueden a su vez, ser empleados en otras Comunidades donde este supuesto no esté regulado.

En el caso de la Ley del Menor de Andalucía, se trata en su art. 23, del “*abandono voluntario o la ausencia de escolarización*”⁵⁴, así como, la existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales, hasta contemplar casos de introducción a la mendicidad, o drogadicción y alcoholismo habitual. Por su parte, La Ley de Protección de menores de Asturias, en su art. 31, también trata supuestos de abusos sexuales o inducción al menor a la delincuencia⁵⁵, la prostitución o en este sentido, cualquier otra actividad económica de análoga naturaleza.

⁵² MORENO FLÓREZ., Acogimiento Familiar, cit., pág. 44

⁵³ DE PALMA DEL TESO, A., El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores., Anuario Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de MADRID, Nº 15, 2011

⁵⁴ Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor. BOE de 24 de junio de 1998

⁵⁵ Ley 1/ 1995 de 27 de enero, De protección del Menor. BOE de 20 de abril de 1995.

En nuestro caso, en Castilla y León, en el art. 56, las circunstancias que dan origen al desamparo se van a evaluar acorde a su intensidad, repetición o persistencia. Se determina la ausencia de personas a las que conferirle las funciones de su guarda, así “*la falta de reconocimiento de filiación materna o paterna*”⁵⁶, o en esta tendencia la negativa de los padres a la recuperación de la guarda del menor. También, deja margen a cualquier otra realidad de desprotección provocada por el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda para asegurar al menor una situación mínima de seguridad.

Además, se reconoce que la situación de desamparo puede ocurrir de manera encubierta⁵⁷, bajo la apariencia de protección como la patria potestad, tutela o guarda, lo cual indica que, aunque el menor esté aparentemente bajo protección, puede estar desatendido moral o materialmente.

En resumen, la finalidad de la declaración de desamparo es proteger al menor que está siendo privado de la asistencia adecuada por parte de su familia y buscar su reintegración en su familia de origen o, si eso no es posible, en otro entorno familiar mediante el acogimiento. Aun en caso de desamparo, existen ocasiones en las que no se separa al menor de su familia, buscando más bien intervenir en el seno de la misma para mejorar la situación y permitir la reintegración del menor. La separación del menor de su familia suele ser temporal y se busca principalmente mejorar las condiciones para que la reintegración familiar sea viable en el futuro, ya que la familia proporciona el entorno natural para el desarrollo integral del menor.

En relación a lo anterior, la intervención con la familia se considera esencial en casos de desamparo, con el objetivo de mejorar la situación del menor y facilitar su reintegración familiar en el futuro, si es posible. En algunos casos, si se determina que el retorno del menor a su familia no es viable, se pueden tomar medidas de protección más permanentes, como la adopción o el acogimiento permanente. En cualquier caso, se busca intervenir en el seno de la familia de origen para mejorar la situación del menor y facilitar su reintegración familiar en el futuro.

Un ejemplo es como la Sentencia de 21 de febrero de 2011 del Tribunal Supremo, defiende la protección del menor, frente a las consecuencias que derivan de la ausencia de las obligaciones impuestas a quienes ostentan su patria potestad. La administración se encontraría en una posición con dos resultados; si declara el desamparo, asume la tutela y

⁵⁶ Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León. BOE de 17 de agosto de 2002

⁵⁷ TEJEDOR MUÑOZ, L., La guarda, acogimiento y desamparo de menores, en Protección Jurídica del Menor, POUS de la FLOR, M^a. P., Coord., 2016

toma en consideración el retorno del menor a la familia si esto fuese aconsejable. O, conserva los deberes de guarda y custodia de los tutores, “*con controles por parte de la Administración*”⁵⁸.

En definitiva, la “*situación se produce de hecho*”⁵⁹, cuando se examinan los datos correspondiendo a la Administración competente. Este procedimiento para determinar la situación de desamparo de un menor se inicia cuando la Administración, o cualquier persona que detecte una situación de riesgo para el menor, lo comunica a las autoridades competentes. Una vez constatada esta situación, la Administración debe intervenir y tomar las medidas necesarias para proteger al menor, incluso asumiendo su tutela cuando sea necesario. Además, la declaración tiene efectos tanto civiles como administrativos, ya que suspende la patria potestad y atribuye la tutela del menor a la Administración.

5. EL ACOGIMIENTO COMO FORMA DE EJERCER LA GUARDA DE MENORES

El acogimiento familiar es una respuesta de la sociedad ante ciertas situaciones en las que los niños no pueden estar (o no es favorable) con sus padres o tutores legales y han de residir de manera transitoria o permanentemente con otros parientes o personas ajenas.

La figura nace al producirse el supuesto fáctico que provoca la declaración de desamparo. Aparece por primera vez entre los siglos XV y XIX, donde sustituye a otras medidas, que con ciertas salvedades también buscaban dar solución a situaciones de abandono del menor. El autor AMORÓS y PALACIOS, alude a la práctica de confiar a los menores a otras familias con el fin de que estas los custodiasen. Esta costumbre, daba lugar a un abuso sin control, de tal modo, que los poderes públicos tuvieron que intervenir en el siglo VX, para regularizar el hábito⁶⁰.

5.1 Contexto

El acogimiento familiar no es un fenómeno nuevo, pero su integración dentro del sistema de protección a la infancia es relativamente reciente. Ante la necesidad de abordar la situación de vulnerabilidad de los menores abandonados y el surgimiento de una conciencia social que

⁵⁸ STS 84/2011, Tribunal Supremo

⁵⁹ MORENO FLÓREZ., Acogimiento Familiar, cit., pág. 44

⁶⁰ AMORÓS y PALACIOS, P. y J., Acogimiento familiar, Alianza, 2004, pág. 66

reconoce sus condiciones de vida como un problema colectivo, se hace indispensable reconocer los derechos de la infancia y establecer normativas para su protección.

El concepto de infancia se comenzó a definir en el siglo XX, cuando la humanidad se volvió más consciente de las injusticias que enfrentaban los menores de edad. Hasta ese momento, los menores eran comparados con los adultos funcionales y no como lo que eran, individuos con necesidades específicas. El malestar por esta consideración, se ve reflejado en las distintas respuestas que se confieren al término de infancia a lo largo de la historia.

A lo largo del tiempo, con la finalidad de responder a las situaciones dónde se apreciaba una falta de atención hacia los menores, se han ido implantado y modificando diversas medidas protectoras.

Como ya hemos dicho, el término "acogimiento familiar" se introdujo con la Ley 21/1987 del 11 de noviembre. Pero, anteriormente, ya se aplicaban acciones de protección para aquellos menores cuyos progenitores o tutores no cubrían voluntariamente o involuntariamente sus necesidades morales y materiales. En el siglo XV, tuvo un papel principal la Iglesia, que por medio de las denominadas "Amas de Casa", alimentaban a los menores aportándoles cuidados y salud espiritual. Más adelante, en el siglo XVIII, bajo la influencia de Rousseau, se implementó por primera vez la regulación del prohijamiento de expósitos. Esta medida prohibía a los padres acogedores devolver al menor a la Inclusa, lo que guardaba similitud con el concepto de adopción.

Por otro lado, en 1904, se promulgó la primera ley española de protección a la infancia, conocida como la "Ley Tolosa", que abordaba la salud física y moral del niño/a. Pero no es hasta el año 1936, que se intenta por primera vez, dar el paso a la desinstitucionalización, por medio del régimen de colocación familiar regulado por los Tribunales Tutelares de Menores. Hasta la Constitución de 1978, donde se reconoce a la persona menor de edad, como sujeto individual con derechos propios ⁶¹, surgiendo nuevas formas de protección que se englobarían en el acogimiento familiar. Con la Ley 21/1987 del 11 de noviembre, se reconoció la importancia del acogimiento familiar al incluirlo en el Código Civil. Más tarde, con la Ley Orgánica 1/1996, se establecieron distintas modalidades de acogimiento, siendo una de ellas el preadoptivo.

⁶¹ Constitución Española Título I. De los derechos y deberes fundamentales. CAPÍTULO III. De los principios rectores de la política social y económica. Art. 39. Protección a la familia y a la infancia

Pero, en particular, en el marco de la legislación internacional, la primera mención a los derechos del niño, se da en el Congreso General del Niño de la Sociedad de Naciones en Ginebra, que más tarde se recogería en la CE de 1931. En relación a la legislación de la infancia abandonada, destacan: La convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992 y El Convenio de la Haya de 1 de mayo de 1995.

Y en cuanto a la legislación española, ya hemos nombrado el art. 39 de la CE de 1987, pero además es relevante; El CC (arts. 173 y 175), 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, 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 La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

5.2 El acogimiento como forma de ejercicio de la guarda por la Entidad Pública

El acogimiento como modalidad de ejercer la tutela por parte de la Entidad Pública ha sido reconfigurado gracias a la inclusión de nuevos preceptos en el Código Civil por la Ley 26/2015. Entre estos cambios, se destacan el art. 172 bis y el art. 172 ter, los cuales han ampliado y redefinido el marco legal del acogimiento.

El artículo 172 ter., establece las líneas generales del acogimiento. Esta nueva organización del marco legal de la tutela, la guarda y el acogimiento contribuye a una mayor claridad conceptual de estas instituciones de protección del menor, al dividir su regulación en tres preceptos distintos, otorgándoles así una mayor autonomía sustantiva. De este modo, el artículo 172 ter establece el acogimiento como una forma de ejercer la guarda, manteniendo la concepción previa a la reforma. Sin embargo, no especifica quién puede ejercer esa guarda, lo que abre la posibilidad de que entidades distintas a la Entidad Pública puedan formalizar acogimientos familiares, siendo la Administración un actor relevante en este escenario ⁶².

La omisión de quién detenta la titularidad de la guarda se presenta como un aspecto crucial. Sin embargo, al examinar detalladamente este nuevo precepto, se evidencia que se subentiende que el acogimiento según el artículo 172 ter es una forma en la que la Entidad

⁶² BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO., Las modificaciones al ..., cit., págs. 572

Pública ejerce la guarda. Quizás el énfasis ahora radica en que, en cualquier situación en la que la Entidad Pública ejerza la guarda, el acogimiento es su método de elección. Esta guarda puede originarse en la entrega voluntaria del menor a la Entidad Pública por parte de los progenitores o tutores, en un acuerdo judicial cuando sea legalmente procedente, o incluso en la tutela ex lege según el artículo 172.

Por último, señalar que los guardadores de hecho deben seguir un camino legal específico, marcado por el art. 303, el art. 158 o el art. 216 C.C. Aunque pueden solicitar un acogimiento temporal al juez, después de la Ley 26/2015, su objetivo último debe ser promover la constitución de la tutela ordinaria de acuerdo con lo establecido en el art. 229 C.C., lo que puede implicar la suspensión o privación de la patria potestad o la remoción de la tutela.

5.3 El acogimiento: la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial

El acogimiento ostenta una responsabilidad protectora con respecto a los menores, que, por hechos voluntarios o involuntarios de los tutores, se encuentren sin la asistencia moral o material que precisan. Orientada a la protección del menor, supone una “*situación jurídica revocable ad nutum*”⁶³, que como se reconoce en el Código Civil, puede ser constituida de manera administrativa o judicial. No constituye ningún efecto jurídico ex novo, ya que, su atribución da lugar a la suspensión del ejercicio total o parcial de la patria potestad o tutela.

Incorporado en la Ley 11/1987 respecto de los menores desamparados, cuando se aprecia desamparo, los poderes públicos asumen la tutela legal ministerio legis, aunque luego sea realizada por ella o no. Señalar que después de la reforma de la Ley 26/ 2015, el acogimiento requiere el consentimiento del mayor de doce años y, aún por debajo de esa edad si se estima que tiene suficiente madurez (art. 173.2CC).

En este sentido, el art. 172 ter CC, regula dos modalidades de acogimientos de menores: familiar y residencial. El origen de ambos acogimientos proviene de la previa declaración de desamparo, decretada a instancia de los progenitores que solicitan auxilio de la Administración, o de la guarda promulgada por un juez, conforme la legislación referente a la patria potestad y tutela. Tanto la tutela por parte del ministerio de ley, como la referida guarda, podrán realizarse por medio de, cualquiera de ambos acogimientos; e incidiendo, en la estrecha interrelación de ambas figuras; algunos autores, explican el acogimiento como una

⁶³ HERAS HERNÁNDEZ, El Acogimiento ..., cit., pág. 68

forma de ejercitar la guarda y confiar al menor a una persona o familia buscando su integración en la familia o su reintegración en la familia de origen, por el tiempo que la entidad pública haya determinado. A través, del internamiento del menor en una residencia o su incorporación en un núcleo familiar.

En cuanto a la primacía del acogimiento familiar sobre el residencial, establecida en el artículo 172 ter, se puede afirmar que el legislador otorga preeminencia a la modalidad familiar sobre la residencial, considerando a esta última como subsidiaria. Esta preferencia no es una novedad absoluta en nuestro sistema legal, ya que se reflejaba en versiones anteriores del artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996 y en las leyes autonómicas de protección de menores.

La preferencia por el acogimiento familiar también se manifiesta en el texto de la Ley Orgánica 1/1996, modificado por las reformas de la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015. El artículo 2.2 de esta ley considera, entre otros criterios generales, la conveniencia de que la vida y el desarrollo del menor se den en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Por ende, al adoptar medidas de protección, se prioriza el acogimiento familiar sobre el residencial, reconociendo así el derecho del menor a vivir en una familia, aunque no sea la suya propia.

El artículo 21.3 de la Ley Orgánica 1/1996, modificado por el artículo 1.16 de la Ley 26/2015, establece una prioridad destacada en la adopción de medidas de protección que impliquen alejar a un menor de seis años de su entorno familiar. Se subraya que esta prioridad es especialmente relevante cuando se trata de adoptar medidas que conlleven separar a un menor de seis años de su familia. Además, se especifica que, para menores de tres años, esta opción no es considerada apropiada, excepto en casos donde no sea posible acordar su acogimiento residencial o cuando la medida no sea adecuada en función del interés del menor⁶⁴.

Por otro lado, se reconoce la necesidad de aplicar esta restricción a los menores de seis años en el menor plazo posible y por un período que no exceda los tres meses. En este contexto, se enfatiza que el acogimiento familiar debe ser considerado como la opción preferida. Es importante recordar que según el artículo 12.5 de la Ley Orgánica 1/1996, cualquier medida de protección adoptada para menores debe ser revisada cada tres meses para menores de tres años y cada seis meses para mayores de esa edad. Por lo tanto, el acogimiento familiar debe considerarse como una medida provisional y no permanente. Es evidente que, según la

⁶⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO., Las modificaciones al ..., cit., págs. 574

intención del legislador, la opción de protección más beneficiosa para el desarrollo integral del menor, cuando se requiere separarlo de su familia, es el acogimiento familiar. Además, se destaca que esta opción es más económica y rentable en comparación con el acogimiento residencial, incluso en el caso de acogimiento profesionalizado ⁶⁵.

Por último, la formalización de este acogimiento familiar se lleva a cabo mediante una resolución emitida por la Entidad Pública encargada de la tutela o guarda, la cual va acompañada de un documento adjunto. Este documento aborda ciertos problemas previamente identificados, que serán mencionados a continuación. Los elementos⁶⁶ que deben incluirse en el documento adjunto a la resolución de formalización del acogimiento familiar son los siguientes (art. 20.3 LOPJM 1996, según la redacción de la Ley 26/2015):

- Se debe especificar la identidad tanto del o los acogedores como del menor acogido.
- Se deben recabar los consentimientos y realizar las audiencias necesarias.
- Se debe definir la modalidad y duración prevista del acogimiento, ya sea en familia extensa o ajena, tomando en cuenta la relación del menor con la familia o persona acogedora.
- Se deben establecer los derechos y responsabilidades de cada parte, incluyendo:
 - El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, especialmente en casos de declaración de desamparo, que puede ser modificado por la Entidad Pública en función del interés superior del menor.
 - La cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños sufridos por el menor o causados por él a terceros, resolviendo así la cuestión de la responsabilidad civil por acciones realizadas por menores bajo acogimiento.
 - La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y asistencia socio-sanitaria, con posibilidad de reembolso si así se establece en el documento de formalización.
 - Se debe detallar el seguimiento del acogimiento por parte de la Entidad Pública y el compromiso de colaboración de la familia acogedora.

⁶⁵ DÍEZ GARCÍA, H., La protección de menores en el conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales, Derecho Privado y Constitución, nº 24, 2010, págs. 197-289

⁶⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ., El sistema de ..., cit., pág. 193

- Para menores con discapacidad, se deben especificar los recursos de apoyo necesarios, en cumplimiento de lo establecido en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

- Se debe definir la compensación económica, apoyos técnicos u otras ayudas que puedan recibir los acogedores, entendidas como retribución por los servicios prestados y no como reembolso por gastos.

- Se debe establecer el plazo de revisión de la medida, conforme a lo establecido en el artículo 12.5 de la LOPJM, con revisiones cada tres o seis meses, dependiendo de la edad del menor y la naturaleza del acogimiento.

De esta manera, tanto la resolución como el documento adjunto deben ser remitidos al Ministerio Fiscal dentro de un mes. Así, el acogimiento familiar se somete a un proceso administrativo, y la resolución administrativa puede ser objeto de control jurisdiccional si es impugnada por una persona con legitimación, equiparándose así al acogimiento residencial⁶⁷.

5.4 El acogimiento familiar: Clases

El acogimiento familiar se implementó en nuestra nación a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la cual modificó ciertos artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la adopción. Se define como "*una institución de derecho civil, de naturaleza estrictamente personal, diseñada para proteger a los menores que han sido privados de un entorno seguro por parte de sus familias biológicas, con el objetivo de proporcionarles cuidado y atención integral hasta que puedan reunirse con su familia biológica*"⁶⁸.

Se trata de una forma de incorporación del menor en un ámbito familiar favorable. Se deriva, el art. 154 CC, referido a la patria potestad, "*La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*"⁶⁹ y el art. 173.1 CC, que recoge la plena participación del menor e impone a la familia acogedora una serie de

⁶⁷ LÓPEZ AZCONA, A., Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 26/2015, de modificaciones del sistema de protección a la infancia y adolescencia, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXX, nº 2185, enero 2016, pág. 27

⁶⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ., El sistema de protección..., cit., pág. 188

⁶⁹ Código Civil, TÍTULO VII. DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES. CAPÍTULO PRIMERO.DISPOSICIONES GENERALES, Artículo 154.

obligaciones, incluyendo en caso de discapacidad, la obligación de procurarle los apoyos especializados que requiera.

Así, se concibe como una medida de carácter temporal que proporciona una estabilidad en el seno familiar. Sin embargo, la convergencia de distintas variables puede poner en riesgo su eficacia práctica y, en muchas ocasiones, provocar su interrupción. Entre estos factores se incluyen ⁷⁰:

1. La edad del menor al momento del acogimiento, siendo el acogimiento de adolescentes más propenso a interrupciones.
2. Los antecedentes del menor, principalmente relacionados con abusos sexuales, abandono, negligencia y maltrato físico y emocional.
3. Las medidas de protección previamente adoptadas con respecto al menor, como el acogimiento residencial u otras formas de acogimiento.
4. La construcción de vínculos seguros con los acogedores.
5. La integración del menor en familias sin hijos o con uno solo, de menos de cincuenta años y motivadas por la solidaridad y una actitud positiva hacia la familia biológica del menor.
6. La adaptación del menor, que suele ser mejor en casos donde no existe parentesco con la familia de acogida y se mantiene un contacto regular pero no excesivo con los progenitores biológicos.
7. La experiencia previa en acogimientos por parte de la familia de acogida, ya que la falta de experiencia y profesionalización puede llevar a interrupciones.
8. El estilo educativo de la familia de acogida, siendo el modelo autoritario propenso a interrupciones.
9. Los problemas de conducta del menor, exacerbados por la falta de experiencia y habilidades por parte de los acogedores.
10. La separación de hermanos durante el acogimiento, lo cual puede resultar en una interrupción; mientras que el acogimiento conjunto de varios hermanos suele ser beneficioso para el éxito de la medida.

⁷⁰ ROSEER, A. Mª., Evolución de los acogimientos familiares. Propuesta de actuaciones para la prevención de sus dificultades, Anales de Psicología, Vol. 27, nº3, 2011, págs. 729 - 738

De este modo, el propósito fundamental del acogimiento familiar es proporcionar al menor un entorno sustituto al familiar, siendo un deber fundamental de los acogedores ofrecer al menor acogido un trato equivalente al que brindarían a sus propios hijos biológicos o adoptivos. Los acogedores asumen la responsabilidad de cuidar, educar y proteger al menor como si fuera uno más de su familia, con cierto grado de autonomía y autoridad para tomar decisiones relacionadas con su bienestar, pero de forma temporal. Aunque la Entidad Pública puede supervisar la labor de los acogedores y tomar medidas cuando sea necesario, esto no menoscaba la autonomía que estos tienen en el ejercicio de sus funciones ⁷¹.

Se establece un vínculo jurídico entre los acogedores y el menor, con responsabilidades y derechos específicos para ambas partes. En este sentido, el lazo legal entre quienes brindan acogimiento y la persona acogida, derivado de dicho acto, puede entenderse como una forma de autoridad, si bien esto no excluye la coexistencia con la patria potestad o tutela que puedan ejercer los padres o tutores, ni tampoco con la autoridad que retiene la entidad pública, especialmente cuando está a cargo de la tutela del menor.

La entidad pública tiene la responsabilidad de supervisar el correcto funcionamiento de la custodia y puede intervenir si es necesario. Esta responsabilidad está relacionada con la obligación de las partes involucradas de responder por los daños causados al menor o a terceros. Se debe considerar un sistema de cobertura por parte de la entidad pública para los daños causados por el menor o sufridos por él. Respecto de la responsabilidad por los daños ocasionados por el menor, en teoría tanto los acogedores como la entidad pública podrían ser responsables, además del propio menor. Sin embargo, la asignación de responsabilidad depende de las circunstancias específicas y de la relación causal entre las acciones u omisiones y el daño causado. No se puede presumir automáticamente que la entidad pública sea responsable en todos los casos, ya que se debe demostrar dicha relación causal.

En lo relativo a las clases de acogimiento familiar, existen diferentes modalidades de acogimiento, pero aquí es importante destacar una reforma producida en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Antes de la reforma de 2015, las clases de acogimiento familiar en consideración al art. 173 bis del CC, se dividían en:

A-) Acogimiento familiar simple: Esta denominación viene a sustituir, desde la reforma de 1996, el término acogimiento temporal. Se caracteriza por aquellas situaciones dónde es

⁷¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO., Las modificaciones al ..., cit., pág. 607-608

tenida en cuenta la posibilidad de reinserción del menor en su familia biológica. Además, es aconsejable, para los casos en los que se prevé que el menor retorne a su propia familia, que los acogedores sean personas de su familia extensa; así se procura un más favorable ámbito familiar mientras perdure esta medida de protección. Los criterios de selección para la familia ajena, se definen en las siguientes circunstancias ⁷²:

- Características personales
- Capacidad socioeconómica
- Circunstancias educativas y entorno familiar
- Otras características; proximidad de la residencia entre la familia acogedora y de origen, existencias de otros hijos en la familia acogedora, etc.

B-) Acogimiento familiar permanente: Se establecen las circunstancias con carácter definitivo, dónde ya no se contempla la reinserción del menor en su familia biológica. En este supuesto, se considera que la adopción es la medida más acertada, para cumplir con el principio del interés superior del menor. Esta estabilidad de la medida se ve reflejada en la ampliación de las facultades de los acogedores.

C-) Acogimiento familiar preadoptivo (que, tras la reforma de 2015, forma parte del proceso de adopción)

Sin embargo, tras la reforma de la Ley 26/2015, estas divisiones han sido modificadas sustancialmente, hasta llegar a los acogimientos que rigen en la actualidad.

1. En relación a la vinculación del menor con la familia acogedora⁷³ :

A-) Acogimiento en familia extensa; permite que el crecimiento se dé preferentemente con personas con las que ya existían vínculos afectivos previos, fortaleciendo así la identidad familiar ⁷⁴.

⁷² ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO., VAQUER ALOY, ANTONI., Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, 1999, pág. 98-99

⁷³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, El sistema de protección..., cit., pág. 190

⁷⁴ PARRA-RAMAJO, B., Estudio sobre los factores de cambio en grupos socioeducativos de familias de acogida extensa, Portuaria, Vol. XII, nº Extra 2012, págs. 131-139

B-) Acogimiento en familia ajena; el acogimiento especializado se da cuando una familia cuenta con miembros capacitados, con experiencia y formación específica para cuidar de menores con necesidades especiales, recibiendo una compensación económica adecuada sin que esto implique una relación laboral. Por otro lado, el acogimiento especializado profesionalizado implica que, además de cumplir con los requisitos del acogimiento especializado, existe una relación laboral entre el acogedor y la entidad pública responsable.

2. En relación a la duración y objetivos:

A-) Acogimiento familiar de urgencia: Cuando los sujetos objeto del acogimiento son menores de menos de seis años, siempre que la medida no sea superior a seis meses prorrogables por otros tres meses (art. 173 bis. 2.a CC.). Es necesario que al menos uno de los miembros de la pareja o, en el caso, de que se trate de uno a nivel individual, este disponga de total disponibilidad en el hogar. Además, destacar, que los menores no podrán ser más de dos por cabeza, en caso de la pareja, o de tres por el sujeto individual, para asegurar su efectiva dedicación ⁷⁵.

B-) Acogimiento familiar temporal: Se aplica en los supuestos dónde se plantea la posible reintegración del menor en su familia biológica. Se caracteriza por una duración no superior a dos años, salvo que se considera apropiada una prórroga ⁷⁶. De este modo, el objetivo principal es la reunificación familiar, priorizando siempre que sea posible y positivo para el menor. El plazo máximo para el acogimiento familiar temporal es de dos años, después de los cuales se evaluará la situación del menor y se considerarán medidas más estables si es necesario. Además, la entidad pública debe informar al Ministerio Fiscal si un menor está en acogimiento temporal por más de dos años, explicando las razones de no haber adoptado una medida más estable. La reintegración del menor en su familia de origen es un aspecto clave del acogimiento familiar. Se requiere un programa de reintegración familiar en el plan de protección del menor, facilitando así su regreso a su entorno original. Considerando esencial mantener la cercanía entre la familia de acogida y la biológica, además de evitar separar a los hermanos, excepto en casos justificados. La selección adecuada de los

⁷⁵ MORENO QUESADA, Bernardo y SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier., Curso de derecho civil. IV. Derechos de familia y sucesiones (9ª ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 324

⁷⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS; PEDRO DE PABLO CONTRERAS; MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, “Curso de derecho Civil (IV) Derecho de Familia, COLEX, 4ª Edición 2013, Pág. 469

acogedores es crucial para el éxito del proceso; en situaciones donde la reintegración no sea posible, se deben considerar otras medidas de protección ⁷⁷.

En resumen, el acogimiento familiar temporal es una medida temporal para menores que no pueden vivir con su familia biológica, con la esperanza de una futura reunificación, aunque se deben considerar otras opciones si esta no es posible en un plazo razonable.

C-) Acogimiento familiar permanente: Este acogimiento nace al concluir el periodo de dos años del acogimiento familiar temporal. Ya no se aconseja el retorno del menor a su familia biológica, y como consecuencia, se le faculta al Juez competente el poder de atribuir a los acogedores, la tutela definitiva del menor con los deberes y obligaciones que traen consigo.

5.5 El acogimiento residencial

El acogimiento residencial se establece como medida de protección cuando no es viable o aconsejable para el niño/a el acogimiento familiar. En términos generales ⁷⁸, implica alojar al menor en un centro de protección donde recibe atención, educación y formación cuando su entorno familiar no puede proporcionárselas. Su objetivo principal es trabajar hacia su reintegración familiar o, en su defecto, encontrar una familia sustituta de manera permanente; su uso debe ser provisional y urgente, mientras se determina una solución más adecuada⁷⁹. Según las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de las Naciones Unidas, los centros de acogimiento residencial deben ser pequeños y adaptados a las necesidades individuales del menor, procurando un ambiente lo más familiar posible. Se enfatiza la supervisión y control de los centros de acogida para garantizar un estándar de calidad adecuado para los niños bajo su cuidado.

En este sentido, los centros de protección se centran principalmente en la educación y en la normalización de la vida de aquellos menores cuya tutela ha sido asumida por la administración competente en materia de protección de menores. Su propósito es proporcionar una atención integral e individualizada dentro de un ambiente adecuado, siendo esencial mantener el contacto del menor con su familia, facilitado por el propio centro.

⁷⁷ BERCOVITZ RÓDRIGUEZ-CANO., Las modificaciones al ..., cit., pág. 635-640

⁷⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ., El sistema de protección ..., cit., pág. 205

⁷⁹ HERRÁN A./ GARCÍA BAARIO-CANAL, C./ IMAÑA MARTINÉZ, A., Valoración del acogimiento residencial en centros de protección de menores: las viviendas de los jóvenes y sus familias, Tendencias Pedagógicas, n° 13, 2008, págs. 193-210

La elección del tipo de centro para cada menor debe basarse en su perfil y en sus intereses, procurando que todos los centros tengan un perfil similar para evitar perjuicios y mejorar la situación actual. La Ley 26/2015 establece una serie de obligaciones para los centros de protección, entre las que se incluye la cobertura de las necesidades cotidianas del menor, la elaboración de un plan individual de protección, la toma de decisiones en beneficio del menor, el fomento de la convivencia entre hermanos, la garantía de estabilidad residencial y la promoción de la relación y colaboración familiar. Además, se deben potenciar las salidas de los menores en fines de semana y períodos de vacaciones con sus familias o con familias alternativas, promover su integración en actividades comunitarias, establecer mecanismos de coordinación con servicios sociales especializados, prepararlos para la vida independiente y proteger su privacidad en el uso de tecnologías de la información.

Por otro lado, cuando un menor es admitido en un centro asistencial, la responsabilidad de ejercer la custodia recae en el director del establecimiento o en el responsable del centro donde el menor esté acogido (art. 172 ter C.C.). En estos escenarios, el director actúa como un delegado en el ejercicio de la custodia, siendo simplemente un medio para hacerla efectiva; el director no ejerce su función con autonomía real, sino que está sujeto a las instrucciones de la entidad y no asume responsabilidad directa por los daños causados por el menor⁸⁰.

Otra forma de ejercer la custodia es mediante el ingreso del menor en un establecimiento privado habilitado previamente por la Administración para tal fin, como exige la ley. En estos casos, la Administración encomienda la gestión de sus competencias a instituciones privadas a través de procedimientos administrativos específicos. Sin embargo, la Administración conserva el poder de inspeccionar, vigilar y revocar la habilitación de estas instituciones, lo que implica una mera delegación de funciones. En caso de que se produzcan daños al menor debido al incumplimiento de los deberes de custodia, se puede exigir responsabilidad tanto a la institución privada como a la entidad pública, siempre que se demuestre su negligencia⁸¹.

6. MEDIDAS PREVISTAS ANTE EL CESE DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El proceso para dar fin a esta medida puede ser iniciado por *“a) Por resolución judicial. b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores,*

⁸⁰ BERCOVITZ RÓDRIGUEZ-CANO., Las modificaciones al ..., cit., pág. 583

⁸¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., La responsabilidad civil del menor, Dykinson, 2001, pág. 352

*acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez ... c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor. d) Por la mayoría de edad del menor”*⁸². De este modo, lo pueden comenzar la Entidad Pública de oficio, a sugerencia del Ministerio Fiscal, los progenitores o tutores, el propio menor si se considera lo suficientemente maduro (se presume a partir de los 12 años), o los propios acogedores. En el procedimiento administrativo, se debe conceder audiencia a las mismas partes, independientemente de quién haya iniciado el proceso ⁸³.

Los progenitores o tutores del menor tienen derecho a solicitar el cese, según lo establecido en el artículo 173.4.b). Después de dos años desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo, ya no pueden solicitar u oponerse a las decisiones o medidas de protección del menor. Sin embargo, aún después de este plazo, pueden presentar la petición al Ministerio Fiscal o a la Entidad Pública. Los acogedores pueden ser destituidos en caso de graves problemas de convivencia, y cualquier persona interesada puede iniciar el proceso en este caso.

La adopción del menor puede resultar en la extinción del acogimiento familiar, aunque no esté explícitamente mencionada como causa de cese. Las resoluciones judiciales en el ámbito del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil también pueden afectar al acogimiento.

El Tribunal Supremo ha establecido que un acogimiento permanente no puede ser modificado a través de un proceso de divorcio o separación, ya que su cese o modificación debe ser decidido por la Entidad Pública. En caso de separación o divorcio de los acogedores, la Entidad Pública debe decidir sobre el cese del acogimiento o su modificación. La muerte o declaración de fallecimiento del acogedor, la mayoría de edad del menor, y otras circunstancias mencionadas en el artículo 173.4 pueden provocar el término del acogimiento, aunque se considera que el listado de causas es técnicamente deficiente e insuficiente. La emancipación del menor o su propia muerte también pueden provocar la extinción del acogimiento.

6.1 Retorno a la familia biológica

Como se ha mencionado anteriormente, la familia representa el entorno natural esencial para salvaguardar la protección integral y el desarrollo óptimo del menor, un hecho incuestionable.

⁸² Código Civil, LIBRO I. DE LAS PERSONAS, Título VII: De las relaciones paterno – filiales, Capítulo V: De la adopción y otras formas de protección de menores, Sección I: De la guarda y acogimiento de menores, Art. 173.4

⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO., Las modificaciones al ..., cit., págs.624-625

Por tanto, cuando el menor se ve separado de su familia de origen por diversas razones, el objetivo primordial de cualquier intervención llevada a cabo por las autoridades es facilitar su retorno. Con este fin, se implementan medidas adecuadas que permitan su reintegración y prevengan futuras separaciones. Sin embargo, es importante reconocer que existen situaciones en las que este propósito no puede ser alcanzado ⁸⁴.

De acuerdo con la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 24 de febrero de 2010, que establece las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (IV.B.48-51), se enfatiza la importancia de evaluar la situación de este y de su familia por parte de un equipo especializado, considerando el asesoramiento multidisciplinario y la opinión de todos los implicados.

El conflicto entre familia de acogida y familia de origen es, sin duda, uno de los más difíciles debido a su naturaleza definitiva e irreversible. En estos casos, la controversia radica en la dinámica familiar del menor y en sus relaciones vitales. No se cuestiona su pertenencia al grupo familiar, sino más bien los métodos y tiempos de interacción dentro del mismo. La dificultad de integrar el interés del menor en esta situación de conflicto es evidente, por lo que la doctrina ha propuesto criterios como el bienestar del menor, el mantenimiento del statu quo, la evaluación de los riesgos y las perspectivas personales, intelectuales o profesionales del menor ⁸⁵.

6.1.1 El derecho del menor a crecer y ser educado en su propia familia

La protección del interés y el derecho del menor a crecer y recibir educación dentro de su propio entorno familiar es un punto crucial en la legislación. El artículo 172 ha sido objeto de una revisión completa mediante la Ley 26/2015, que ha desglosado sus disposiciones para abordar aspectos específicos como el desamparo, la guarda y los diferentes tipos de acogimiento familiar y residencial ⁸⁶.

La importancia de este derecho ha sido resaltada en discusiones parlamentarias y en informes que señalan una tendencia hacia un excesivo énfasis en los lazos biológicos en lugar del interés superior del menor ⁸⁷. Antes de la reforma de 2015, tanto la Ley Orgánica 1/1996

⁸⁴ GUITUERRÉZ SANTIAGO, P., La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido, en Derecho Privado y Constitución, nº18, 2004

⁸⁵ GUILARTE MARTÍN- CALERO, CRISTINA., La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 125

⁸⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO., Las modificaciones al ..., cit., págs.497

⁸⁷ BOCG, Senado, nº 545, 17 de noviembre de 2010, pág. 45

como las leyes autonómicas establecían la preferencia por la familia biológica del menor como principio rector en la actuación de las autoridades públicas.

El artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1996 ha sufrido una transformación completa en su redacción como resultado de la reforma propuesta. En primer lugar, se hace referencia a la supremacía del interés del menor, seguido por la importancia del "mantenimiento en su familia de origen", aunque bajo la condición de que sea conveniente para su bienestar. En caso contrario, se debe garantizar la adopción de un entorno familiar en lugar de uno institucional.

Es evidente que el legislador busca priorizar el bienestar⁸⁸ del menor en sus acciones, incluso si esto implica separarlo de su familia de origen en ciertas circunstancias, siempre y cuando sea en beneficio de su desarrollo y protección de sus derechos fundamentales, incluyendo su dignidad y libre desarrollo personal. ¿Pero qué sucede cuando el mantenimiento en la familia de origen no es viable sin comprometer su bienestar? En ese caso, se contempla la opción de una colocación institucional como alternativa.

Es crucial recordar que el interés del menor es un concepto multifacético: es un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento. Por lo tanto, se debe considerar primordial cuando se tomen medidas que lo afecten. Además, este interés debe guiar la interpretación de las normas, optando siempre por aquella que mejor responda a las necesidades del menor. Asimismo, en el proceso de evaluación y determinación del interés del menor, se deben respetar las garantías procesales.

El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996 enumera los criterios generales para interpretar y aplicar el interés del menor en casos específicos. Entre estos criterios se incluye la importancia de proporcionarle un entorno familiar adecuado y seguro, priorizando su permanencia en su familia de origen siempre que sea positivo para él. Además, se destaca la necesidad de ofrecer al menor una solución estable y se considera la evolución de su familia desde que se adoptó la medida protectora, priorizando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. Estos criterios deben ser ponderados junto con otros elementos generales, como la necesidad de ofrecer una solución estable al menor y la consideración del tiempo en su desarrollo. Esto implica que el interés del menor debe ser evaluado de manera integral y cuidadosa, tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes.

⁸⁸ Convención de los Derechos del Niño, art. 3

Las reformas legislativas introducidas por la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015 han reafirmado la primacía del interés del menor en cualquier decisión que lo afecte, incluso si esto implica su separación de su familia. Sin embargo, esta prioridad del interés del menor no es una innovación, ya que estaba presente en la regulación anterior de las instituciones de protección del menor.

El derecho del menor a ser criado y educado por su propia familia puede ser considerado un derecho subjetivo absoluto o un recurso legal disponible para todos. Sin embargo, la privación del menor de su entorno familiar debe ser evaluada dentro del marco establecido por la ley. Es esencial reconocer que este derecho no es absoluto y puede estar sujeto a restricciones cuando el bienestar del menor esté en juego ⁸⁹.

El interés superior del menor debe prevalecer sobre cualquier otro, incluso sobre los intereses de los padres, siempre y cuando garantice su bienestar. Solo en circunstancias excepcionales, donde la permanencia del menor en su entorno familiar resulte perjudicial, se justificaría su alejamiento. Esta postura ha sido respaldada tanto por el Comité de los Derechos del Niño como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La intervención del Estado en casos como la privación de la custodia de los hijos a los padres debe cumplir con criterios legales y ser necesaria en una sociedad democrática. Se debe analizar si los motivos para justificar esta intervención son adecuados y proporcionados. Es fundamental preservar el vínculo entre padres e hijos.

En todas las situaciones donde se considere necesario alejar al menor de su hogar familiar, se debe equilibrar el conflicto entre los intereses de los padres y los del menor, dando prioridad al segundo. Antes de tomar medidas drásticas, se deben explorar otras alternativas que garanticen el bienestar del menor, procurando su reintegración a su familia natural cuando sea factible y seguro, aunque en algunos casos el tiempo transcurrido pueda dificultar esta reintegración. Se debe buscar el bienestar del menor y su reintegración familiar siempre que sea posible y seguro. En resumen, el objetivo principal de las medidas de protección es garantizar el bienestar del menor y su desarrollo en un entorno seguro y adecuado.

6.1.2 El principio de prioridad familiar

⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO., Las modificaciones al ..., cit., págs.503

El menor tiene el derecho de regresar a su familia biológica cuando los progenitores estén en condiciones de asumir nuevamente la responsabilidad parental, garantizando un entorno propicio para su desarrollo integral, ya sea en el hogar de acogida o en un centro residencial. En este contexto, se prioriza el interés superior del menor al determinar el curso de acción más adecuado.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio, al evaluar casos de desamparo y acogimiento, subraya que el derecho de los padres biológicos no es absoluto, sino que está subordinado al interés del menor. Se establece que las medidas adoptadas deben favorecer el bienestar físico, intelectual y social del menor, así como facilitar su retorno a la familia natural, siempre que sea compatible con su interés superior⁹⁰.

El TS ha suministrado criterios para facilitar la ponderación del interés del menor en situaciones de conflicto entre la familia biológica y la familia de acogida, como se establece en la mencionada sentencia y se reitera en pronunciamientos posteriores. Para determinar si es adecuado devolver a un menor a su familia biológica, esta Sala establece la doctrina de que, para decidir sobre el retorno de un menor desamparado a su familia biológica, no es suficiente con que los padres biológicos muestren una evolución positiva o tengan la intención de asumir adecuadamente el rol paterno y materno. Es necesario que esta evolución, en términos objetivos y al margen de las deficiencias personales u otras que hayan causado el desamparo, sea lo suficientemente significativa como para restablecer la unidad familiar en condiciones que eliminen el riesgo de desamparo del menor y satisfagan su interés en mantener la situación de acogimiento familiar, considerando, entre otros factores, el tiempo que ha pasado en esa familia de acogida, su integración y vínculos afectivos, así como si recibe los cuidados necesarios para su desarrollo físico y emocional. También se debe evaluar si se mantienen los lazos con la familia biológica y si el retorno implica riesgos psicológicos relevantes⁹¹.

Por otro lado, en la misma línea del TS, se enfatiza la importancia de la reunificación familiar, como se ilustra en una sentencia de febrero de 2011, donde se apoya la reintegración del menor con su familia biológica debido a la mejora de la situación del padre. Sin embargo, se reconoce la necesidad de un seguimiento por parte de los Servicios Sociales para garantizar el bienestar continuo del menor. Al evaluar la posibilidad de devolver al menor a su familia biológica, es esencial considerar tanto las circunstancias presentes en el momento de la

⁹⁰ IGLESIA MONJE, M^o. I., Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica, R.C.D.I., 2010, n^o 717, págs. 297-312

⁹¹ GUILARTE MARTÍN- CALERO., La concreción del interés ..., cit., pág. 126

declaración de desamparo como las que hayan surgido después. No obstante, puede haber casos en los que, a pesar de los cambios favorables, el retorno del menor no sea viable debido a fallos en el sistema de protección o a dilaciones en los procesos legales, lo que puede generar indefensión en los progenitores y cuestionar si se ha protegido verdaderamente el interés del menor. En tales situaciones, se puede considerar el pago de una indemnización sustitutoria, aunque esto no siempre compensará el daño⁹² emocional sufrido.

El retorno del menor se justificará en función de su interés cuando cese la causa que originó su declaración de desamparo, ya sea por una mejora en las circunstancias que llevaron a esa declaración o por una revocación judicial debido a un error administrativo. Estos casos se distinguen en que el primero implica un cambio en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, mientras que el segundo se refiere a un error en la decisión administrativa inicial.

6.2 La formalización del acogimiento permanente

El acogimiento familiar permanente, a pesar de su inicial carácter temporal, aspira a establecerse de manera duradera. Esta modalidad busca brindar una protección estable al menor cuya reintegración familiar se ha vuelto poco viable, marcando así una alternativa más sólida que el acogimiento temporal. De esta manera, transcurridos los dos años destinados a facilitar la reunificación familiar sin resultados positivos, la medida a adoptar, aparte de la posible adopción o la constitución de una tutela ordinaria, sería el acogimiento permanente.

Es claro que las circunstancias individuales del menor pueden dificultar su adopción, pero aun así puede necesitar un ambiente estable. También puede requerir atención especializada, siendo entonces más adecuado un acogimiento familiar profesionalizado. Incluso, puede haber miembros de su familia dispuestos a cuidarlo pero que no deseen o no puedan adoptarlo, lo que hace que el acogimiento permanente sea una solución viable⁹³.

Es fundamental mantener la relación del menor con sus padres biológicos en el acogimiento permanente, salvo que su bienestar lo requiera lo contrario. Además, la ley permite que los

⁹² TEJEDOR MUÑOZ, L., Indemnización de los daños morales por ruptura de la relación paterno-filial cuando los progenitores son privados indebidamente de la compañía y relación de sus hijos por la Administración, R.C.D.I., 2011, págs. 584-607

⁹³ BERCOVITZ RÓDRIGUEZ-CANO., Las modificaciones al ..., cit., págs. 641-642

acogedores asuman funciones tutelares, pero esto no los convierte automáticamente en tutores legales; para ello, se requeriría la constitución formal de la tutela.

Una vez establecido el acogimiento permanente y asignadas funciones tutelares a los acogedores, es necesario considerar el efecto sobre la tutela legal existente. La entidad pública puede mantener una tutela formal sobre el menor, aunque esta podría carecer de contenido en la práctica, limitándose a supervisar las funciones tutelares de los acogedores.

Es importante destacar que la naturaleza permanente del acogimiento no exime a la entidad pública de revisar regularmente la situación del menor acogido, como lo establece la ley, con revisiones programadas cada seis meses durante el primer año y luego anualmente.

6.3 La adopción

Se entiende por adopción, el “Acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, adoptante y adoptado, de tal forma que establece entre ellas una relación de paternidad y/o maternidad con sus mismos efectos legales. Puede también concebirse como una medida de protección de menores y su aplicación se rige principalmente por el principio del superior interés del niño y la plena integración familiar”⁹⁴.

La adopción acarrea una serie de consecuencias importantes en lo referente a la familia original del adoptado, tal como se indica en el artículo 178.1 del Código Civil. En primer lugar, la adopción conlleva la disolución de los lazos legales entre el adoptado y su familia biológica, lo que implica la pérdida de la patria potestad por parte de los progenitores biológicos, según lo estipulado en el artículo 169, párrafo 3 del Código Civil. Asimismo, desaparece la obligación legal de proporcionar alimentos entre el adoptado y su familia biológica. Además, el adoptado, renuncia a todos los derechos sucesorios que pudiera tener con respecto a su familia biológica, incluyendo la legítima y la sucesión intestada. Sin embargo, es crucial señalar que persisten ciertas prohibiciones matrimoniales de acuerdo con lo establecido en el artículo 178.3 del Código Civil. Por ejemplo, el adoptado no podrá contraer matrimonio con su hermana biológica⁹⁵.

⁹⁴ Real Academia Española. (s. f.). Biblioteca digital. En Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado 11 de agosto de 2020, de <https://dpej.rae.es/lema/bibliotecadigital>.

⁹⁵ CRESPO MORA, CARMEN., MARTÍN SALAMANCA, SARA., SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ., Manual de Derecho Civil, Wolters Kluwer, 2021, pág. 335

Por otra parte, entre el adoptante y el adoptado se establece una relación de filiación que se equipara en todos los aspectos a la filiación por naturaleza. Esto implica que la filiación adoptiva determinará los apellidos del adoptado de acuerdo con lo estipulado en la ley. En consecuencia, el adoptado dejará de tener los apellidos de sus padres biológicos para adoptar los del adoptante.

Además, los padres adoptivos conservarán plena autoridad parental. En caso de que uno de ellos fallezca después de formalizarse la adopción, la autoridad parental de los padres biológicos no será restablecida. Por otro lado, los padres adoptivos estarán obligados a proporcionar alimentos al adoptado, y viceversa; incluso, tanto los padres adoptivos como el adoptado tendrán derechos sucesorios recíprocos, incluyendo legítimas y llamamiento a la sucesión intestada.

En cuanto al acogimiento y la adopción, la regla general de extinguir los lazos legales con la familia biológica del adoptado tras la formalización de la adopción presenta dos excepciones. Según el artículo 178.2 del Código Civil:

- a) Los lazos legales con la familia del progenitor subsistirán en los casos en que el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por una relación de afectividad similar al matrimonio, incluso en el caso de fallecimiento del cónyuge o la pareja;
- b) Además, continuarán los lazos legales en el caso, de que solo uno de los progenitores haya sido legalmente identificado, siempre que este efecto haya sido solicitado por el adoptante, el mayor de doce años y el progenitor cuyo lazo deba persistir.

De acuerdo con el artículo 178.4 del Código Civil, en situaciones donde sea benéfico para el bienestar del menor, se pueden establecer medidas para mantener vínculos mediante visitas o comunicaciones entre el menor, sus familiares biológicos y su familia adoptiva. Se da especial prioridad a mantener la relación entre los hermanos biológicos, siempre que sea viable. En consecuencia, durante el proceso de evaluación de idoneidad para la adopción, se debe determinar si los solicitantes estarían dispuestos a adoptar al menor manteniendo estos lazos con su familia biológica. En los casos en los que el juez, al formalizar la adopción, conocida como "adopción abierta", determine que es en el interés del menor mantener dicha relación, se deben especificar la frecuencia, duración y condiciones de la misma ⁹⁶.

⁹⁶ CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, SANTOS MORÓN., Manual ..., cit., pág. 336

Es importante destacar que la finalización del vínculo legal entre el adoptado y su familia biológica no impide el derecho del adoptado a conocer sus orígenes. Según el artículo 180.6 del Código Civil, las personas adoptadas tienen derecho, una vez alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, a acceder a la información sobre sus orígenes biológicos.

Por último, tener en cuenta que la adopción es irrevocable, aunque se recogen una serie de circunstancias especiales para su extinción. Respecto a la posible extinción motivada por la Autoridad Judicial a instancia de parte de cualquiera de los padres, sin culpa, se tiene que haber observado su no intervención en el expediente del proceso, con la especialidad, de la necesidad del consentimiento del adoptado con mayoría de edad. Se mantiene la nacionalidad y la vecindad civil ⁹⁷.

Además, todo cese en esta materia, no puede, en ningún aspecto, ir contra el principio de interés superior del menor; que, una vez, que alcanza su plena capacidad, la referida exclusión solo podrá ser solicitada por este, en un periodo máximo de dos años.

7. FASE PREVIA A LA ADOPCIÓN: LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN TRAS LA LEY 26/2015

La Constitución Española en búsqueda constante de la protección económica, jurídica y social del núcleo familiar, desarrolla en su art. 39, la obligación de los poderes públicos de salvaguardar estos derechos, en concordancia con los acuerdos internacionales.

No obstante, el paso de los años ha originado cambios en la sociedad que recaen significativamente en la situación de convivencia de los menores. Entonces, se deriva, la necesidad de adaptación a estas nuevas circunstancias, con la creación de innovadores instrumentos de protección jurídica, que alcancen a mejorar las normas que se regían hasta el momento. Con el fin, de velar por una aplicación uniforme en todo el territorio español, se reguló junto al Código Civil, 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.

⁹⁷ SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER., Curso de derecho Civil IV, Derecho de familia y sucesiones, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 318

De tal manera, el 3 de Julio de 2015 se publica en el BOE nº 158, la Ley 15/2015 de 2 de Julio, de Jurisdicción voluntaria. Se intenta dar una respuesta a la necesidad de “[...] modernización del sistema positivo de tutela del Derecho Privado iniciado hace ahora más de una década. La disposición Final Decimoctava de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil encomendaba al gobierno la remisión a las cortes generales de un proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, una previsión legal vinculada con la construcción de un sistema procesal avanzado y homologable al existente en otros países” ⁹⁸.

Se trata de adaptarse a las nuevas necesidades que ostentan en la actualidad los sistemas de infancia y adolescencia en el territorio español, que posteriormente las Comunidades Autónomas han ido desarrollando. Hablamos, por ejemplo, de la situación de los menores extranjeros, o aquellos que, por desgracia, son víctimas de violencia.

Se contempla una revisión exhaustiva de las modalidades de acogimiento familiar, en cuanto a su duración y objetivos, suprimiendo el acogimiento provisional. Además, como veremos más adelante, se omite el término “acogimiento preadoptivo”; procedimiento que pasa a formar parte del proceso de adopción, según el art. 173 bis CC. Reformulando los tipos de acogimiento familiar que pasan a denominarse: 1. acogimiento de urgencia, 2. acogimiento temporal (antes denominado simple) y 3. acogimiento permanente.

Ley de Enjuiciamiento Civil con el propósito de velar por la tutela judicial efectiva en defensa de los derechos e intereses de los menores, ha introducido modificaciones destinadas a mejorar los procedimientos existentes y aclarar puntos que, en la práctica, han generado interpretaciones contradictorias. Estas mejoras están orientadas a hacer más efectiva la protección de los derechos de los menores y a garantizar una aplicación coherente de la legislación en todo el territorio español. Estas modificaciones han abordado aspectos como la agilización de los procesos judiciales relacionados con la protección de menores, la clarificación de los criterios para determinar la idoneidad de los progenitores en casos de custodia, la ampliación de los derechos de los menores en situaciones de desprotección, y el fortalecimiento de los mecanismos de coordinación entre las distintas instituciones implicadas en la protección de la infancia ⁹⁹.

La culminación de este nuevo ambiente normativo representa una mejora significativa respecto al anterior, marcando un gran salto en el ámbito de los mecanismos de protección

⁹⁸ Exposición Motivos Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

⁹⁹ PREÁMBULO, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

social. Esto es especialmente relevante en un ámbito tan sensible como la protección de los menores, donde se requieren actuaciones coordinadas desde varios ámbitos para asegurar un marco de protección efectiva e integral.

7.1 Hasta 2015: El acogimiento familiar preadoptivo

El acogimiento familiar preadoptivo es una medida de protección del menor, cuando se encuentra en situación de desamparo. A diferencia de otros métodos que mantienen al menor en su familia biológica, conforma un procedimiento drástico donde se produce la separación del menor de su hogar.

En su preámbulo, La Convención de los Derechos del Niño desarrolla el derecho inherente de los niños a crecer en el seno de una familia para conformar el pleno desarrollo de su personalidad. Según AMORÓS Y PALACIOS, las necesidades básicas de los niños están entrelazadas con su seguridad, crecimiento, supervivencia; que va a determinar en gran medida su desarrollo emocional, social, cognitivo y lingüístico.

Es tan apreciable la situación de dependencia y vulnerabilidad del menor que, en el caso de que la familia biológica falle, es imprescindible la intervención de la entidad pública para adoptar las medidas oportunas que ayuden a satisfacer las visibles necesidades del niño/a. Por ello, cuando los progenitores no son capaces de desempeñar sus funciones con los recursos existentes en la sociedad, o lo hacen de manera contraria al interés superior del menor, se produce la “situación de desamparo”.

En ese momento se lleva a cabo una valoración, donde se plantea la futura o no reintegración del menor en su familia originaria, y siendo esta solución negativa, comienza la participación de la Administración el acogimiento familiar preadoptivo permitiendo un periodo de adaptación entre adoptado y padres adoptivos.

Mencionado en el contexto histórico, surge a partir 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 además de otras dos modalidades de acogimiento familiar: el simple y el permanente.

Se considera que lo más beneficioso para el menor, es no volver a su familia originaria. Solo pueden ser adoptados los menores que se hallen bajo este acogimiento preadoptivo. Aunque se abre a la adopción de menores en acogimiento simple cuando hayan variado

sustancialmente las circunstancias. Por lo que, como venimos diciendo, lo decisivo será la coherencia de la medida adoptada con el interés superior del menor, valorando, en cada caso, las necesidades y circunstancias específicas de este.

El desamparo es una situación, en la que se tiene que tomar, como punto de partida, las posibilidades de la familia de origen. Intentado definir un equilibrio entre la medida protectora y los derechos de la familia biológica. Para ello, se estudia tanto la gravedad como el riesgo presente en el menor y su mantenimiento en el tiempo. Algunos de los motivos vienen enumerados en el art. 13.1 LMPMDA ¹⁰⁰; Signos de malos tratos psíquicos o físicos, la participación de los progenitores en razones de privación, remoción o ignorancia de la propia identificación de los menores, y la imposibilidad prolongada de su ejercicio, como la petición por los tutores del abandono de los derechos y obligaciones surgidos por la índole de tutor.

El acogimiento preadoptivo se adopta cuando la remoción del tutor no deriva, a estos efectos, en el nombramiento de un nuevo tutor. Además, la extinción de la convivencia con la familia biológica constituye un derecho para el menor que puede ser complementado con la relación posterior o no con los respectivos progenitores.

MORENO FLORÉZ, entiende que este acogimiento se constituye, judicial o administrativamente, cuando ha quedado acreditada esa imposibilidad de retorno a la familia de biológica. El art. 14.1 LMPMDA, recoge la posibilidad de constitución extrajudicial del acogimiento preadoptivo. En esta opción, no se produce la intervención de la autoridad judicial, en vez de eso, se realiza una propuesta del organismo competente aceptada por los progenitores o tutores legales. Con carácter previo, es destacable la distinción entre "consentimiento" y "asentimiento". El primero de ellos, es obligatorio si el menor goza de una edad igual o superior a los doce años, o tiene suficiente juicio; lo que no ocurre con el segundo, que se realiza por parte de los padres. El asentimiento, destaca el carácter no

¹⁰⁰ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, Artículo 13: Suplencia. "1. En la forma que disponga cada Administración Pública, los titulares de los órganos administrativos podrán ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, así como en los casos en que haya sido declarada su abstención o recusación. Si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano administrativo inmediato superior de quien dependa. 2. La suplencia no implicará alteración de la competencia y para su validez no será necesaria su publicación. 3. En el ámbito de la Administración General del Estado, la designación de suplente podrá efectuarse: a) En los reales decretos de estructura orgánica básica de los Departamentos Ministeriales o en los estatutos de sus Organismos públicos y Entidades vinculados o dependientes según corresponda. b) Por el órgano competente para el nombramiento del titular, bien en el propio acto de nombramiento bien en otro posterior cuando se produzca el supuesto que dé lugar a la suplencia. 4. En las resoluciones y actos que se dicten mediante suplencia, se hará constar esta circunstancia y se especificará el titular del órgano en cuya suplencia se adoptan y quien efectivamente está ejerciendo esta suplencia."

negocial del acogimiento preadoptivo extrajudicial, así el disenso de los tutores imposibilita su constitución.

Por su parte, en el acogimiento judicial, en el transcurso de toma de decisión del Juez, la Administración puede acordar un acogimiento familiar provisional para salvaguardar el interés del menor. El Juez, en el procedimiento debe recabar los consentimientos y asistimientos requeridos, para valorar la idoneidad de la medida protectora. Se necesita igualmente el consentimiento del menor y del acogedor o acogedores. Y aunque, se pida el consentimiento a los padres, su oposición que impedía la consecución del procedimiento de acogimiento extrajudicial, esta vez, el Juez puede prescindir de su voluntad. La autoridad judicial resuelve mediante auto apelable en un solo efecto ¹⁰¹.

Asimismo, el acogimiento puede darse en familia extensa y en familia ajena. AMORÓS Y PALACIOS lo estructuran como:

- Acogimiento en familia extensa: en contacto con sus familiares más cercanos.
- Acogimiento en familia ajena: una familia con la que no presenta vinculación legal o afectiva. Aquí, encontramos el preadoptivo, que presupone la construcción de nuevos vínculos familiares.

En un primer momento, se va a tratar de mantener al menor en el ambiente familiar que venía disfrutando, por medio, de un acogimiento extenso. Pero, cuando se precise por la estabilidad física y emocional de menor, se ofrecerá el ajeno.

7.2 La guarda con fines de adopción. Ley 26/ 2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: introduce las variaciones indispensables en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia con el fin de proseguir con una defensa uniforme del menor en todo el territorio español. A su vez, se han implementado algunas novedades que incluyen la clarificación y unificación de los criterios para regular la situación de desamparo y los acogimientos provisionales. Asimismo, se ha establecido un plazo máximo de dos años para

¹⁰¹ ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO; ANTONI VAQUER ALOY., Protección de menores...cit., pág. 132-133

la guarda de menores solicitada por los progenitores, y se ha simplificado el proceso de acogimiento familiar.

Cabe destacar el cambio experimentado conforme al acogimiento preadoptivo que, tras la mencionada ley, sufre una serie de alteraciones que lo convierte en una nueva figura denominada “guarda con fines de adopción”, que pasa de ser un tipo de acogimiento a una fase del procedimiento de adopción, tras la propuesta previa por la entidad pública.

Definiendo la guarda con fines de adopción como la “Guarda de un menor de edad declarado en situación de desamparo que la correspondiente entidad pública delega en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar legalmente previstos y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción”¹⁰².

7.2.1 El periodo de convivencia como proceso de adaptación

El art. 176 bis CC, configura la posibilidad, hasta la resolución judicial, de que se constituya esta guarda con el fin de conseguir y valorar la adaptación entre el menor y los posibles adoptantes¹⁰³. Se trata de un periodo de convivencia con el objeto de favorecer el éxito de la adopción.

CAPARRÓS Y JIMÉNEZ sugieren que el acogimiento preadoptivo tiene la particularidad de que permite evaluar si la convivencia temporal establecida puede convertirse en una situación definitiva.

Lo cierto, es que la adaptación del menor durante el período de convivencia en un proceso de adopción es un aspecto crucial tanto para el menor como para los futuros padres adoptivos. Este período es una fase de transición en la que este comienza a integrarse en su nueva familia y entorno. Durante este tiempo, el menor puede experimentar una variedad de emociones y reacciones, que van desde la curiosidad y la alegría hasta la ansiedad y el miedo. La adaptación exitosa depende de varios factores, como la edad del niño/a, sus experiencias previas, su temperamento y la calidad del apoyo proporcionado por los padres adoptivos y los profesionales involucrados en el proceso.

¹⁰² Real Academia Española. (s. f.). Biblioteca digital. En Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado 11 de agosto de 2020, de <https://dpej.rae.es/lema/bibliotecadigital>.

¹⁰³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., DE PABLO CONTRERAS, PEDRO., PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL., Curso de derecho civil IV, “Derecho de familia”, Edisofer S.L., 2021

Los padres adoptivos desempeñan un papel fundamental en ayudar al menor a adaptarse durante este período. Es importante establecer un ambiente acogedor y de apoyo, demostrando amor, paciencia y comprensión. La comunicación abierta y la creación de rutinas predecibles pueden ayudar a los niños a sentirse seguros y establecer la confianza necesaria en su nueva familia. Los profesionales involucrados en el proceso de adopción, como trabajadores sociales y psicólogos, también desempeñan un papel importante en la adaptación del menor. Proporcionan orientación y apoyo tanto a los padres adoptivos como al adoptado/a, ayudándoles a entender las necesidades emocionales y psicológicas del menor y brindando estrategias para abordar cualquier desafío que pueda surgir durante el período de convivencia.

Es crucial tener en cuenta que la adaptación del menor en el período de convivencia es un proceso gradual y único para cada niño. Puede llevar tiempo y esfuerzo, pero con el apoyo adecuado, muchos niños logran establecerse con éxito en sus nuevas familias y construir relaciones sólidas y afectuosas. Se busca, al ser la adopción un proceso irreversible, asegurar que los adoptados no se encuentren de inmediato en esa nueva situación, sino que primero se establezca una relación satisfactoria entre los adoptados y los adoptantes (AMORÓS Y PALACIOS).

En el Convenio Europeo de Estrasburgo, ratificado en noviembre de 2008, ya se determinaba fundamental para la adopción, la confianza del menor hacia la familia adoptante, tras un suficiente periodo de relaciones entre ambos. Pero aquí, existe una discusión, porque si de lo que se trata es de igualar a la familia adoptiva a la biológica, en las familias biológicas no existe un “período de prueba”. Los niños llegan a las familias sin ser conscientes de la realidad, en un primer momento, la familia es lo único que conocen. Pero, en el caso, de la adopción, hay que tener en cuenta la edad de los niños, ya que, si son pequeños si se puede considerar carente de sentido el periodo de convivencia. No obstante, el debate se agudiza con los menores que son conscientes y acarean con unas circunstancias personales de su familia de origen ¹⁰⁴.

Por otro lado, hay autores que manifiestan su desagrado con esta práctica, comprendiendo la falta de seguridad de las partes; el menor puede sentir miedo y frustración por no considerarse lo suficientemente bueno, si los acogedores lo rechazan. Y estos, temer

¹⁰⁴ MAYOR DEL HOYO, MARÍA VICTORIA., La adopción en el derecho común español, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 145

encariñarse con un niño/a, que no saben con total seguridad que pasará a formar parte definitiva en sus vidas.

Sin embargo, desde la otra perspectiva, otros autores, aseguran que produce el efecto contrario. Gracias a este periodo de convivencia previa, los acogedores utilizarían esta oportunidad como estímulo para conseguir que el menor se sienta lo más a gusto y seguro posible con ellos para que comience a nacer la confianza.

El Convenio de la Haya relativo a la protección del menor y a la cooperación en materia de adopción internacional de 2003, permite a los países la decisión de que cada uno de ellos en su derecho interno incluya o no, la posibilidad u obligación de este periodo probatorio.

En nuestro ordenamiento, esta fase no es meramente de adaptación, sino que tiene una doble función; busca evitar que, en el transcurso del procedimiento de adopción, el menor conviva con otra familia ajena o en un centro residencial. La Ley 26/2015, no lo impone de manera exhaustiva, sino que lo contempla como una posibilidad, entre el niño/a y las personas sopesadas idóneas para su adopción, para evitar su estancia en un centro ¹⁰⁵.

7.2.2 Constitución

Hasta el año 2015, el anterior acogimiento preadoptivo, podía constituirse mediante una propuesta de adopción para comenzar de forma prematura la futura convivencia con el menor, o antes de dicha propuesta, por medio de un periodo de adaptación. Pero tras la reforma de 2015, el art. 176 CC, establece que solo se constituirá de manera previa a la propuesta de adopción. Se impone de forma imperativa, entendiéndose que se beneficia al menor adelantando el comienzo de la futura convivencia. En este sentido, aunque acabamos de ver, cuando es el momento legitimado para tal acción, del propio artículo se desprende que no estaría prohibido efectuarlo conjuntamente con la propuesta o incluso posteriormente.

El siguiente paso, es la propuesta de adopción con el límite de presentación de tres meses ¹⁰⁶. Este límite es para el supuesto dónde lo que se busca es adelantar la convivencia en el

¹⁰⁵ Preámbulo de la LEY 26/2015, DE 28 de JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA, Apartado III

¹⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO., Las modificaciones al ... cit., págs. 670

procedimiento de adopción. Pero, si la finalidad es constituir un período de adaptación, este límite se puede prorrogar hasta un año, impidiendo que sea indefinido.

Respecto a lo anterior, existen dudas en referencia al contenido de los arts. 176 bis 3 CC y 176.2.2.3. CC (Ley 26/2015). El art. 176.2.2.3. CC trata la no necesidad de una propuesta anticipada por los poderes públicos, cuando el menor lleve “más de un año en guarda con fines de adopción”. Lo que no resulta compatible con la redacción, del art. 176 bis 3 CC, que manifiesta la obligatoriedad de esa propuesta. En este segundo caso, no podría surgir un supuesto con guarda con fines de adopción, sin una anticipada propuesta, y en el primer caso, del art. 176.2.2.3. CC, esa guarda por más de un año, es la condición que omite la referida propuesta ¹⁰⁷.

Como solución, se plantea que cuando existe la guarda, la propuesta no podrá exceder el límite de tres meses, y transcurrido el año, ya no será imprescindible, pudiendo pedir directamente al Juez competente la adopción ¹⁰⁸. Además, en relación al art. 175 CC, sobre los efectos de la posible separación o divorcio de los guardadores; cuando hayan pasado un mínimo de dos años, se puede solicitar al Juez la adopción conjunta.

En particular, el acto de constitución se adoptará por medio de una resolución administrativa, debidamente motivada que tendrá que emitir la Administración competente, y posteriormente trasladada a los tutores no privados de la patria potestad para su conocimiento.

En el art. 176 bis se refleja la importancia de la audiencia, siempre que el menor fuese mayor de doce años, o manifestase suficiente madurez. En este sentido, es curioso como veíamos, que, para constituir el acogimiento familiar, el consentimiento del menor era algo imprescindible (art. 173 CC). Sin embargo, únicamente se solicita el derecho de la persona menor de edad, a ser oído para crear la guarda con fines de adopción. Siguiendo con la audiencia, surgen dudas respecto a quienes se les denomina “afectados” ¹⁰⁹. En un primer término, serán los futuros adoptantes y los propios progenitores, o en su caso: los tutores, acogedores o guardadores de hecho. Centrándonos, en los futuros adoptantes, a ellos tampoco se requiere su consentimiento para la guarda, lo contrario que ocurre en el

¹⁰⁷ MAYOR DEL HOYO, La adopción ..., cit., pág. 146-147

¹⁰⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ., La historia interminable: una nueva reforma de la adopción, pág. 339

¹⁰⁹ MAYOR DEL HOYO, La adopción ..., cit., pág. 150

acogimiento; lo cual no parece razonable, pudiendo constituir la guarda respecto de unas personas que no han manifestado su voluntad.

Respecto de los progenitores o tutores, a los que se considera “afectados”, por supuesto, tienen que tratarse de progenitores no privados de la patria potestad. Del precepto, se deduce que no solo tienen derecho a ser informados, sino también a ser oídos, por encajar en la definición de “interesados”. Además, aquí volvemos a un gran debate sobre la no necesidad de prestar consentimiento del menos ni de los progenitores. Y es que, ninguno puede expresar su voluntad sobre la creación o no de la guarda con fines de adopción, pero, sin embargo, posteriormente sí pueden impedir la consecución del procedimiento de adopción¹¹⁰. Es decir, no les pide su aceptación para la guarda, pero si pueden manifestar su voluntad para bloquear el siguiente paso que sería la adopción.

De manera esquematizada podemos resumir lo anterior, en que la guarda preadoptiva se caracteriza por¹¹¹;

- Tras prestar su consentimiento, los futuros adoptantes deben tener la capacidad requerida y ser considerados idóneos para el menor designado.
- Se acordarán unas audiencias con los afectados y el menor, que presente suficiente madurez, y en todo caso, cuando sea mayor de doce años. Serán informados los tutores no privados de la patria potestad o tutela, tras lo cual, se emite una resolución administrativa motivada.
- Se suspenderán las visitas y las relaciones familiares con la familia biológica.
- La propuesta de adopción debe realizarse en un plazo no superior a tres meses, tras la declaración de la guarda.
- Si se considera por el Juez competente que esta adopción no es la más conveniente para el bienestar del menor, se modificará la medida de protección. Un ejemplo práctico de este supuesto lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo 5220/2015 de 2 de diciembre.

7.2.3 Consecuencias

¹¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, La historia ..., cit., pág. 340

¹¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, Curso de ..., cit.

La relación que nace por la guarda con fines de adopción no crea filiación entre ambas partes. Según el art.108 CC, la filiación solo puede producirse por naturaleza, o en su caso, por adopción. Pero en esta situación, no se ha consumado la adopción, no hay filiación ¹¹².

De tal modo, que todavía no se han desvinculado las relaciones jurídicas del menor con su familia biológica. Sin embargo, esto no quiere decir que el menor tenga que establecer visitas o relaciones con la familia de origen; para regularlo, el art. 176, suspende todo régimen de visitas, salvo que, por el interés superior del menor, se crea conveniente lo contrario.

Al contrario de lo que sucede en el acogimiento familiar, la Administración acordará la suspensión del régimen de visitas con la familia biológica del menor, en el momento en que se configura la guarda preadoptiva. Como se ha dicho anteriormente, esta suspensión no significa que se extingan las relaciones con la familia de origen, sino que pasan a permanecer bajo condición suspensiva. Se deduce que no es conveniente mantener este vínculo durante la vigencia de la guarda.

El art. 161.1 CC, aclara como la Entidad Pública competente encargada de asegurar la protección del menor dispondrá las visitas y comunicaciones respecto de los progenitores y demás parientes y allegados, con la competencia para contemplar la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor, notificado el MF ¹¹³. Aunque, en la exposición del art. 176 bis, no se profunde en el término “allegados”, sino “con la familia de origen”.

Los efectos configuran una “plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo” ¹¹⁴. Además, para facilitar a los guardadores su labor de guarda y la futura adopción, se les conceden los mismos derechos y obligaciones que a los propios acogedores familiares ¹¹⁵. Conforman un grupo de facultades, obligaciones generales, derechos y responsabilidades conforme a lo establecido en la

¹¹² MAYOR DEL HOYO, La adopción ..., cit., pág. 156

¹¹³ BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL., CALLEJO RODRÍGUEZ, CARMEN., La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, Wolters Kluwer España S.A., 2017, pág. 389-390

¹¹⁴ Código Civil, LIBRO I. DE LAS PERSONAS, Título VII: De las relaciones paterno – filiales, Capítulo V: De la adopción y otras formas de protección de menores, Sección I: De la guarda y acogimiento de menores, Artículo 173

¹¹⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, art. 176

legislación civil y en la normativa autonómica vigente, relacionadas con la atención del menor, considerando su edad, condiciones y necesidades.

En definitiva, a los guardadores se les otorga la guarda del menor, que se sitúa en el sentido personal de la patria potestad o tutela. Aquí se engloban las mencionadas obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, etc. Sin embargo, en el acogimiento permanente (art. 173 bis), el Código Civil les atribuye a las personas acogedoras la facultad, correspondiente a la tutela, de desempeñar sus responsabilidades. Lo cual, no ocurre en la guarda, al ser esta una situación temporal, que no se va a mantener de manera definitiva en el tiempo, constituyendo un paso, una etapa, en el complejo proceso de adopción. Aunque, la doctrina prevé ciertas circunstancias donde sería conveniente la ampliación de las funciones de los guardadores justamente para justificar la correcta consecución de la futura adopción ¹¹⁶.

En cuanto a los derechos de los guardadores ¹¹⁷:

a) Información y Documentación

Los acogedores familiares y aquellos interesados en serlo tienen derecho a recibir información clara, coherente, adecuada, homogénea, actualizada y preferiblemente por escrito sobre la naturaleza y consecuencias del acogimiento. Además, podrán recibir información introductoria y continua acerca del menor, su plan individual de intervención y las medidas, siempre que estas no afecten al derecho a la privacidad de terceros o a la protección de datos personales. Por otro lado, la Entidad Pública de Protección establecerá un protocolo para la entrega de información y documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor.

b) Derecho a Ser Escuchados

Los acogedores familiares tienen el derecho de ser escuchados por la Administración y que su opinión sea considerada en relación con el proceso del acogimiento y la evolución del menor. La Entidad Pública de Protección promoverá espacios de diálogo y escucha con los acogedores antes de tomar decisiones que afecten al menor, destacando aquellas referidas al régimen de visitas, contactos y relaciones con la familia de origen.

¹¹⁶ MAYOR DEL HOYO, M.V., Comentario del artículo 176 bis CC, 2016, pág. 932

¹¹⁷ Resolución de 17 de enero de 2017, de la presidenta del consejo de administración de la gerencia de servicios sociales de Castilla y León, por la que se aprueba y da publicidad al Estatuto de los acogedores familiares en Castilla y León, Capítulo III, Derechos y Responsabilidades de los Acogedores Familiares, Séptimo. - Derechos de los acogedores familiares.

c) Formación

Se promueve que los acogedores familiares reciban formación inicial obligatoria y actualización constante, con el objetivo de prepararlos adecuadamente para iniciar y desarrollar el proceso de acogimiento, considerando las necesidades de los menores protegidos y los desafíos que implica el papel de acogedor.

d) Gestión de Quejas y Sugerencias

Los acogedores tienen derecho a presentar quejas y sugerencias ante la Entidad Pública de Protección sobre cualquier aspecto. Además, tienen derecho a ser escuchados antes de que se resuelva la queja. Cualquier discrepancia entre los acogedores familiares y la Entidad Pública de Protección será abordada de manera objetiva para garantizar la mejor solución en interés del menor.

e) Auxilio de la Entidad Pública

Los acogedores familiares pueden solicitar el auxilio de la Entidad Pública de Protección en el ejercicio de sus funciones.

f) Actualización de Ofrecimiento

Los acogedores familiares y aquellos que deseen serlo pueden actualizar su ofrecimiento siempre que cambien sus circunstancias personales o familiares que fueron consideradas para determinar su idoneidad para el acogimiento. Esto deberá hacerse al menos cada dos años.

g) Cooperación con la Entidad Pública de Protección

Los acogedores pueden cooperar con la Entidad Pública de Protección en actividades de difusión, sensibilización y promoción del acogimiento familiar.

h) Compensación Económica

Los acogedores familiares pueden recibir una “compensación económica por los gastos de manutención del menor y otros gastos extraordinarios”, según lo estipulado en cada momento por la Entidad Pública de Protección.

i) Apoyo en el Ejercicio de la Guarda

Los acogedores familiares tienen derecho a disponer de apoyos y ayudas para el adecuado desarrollo del ejercicio de la guarda.

En cuanto a sus obligaciones ¹¹⁸:

a) Información.

Los acogedores familiares, y aquellos que se presenten dispuestos a acoger, deberán notificar a la Entidad Pública de Protección sobre cualquier indicio relevante en relación con el menor bajo su cuidado, así como sobre sus circunstancias personales que afecten a la labor de custodia y cualquier aspecto solicitado. Asimismo, colaborarán activamente con los profesionales encargados.

b) Relaciones del menor acogido con su entorno familiar.

Los acogedores aceptarán y facilitarán las relaciones establecidas por la Entidad Pública entre el menor y su familia de origen, contribuyendo a su desarrollo conforme a lo establecido.

c) Salida del menor del entorno del acogedor.

Cuando sea necesario, los acogedores familiares contribuirán a preparar el regreso del menor a su familia biológica, a implicarse en su integración en un entorno familiar adoptivo planificado, o a prepararlo para una vida independiente.

d) Integración plena del menor en la vida familiar de los acogedores.

Los acogedores deberán integrar al menor en su familia de manera natural, otorgándole derechos y responsabilidades equivalentes a los demás miembros.

e) Respeto y mantenimiento de la confidencialidad.

Los acogedores familiares deberán guardar la confidencialidad de la información a la que tengan acceso, sobre todo los datos personales y familiares del acogido.

f) Colaboración con la Entidad Pública de Protección.

Los acogedores familiares ayudarán a la Entidad Pública de Protección en el seguimiento y desarrollo de la intervención individualizada con el menor.

g) Ausencia de antecedentes penales.

Los acogedores familiares, así como cualquier otra persona que conviva con ellos deberán demostrar que no han sido condenados por delitos graves mediante una resolución judicial

¹¹⁸ Resolución de 17 de enero de 2017, de la presidenta del consejo de administración de la gerencia de servicios sociales de Castilla y León, por la que se aprueba y da publicidad al Estatuto de los acogedores familiares en Castilla y León, Capítulo III, Derechos y Responsabilidades de los Acogedores Familiares, Octavo- Deberes de los acogedores familiares.

firme, tales como homicidio, lesiones, delitos contra la libertad, la integridad moral, los derechos y deberes familiares, así como delitos sexuales o trata de seres humanos.

h) Relaciones con el entorno familiar del menor acogido.

Las relaciones de los acogedores familiares con la familia de origen o el entorno del menor serán establecidas según lo establezca la Entidad Pública de Protección, siempre que sea en el mejor interés del menor.

7.2.4. Cese

Según nuestro Código Civil, en su art. 176, la constitución de la adopción provocará la extinción de la guarda con fines de adopción.

Por medio del procedimiento oportuno, la Entidad pública competente dará paso a dicha guarda hasta la resolución que por decisión judicial conforma la adopción prevista. No obstante, se observa una visión negativa de este precepto, ya que, también cesará cuando el Juez no crea conveniente dar el paso a la adopción. Dicha posibilidad, se visibiliza en la práctica al ver como este procedimiento es un simple trámite, y lo realmente decisivo es la actuación final de juez, siempre en consideración de la máxima protección del menor. Además, es conveniente resaltar que el hecho de que anteriormente se haya constituido la guarda con fines de adopción, no vincula ni afecta a la decisión judicial. Así, el art. 177 CC, aclara que la situación será similar cuando la adopción no se cree por falta de cualquiera declaración de voluntad de los interesados ¹¹⁹.

Por otro lado, otra de las causas del cese de la guarda es el alcance de la mayoría de edad del menor acogido. Aunque, esto, no es obstáculo, para que, si el menor mantiene con los guardadores una estancia de convivencia inmediata tras, un mínimo de plazo de un año, se conforme una adopción.

Otra circunstancia, que puede originar el cese, es el fallecimiento del guardador preadoptivo. No obstante, se prevé en el art. 176.4 CC., en concordancia con el 176.2.2.3 CC., el supuesto de que el fallecido hubiese prestado anteriormente su voluntad ante el juez. Presente la guarda con fines de adopción, por más de un año, si el guardador difunto hubiese otorgado su consentimiento por medio de documento público o en testamento.

¹¹⁹ MAYOR DEL HOYO, La adopción ..., cit., pág. 158

Asimismo, recordar que, el legislador busca que el plazo máximo de vigencia de la guarda una vez conformada previa a la constitución de la adopción, no sobrepase el año. Por lo que, si transcurro el periodo de tiempo, la entidad pública no considera la propuesta de adopción, se concluye la guarda y se buscará la medida acorde en interés del menor.

8. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

Una vez que se ha dictado la sentencia de adopción, uno de sus efectos primordiales es la disolución de los lazos legales entre el adoptado y su familia biológica, de acuerdo con el artículo 178.1 del Código Civil. El adoptado se integra completamente en la familia adoptiva, normalmente perdiendo todo contacto con su familia de origen, lo que incluye la extinción de la patria potestad y cualquier derecho sucesorio que el adoptado pudiera tener sobre la herencia de sus progenitores, tal como se establece en el artículo 11.1 del Convenio Europeo sobre Adopción de Menores de 2008, ratificado por España en 2010 ¹²⁰.

El adoptado adquiere una posición jurídica similar a la de los hijos biológicos del adoptante, conforme al artículo 108 del Código Civil. Esto implica que, entre otros aspectos, el adoptado queda bajo la patria potestad del adoptante, tiene derechos sucesorios sobre la herencia de este último, adquiere la nacionalidad española por origen y obtiene la vecindad civil común o la que corresponda según las circunstancias. En el ordenamiento jurídico español no existe la figura de la adopción parcial; para situaciones similares se contempla el acogimiento.

Sin embargo, existen excepciones en las cuales se mantienen vínculos jurídicos con la familia biológica del adoptado ¹²¹:

- a) Cuando el adoptado es hijo del cónyuge o pareja del adoptante, fruto de una relación de afectividad equiparable a la conyugal, incluso en caso de fallecimiento del cónyuge o pareja.
- b) Cuando solo uno de los progenitores biológicos ha sido legalmente determinado, siempre y cuando el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo debe persistir hayan solicitado expresamente esta situación. Como consecuencia, una vez extinguidos los lazos entre el menor y su familia biológica, surgen vínculos en favor de la familia adoptiva, la cual adquiere la patria potestad sobre el menor.

¹²⁰ BERROCAL LANZAROT., CALLEJO RODRÍGUEZ., La protección jurídica ..., cit., pág. 686

¹²¹ SANCHEZ HERNÁNDEZ, El sistema de protección..., cit., pág. 233

Por último, recordar como el artículo 178.3 del Código Civil establece que lo dispuesto en los apartados anteriores no afecta a las prohibiciones matrimoniales, remitiendo específicamente a los artículos 47 y 48 del Código Civil. Según el artículo 47.1 y 2 del Código Civil, “*no pueden contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción ni los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado*”¹²², aunque el parentesco por adopción no está excluido en el caso de los colaterales.

8.1 Relación de filiación entre adoptado y adoptante

La adopción genera un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante con efectos análogos a los de la filiación biológica. Esta equivalencia se deriva del artículo 108 del Código Civil, el cual establece que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, tienen los mismos efectos, de acuerdo con las disposiciones de este Código”¹²³. Según esta disposición, como resultado de la adopción, la filiación es determinada por ambas líneas, y los progenitores determinarán el orden de transmisión de sus respectivos apellidos. En ausencia de acuerdo o registro de dicho orden, el Encargado del Registro Civil les otorgará un plazo de tres días. Transcurrido este plazo sin comunicación, el Encargado decidirá el orden considerando el interés del menor. En caso de adopción individual y no aplicación del artículo 178.2 del Código Civil, el progenitor único determinará el orden de los apellidos¹²⁴.

Además, la relación de filiación produce;

- Adquisición de nacionalidad y vecindad civil por el adoptado

La adopción conlleva la adquisición de la nacionalidad y la residencia legal del adoptante, según el artículo 14.2 del Código Civil. Si el adoptado es menor de dieciocho años, obtiene automáticamente la nacionalidad española de origen al ser adoptado, según el artículo 19.1 del mismo código. Si es mayor, puede obtener la nacionalidad dentro de los dos años siguientes a la adopción, según el artículo 19.2.

- Atribución de la patria potestad a los adoptantes

La adopción otorga a los adoptantes la patria potestad sobre el adoptado, excepto si este es mayor de edad o emancipado. Según el Código Civil, los hijos no emancipados están bajo la

¹²² Código Civil, TÍTULO IV, DEL MATRIMONIO, CAPÍTULO PRIMERO, DE LA PROMESA DE MATRIMONIO, art. 47

¹²³ Código Civil, art. 108

¹²⁴ MAYOR DEL HOYO, La adopción en el ..., cit., pág. 306

patria potestad de los progenitores, y los adoptados asumen los deberes de obedecer y respetar a sus padres, así como contribuir al sustento familiar.

- Parentesco

La adopción establece un vínculo de parentesco entre los adoptantes y el adoptado, así como entre el adoptado y la familia de los adoptantes, según lo establecido en el Código Civil. En consecuencia, la adopción confiere al adoptado todos los derechos y obligaciones de un hijo biológico del adoptante o adoptantes, según lo establecido en el Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 2008 ¹²⁵.

- Derecho de alimentos

Según la relación de parentesco, existe la exigencia de cumplir con la obligación de alimentos. El artículo 143 del Código Civil establece de manera general la obligación recíproca de alimentos entre "ascendientes y descendientes" y entre "hermanos", con ciertas limitaciones en cuanto a su alcance y contenido en el caso de los hermanos.

- Derechos sucesorios

El parentesco da lugar a derechos sucesorios del adoptado con respecto al adoptante y su familia, y viceversa.

- Legitimación y obligación de promoción de procedimientos

Los parientes adoptivos tienen la legitimidad, en calidad de descendientes, ascendientes o hermanos del "presunto incapaz" según la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para solicitar, de ser necesario, la modificación de su capacidad legal, en concordancia con el artículo 757.1 de la LEC de 2000. Además, según lo estipulado en el artículo 757.5 de esta misma ley, los descendientes o ascendientes adoptivos que reciban alimentos del presunto pródigo, o estén en posición de reclamarlos, están facultados para requerir su declaración de prodigalidad.

- El pariente adoptivo como tutor y defensor del desaparecido

Las disposiciones del Código Civil son relevantes para determinar la preferencia en la designación de tutor para los descendientes, ascendientes o hermanos adoptivos. Según el artículo 234 del Código Civil, se establece una preferencia en la selección del tutor. Además, el artículo 181 del mismo código regula la designación de un defensor para el desaparecido

¹²⁵ MAYOR DEL HOYO, La adopción en el ..., cit., pág. 308

en ausencia de cónyuge, y esta disposición se aplica también al pariente adoptivo más próximo, siempre que sea mayor de edad y esté dentro del cuarto grado de parentesco. En caso de ausencia de ascendientes adoptivos mayores de edad, se recurre al hermano adoptivo de mayor edad del desaparecido.

- Derecho de relación entre el adoptado y sus parientes

Quienes sean hermanos como consecuencia de una adopción y también los nietos y abuelos adoptivos tendrán el derecho a relacionarse que establece el art. 160.2 CC.

- Impedimentos matrimoniales

De acuerdo al artículo 47 del Código Civil, se prohíbe el matrimonio entre ciertos individuos. Esto incluye: los parientes en línea recta, ya sea por vínculo de consanguinidad o adopción, y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

- Prohibición de adoptar a parientes adoptivos

La legislación presenta discrepancias en el tratamiento de la adopción de parientes colaterales. Mientras que la prohibición de adoptar descendientes incluye a los adoptivos, la prohibición en la línea colateral se limita a parientes en segundo grado "por consanguinidad o afinidad"¹²⁶.

8.2 Función del Registro Civil

Según el artículo 44 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, los nacimientos se registran de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Código Civil. Este registro confirma el hecho, la fecha, la hora y el lugar del nacimiento, así como la identidad, el sexo y, si corresponde, la filiación del individuo registrado. En el contexto de la protección a la infancia, si una madre decide renunciar a su hijo al momento exacto del parto, no está obligada a gestionar la inscripción del nacimiento; esta responsabilidad recae en la Entidad Pública correspondiente. Por su parte, La Ley 19/2015, que modifica la Ley 20/2011, introduce la certificación médica electrónica para la inscripción.

Asimismo, un menor solo puede ser inscrito en el registro en condición de hijo tras la constitución de la adopción. Mientras dure el proceso de adopción, conserva sus nombres y apellidos, y la filiación de origen. Pero una vez, adoptado, se realiza la inscripción y se emite una nueva hoja de nacimiento. En el caso, de que el niño o niña sea de nacionalidad española,

¹²⁶ MAYOR DEL HOYO, La adopción ..., cit., pág. 315

estará inscrito en el Registro español. Para registrarlo, solo es necesario enviar una copia del fallo que la declara al Registro Civil donde esté inscrito el nacimiento del adoptado, para que se anote la adopción y los nuevos apellidos derivados de ella. Durante el proceso de inscripción, se asignan nuevos apellidos al menor, según prefiera la familia, y se modifican los nombres del padre y/o madre biológicos. Es posible solicitar que la nota marginal referente a la adopción no sea incluida ¹²⁷.

En el proceso de solicitud de adopción, tanto el padre como la madre adoptivos deben presentarse ante el Registro Civil. En el caso de adopciones nacionales, el proceso judicial se hace mientras el menor está en proceso de adaptación en la familia adoptiva. La Comunidad Autónoma correspondiente tiene el deber de preparar la demanda de adopción ante el juzgado. Además, la familia no participa directamente hasta que se les solicita comparecer ante el juzgado para confirmar su voluntad de continuar con la adopción del menor bajo acogimiento. Como es un proceso de jurisdicción voluntaria, no se requiere abogado ni procurador.

Si los progenitores de origen no han perdido la patria potestad por decisión judicial o, salvo que no están en condiciones de otorgar el consentimiento, deben prestar dicho consentimiento. Así, emitida la sentencia, la adopción es irrevocable y los nuevos padres adquieren los mismos derechos y responsabilidades que cualquier otro padre, sin distinción entre hijos biológicos y adoptivos.

Por otra parte, en los supuestos, donde, el adoptado tiene nacionalidad española, se debe registrar obligatoriamente en el Registro Civil español. Para hacerlo, solo se necesita enviar una copia del Auto judicial que establece la adopción al Registro Civil donde esté inscrito el nacimiento del adoptado. Así, se anotará la adopción junto con los apellidos derivados de ella.

Tras lo mencionado anteriormente, los adoptantes pueden solicitar lo siguiente:

1. Una certificación del Registro Civil que confirme la inscripción de nacimiento del adoptado, la cual incluirá la adición en el folio correspondiente de una nueva inscripción de nacimiento. Esta nueva inscripción contendrá exclusivamente los datos relacionados con el nacimiento y la identidad del adoptado, junto con los detalles personales de los padres adoptivos, haciendo mención al matrimonio de estos últimos.

¹²⁷ RUIZ-RICO RUIZ J.M.; MORENO TORRE HERRERA, M.L., Manual básico de Derecho Civil, Editorial Tecnos, 2016, pág. 46

2. En el caso de que el Registro Civil donde se haya registrado el nacimiento del adoptado difiera del lugar de residencia de los adoptantes, tienen la opción de solicitar el traslado de la inscripción principal de nacimiento y su anotación marginal de adopción. Este traslado implica el movimiento de la inscripción desde el Registro donde se encuentra actualmente hacia el del domicilio del nacido o de sus representantes legales. Asimismo, se llevará a cabo la inclusión en el folio correspondiente de una nueva inscripción de nacimiento, en la cual únicamente se registrarán los datos relativos al nacimiento y al adoptado, junto con los detalles personales de los padres adoptivos y la referencia al matrimonio.

8.3 La adopción abierta: El mantenimiento de algún tipo de relación con su familia de origen conforme al artículo 178.4 del Código Civil

La excepción a la regla general de la completa ruptura de los lazos familiares del adoptado con su familia de origen se materializa en la adopción abierta. Más allá de ser una nueva forma de adopción, el art. 178.4 del Código Civil representa un avance considerable al reconocer el derecho de los menores adoptados a mantener algún tipo de relación con sus hermanos u otros parientes consanguíneos¹²⁸. Esta medida, respaldada por la importancia y continuidad de la relación, siempre salvaguarda el interés superior de los menores.

La denominada adopción abierta se concibe como una modalidad ordinaria de adopción en términos de su establecimiento, naturaleza jurisdiccional y consecuencias legales. Se define como aquella en la que, aunque se extinguen los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, se permite que el adoptado mantenga algún tipo de relación o contacto con miembros de su familia biológica mediante visitas o comunicaciones¹²⁹. Este tipo de adopción tiene como objetivo principal preservar las relaciones entre hermanos biológicos, especialmente cuando se encuentran separados. Es relevante señalar de antemano que las adopciones de este tipo no representan una novedad legislativa en sí misma, dado que ya se habían contemplado de alguna manera en regulaciones autonómicas previas. Estas regulaciones tenían como objetivo primordial favorecer las relaciones personales entre el menor adoptado y sus hermanos biológicos, asumiendo que estas son intrínsecamente beneficiosas para su desarrollo emocional y afectivo durante su minoría de edad.

¹²⁸ SABATER BAYLE, ELSA., La adopción abierta en el derecho español, Actualidad civil Iberoamericana, IDIBE, nº4, 2016, pág. 78

¹²⁹ HERAS HERNANDEZ, MARÍA DEL MAR., La adopción abierta a propósito del artículo 178.4 del Código Civil, Bosch Editor, 2020, pág. 74-5

Sin embargo, este derecho no es absoluto, sino que su ejercicio está supeditado a su propio interés. La voluntad de mantener la relación con la familia de origen está condicionada a su beneficio, en consonancia con los derechos fundamentales de todos los implicados en la adopción. Por lo tanto, el contacto con la familia biológica debe promover el desarrollo afectivo, emocional y educativo del adoptado, garantizando su plena realización personal y libertad para relacionarse. Además, el ejercicio de este derecho se regula judicialmente para asegurar su protección integral. Por otro lado, en cuanto al mantenimiento de relaciones entre hermanos consanguíneos, se prioriza el derecho de la persona adoptada a mantenerlos, salvo en casos excepcionales donde pueda causar perjuicio. El reconocimiento legal de este derecho sugiere posibles reclamaciones judiciales futuras ante las Entidades Públicas competentes en protección de menores, en caso de privación injustificada del contacto con sus hermanos biológicos.

Es importante destacar que la adopción abierta no es necesariamente una medida que se adopte después de agotar otras opciones de protección, sino que puede ser considerada desde el principio si se determina que es de interés para el adoptado. Sin embargo, definir con precisión qué constituye una adopción abierta puede resultar desafiante debido a las diversas variantes que pueden surgir en diferentes casos. Los objetivos de la adopción abierta incluyen situar el interés del adoptado en el centro de la protección proporcionada, evitar relaciones o contactos que no beneficien al adoptado y garantizar que el ejercicio del derecho del adoptado a una vida familiar plena sea efectivo.

Por otro lado, esta modalidad de adopción refleja el principio de preservación de las relaciones del menor con su familia de origen, siempre que sea en su beneficio, según la modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Este principio, que impregna todo el sistema de protección de menores, se concreta en diversas disposiciones del Código Civil, como el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores y el reconocimiento de visitas y contactos con parientes consanguíneos y allegados. La competencia para ordenar estas visitas se atribuye a la Entidad Pública competente, asegurando así la preservación de las relaciones familiares en casos de desamparo¹³⁰.

Así, la relación acordada se caracteriza por lo siguiente;

¹³⁰ HERAS HERNANDEZ., La adopción abierta ..., cit., pág. 71

- **Carácter consensual:** adopta un enfoque colaborativo y consensuado para proteger a los menores. La relación debe tener garantías legales sólidas, considerando la voluntad de todas las partes involucradas; la ley requiere el consentimiento de la familia adoptiva, pero no considera necesario el consentimiento de la familia biológica¹³¹.
- **Se acuerda judicialmente:** bajo supervisión administrativa y control judicial. Esto refleja la importancia de la autoridad judicial en asegurar que la adopción permita al adoptado mantener vínculos significativos con sus progenitores biológicos, mientras los adoptantes aceptan esta condición.
- **Visión personalizada:** considerando las circunstancias específicas del adoptado. Esto abarca su edad, situación familiar y personal, estado de salud, así como sus intenciones y limitaciones en cuanto a las relaciones que esté dispuesto a mantener.
- **En cuanto a parientes consanguíneos con los que hubiese convivido familiarmente:** el contacto se limita a aquellos que sean determinados en el plan de relación o contacto una vez que se haya establecido una relación afectiva consolidada y estable con el adoptado, antes de la adopción, y siempre que se demuestre que su conservación y activación sean determinantes para el bienestar emocional y adaptativo del adoptado¹³².
- **A propuesta de la Entidad pública:** la propuesta puede surgir de la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal, pero la decisión final corresponde al juez competente¹³³. Se detallan los requisitos mínimos para una propuesta de relación abierta de adopción, como la idoneidad de los adoptantes y un plan específico de relación entre el adoptado y su familia biológica.
- **Contenido flexible:** es adaptable a las necesidades del adoptado, permitiendo algún tipo de vínculo con la familia biológica. Este plan puede incluir visitas o comunicaciones, y su naturaleza y condiciones deben ajustarse a la evolución del adoptado.
- **Tasada temporalmente:** es esencialmente revisable, pero esto no resta importancia a la vocación de permanencia y estabilidad, especialmente cuando se trata de garantizar el interés del menor adoptado y su derecho a una vida familiar plena junto a sus hermanos biológicos o parientes consanguíneos.

¹³¹ LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN., Comentario al artículo 178 del Código Civil, Las modificaciones al Código Civil del año 2015, director Rodrigo Bercoviz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 688

¹³² DE TORRES PEREA, MANUEL., Problemas actuales relacionados con la adopción, Revista de Derecho de Familia, n° 72, 2016, pág. 62

¹³³ MAYOR DEL HOYO, La adopción ..., cit., pág. 349

Por otro lado, en cuanto a los fundamentos que justifican su incorporación¹³⁴;

1. Conservar y promover las relaciones entre hermanos consanguíneos: se enfatiza en mantener unidos a los hermanos, tanto en casos de acogimiento como en adopciones, siempre que sea en el interés del menor. Se flexibilizan ciertos requisitos legales para favorecer la adopción de grupos de hermanos por los mismos adoptantes. Es fundamental evitar la separación completa de los hermanos, ya que puede causar daños emocionales significativos.

2. Satisfacer las necesidades afectivas del menor: el propósito de promover su adecuado desarrollo personal, su libertad y su equilibrio emocional. Es esencial garantizar que el niño adoptado no vea completamente interrumpidas las relaciones cercanas y significativas que mantenía previamente, ya que su derecho a disfrutar de una vida familiar plena implica mantener estas conexiones con su familia biológica como parte integral de su bienestar emocional.

3. Mayor flexibilidad y transparencia: minimizando así el impacto emocional en los adoptados. En cuanto a la transparencia, se destaca que el modelo de adopción predominante en Europa ha sido marcado por un alto grado de secretismo, ocultando la condición de adoptado a los niños durante su infancia. Esta falta de transparencia generaba un fuerte impacto emocional en los adoptados, quienes necesitaban conocer su identidad para comprender su historia y establecer relaciones significativas en el futuro¹³⁵.

4. Poner en valor la voluntad de los afectados: en relación con la adopción colaborativa, resaltando la importancia de la necesidad de mantener abierta la posibilidad de contacto entre este y sus progenitores biológicos, lo cual puede facilitar su aceptación y reducir sentimientos de culpa¹³⁶.

5. Mayor aceptación de la adopción: posibilita que los padres y tutores acepten mejor la adopción del menor, pues el sentimiento de pérdida respecto del menor se convierte en una sensación de haber obrado bien cuando se les permite mantener un tipo de contacto.

¹³⁴ HERAS HERNANDEZ., La adopción abierta ..., cit., pág. 93-106

¹³⁵ FERNANDEZ ECHEGARAY, LAURA, La adopción abierta en el ordenamiento jurídico español: artículo 178.4 del Código Civil, Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 986

¹³⁶ SABATER BAYLE, ELSA., La adopción abierta ..., cit., pág. 70

6. Preservar la memoria familiar del menor y su derecho a la identidad personal y familiar: permite conocer y relacionarse con aquel entorno familia del que son parte, y con quienes comparten y recuerdan experiencias vividas. Esta información debe suministrarse atendiendo a la edad, las necesidades y la capacidad del menor.

8.3.1 Criterios

El artículo 178.4 del Código Civil establece que la adopción abierta puede ser considerada judicialmente según el interés específico del menor, su situación familiar, edad u otras circunstancias relevantes evaluadas por la entidad pública. Esta evaluación es crucial para proponer este tipo de adopción y determinar cualquier forma de relación mantenida a través de un plan de contactos personalizado, adaptado a las necesidades individuales y familiares de cada adoptado. El objetivo es proporcionar soluciones de protección personalizadas que satisfagan el interés específico de cada adoptado, otorgando a los jueces la discreción y libertad necesarias para organizar la relación, comunicación o contacto de manera efectiva

¹³⁷.

Aunque la normativa menciona dos criterios particularmente relevantes, la edad del adoptado y su entorno familiar, también deja espacio para considerar cualquier otra circunstancia que contribuya al interés del menor. En primer lugar, la edad y nivel de madurez del menor adoptado son aspectos cruciales que se consideran al evaluar la pertinencia de otorgar la adopción a través de un proceso judicial. Este enfoque se centra en niños, jóvenes y adolescentes que han establecido vínculos afectivos duraderos y sólidos antes de la adopción, con el objetivo principal de preservar dichos lazos. También se valora la capacidad del menor para expresar su deseo de mantener relaciones con ciertas personas, con el propósito de minimizar cualquier posible impacto emocional en su desarrollo personal, tal como lo establece el Artículo 3.d) de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). El tiempo que el menor ha pasado con su familia biológica y las relaciones afectivas desarrolladas durante su infancia son elementos esenciales para determinar la necesidad de mantener algún tipo de vínculo con ciertos miembros familiares, con el fin de evitar riesgos para su desarrollo emocional y afectivo.

En segundo lugar, respecto a la situación familiar específica del adoptado, es crucial considerar el contexto en el que se encuentra el menor, como si forma parte de un grupo de

¹³⁷ HERAS HERNANDEZ., La adopción abierta ..., cit., pág. 123-126

hermanos para los cuales es prácticamente imposible una adopción conjunta. También se debe examinar su entorno familiar y social, determinando si existen personas cuya presencia es vital para su bienestar personal y familiar, ya sea parientes consanguíneos cercanos o personas con las que ha convivido, como cuidadores temporales o aquellos que han asumido roles de cuidado inmediatamente antes de la adopción.

Por último, la referencia a las diversas circunstancias adicionales que deben ser consideradas con atención, amplía considerablemente el margen de evaluación judicial. Entre las circunstancias a ponderar se incluyen: la voluntad autónoma del menor para mantener el vínculo, su grado de aceptación de las particularidades de su situación personal y familiar, la calidad de la relación que ha tenido y mantiene con la persona con quien se busca establecerla, así como su personalidad, necesidades afectivas y estado de salud. También se deben considerar factores como la proximidad geográfica o lejanía del adoptado respecto a ciertos familiares, y la posible presencia de discapacidades físicas o mentales.

El juicio sobre todas estas peculiaridades para determinar la conveniencia de este tipo de adopción debe quedar registrado en los informes psicosociales emitidos por los equipos técnicos pertinentes. Este análisis debe contribuir a tomar una decisión informada sobre la opción de la adopción abierta, y sus conclusiones deben integrarse en la propuesta presentada.

8.3.2 Sujetos

El acuerdo judicial para una adopción abierta implica la convergencia de voluntades para asegurar el bienestar del adoptado. Esto implica no solo un compromiso legal, sino también una colaboración esencial entre todas las partes involucradas, basada en propuestas presentadas por la entidad pública o el Ministerio Fiscal. Este compromiso se espera que dure al menos hasta que el menor adoptado alcance la mayoría de edad.

1. El adoptado

El artículo 177 del Código Civil establece un requisito esencial para la validez de una adopción: el consentimiento del adoptando mayor de 12 años. Este consentimiento se rige como condición *sine qua non* para que el juez pueda efectuar la adopción de manera válida ¹³⁸; pero, aunque el adoptando no haya alcanzado la edad de 12 años, se requerirá su

¹³⁸ MAYOR DEL HOYO., La adopción..., cit., pág. 202

consentimiento si demuestra la suficiente madurez para entender y decidir, siempre que ello sea en su propio beneficio. En el transcurso del proceso de adopción, el juez tiene la facultad de ordenar todas las diligencias necesarias para garantizar la protección de los derechos del menor, además, la oposición manifestada por el menor con la suficiente madurez puede referirse tanto a la persona como al tipo de relación propuesta. Es crucial respetar la voluntad del menor en estas circunstancias, ya que imponer una relación podría constituir una violación de su libertad personal.

El consentimiento del menor se considera un elemento esencial en estos casos de adopción, y cualquier intento de forzarlo sería una violación de sus derechos fundamentales. Para que el consentimiento sea válido en relación al mantenimiento de relaciones con determinados familiares, estos deben haber sido informados adecuadamente, adaptando la información a su edad y grado de madurez, y teniendo en cuenta sus necesidades, deseos y preferencias específicos ¹³⁹.

En resumen, el consentimiento del adoptado se erige como un elemento esencial e irremplazable en los procesos de adopción. Por lo tanto, cualquier manifestación de oposición por parte del adoptado debe ser considerada con seriedad y debe bloquear la propuesta de la entidad pública correspondiente, evitando así cualquier vulneración de su derecho a la libertad personal. Además, se debe contemplar la posibilidad de revisar y terminar la relación propuesta incluso después de formalizada la adopción. De tal modo, es responsabilidad del sistema judicial adoptar medidas que se adapten a las preferencias manifestadas por el adoptado, en consonancia con los principios establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y otras normativas aplicables.

Además, destacar que, en casos donde el adoptado presente alguna discapacidad psíquica que afecte su capacidad para consentir, el proceso de adopción debe garantizar el respeto de sus derechos en igualdad de condiciones. En estos casos, el juez deberá conceder un trámite de audiencia al adoptado, incluso si este tiene menos de trece años o carece de la madurez suficiente para consentir. Este derecho a ser escuchado es fundamental y debe ser asegurado sin discriminación alguna, en conformidad con los principios fundamentales de justicia y equidad.

2. Los adoptantes

¹³⁹ HERAS HERNANDEZ., La adopción abierta..., cit., pág.136

La aceptación y adecuación de los adoptantes a este tipo de adopciones son aspectos cruciales. Es imperativo que el consentimiento de los adoptantes sea obtenido de manera libre y consciente; forzar un plan de contacto sin su aprobación sería impropio. Se debe tener en cuenta que el contacto propuesto podría influir significativamente en la crianza de los hijos adoptivos, generando inquietudes sobre posibles manipulaciones emocionales por parte de la familia biológica¹⁴⁰. Por lo tanto, es esencial que los adoptantes consientan tanto el tipo como los detalles del contacto propuesto, ya sea con progenitores, hermanos u otros familiares, garantizando así un consentimiento informado y voluntario. Asimismo, al igual que en otras adopciones, se requiere que los adoptantes sean idóneos, demostrando habilidades para establecer relaciones estables y seguras, así como comprensión hacia las necesidades individuales del menor. Estos se les proponen este tipo de adopciones en función de su capacidad, aptitud y motivación para hacer frente a los antecedentes familiares del adoptado y cumplir con el plan de contacto propuesto.

En relación con la predisposición previa de los adoptantes para consentir este tipo de adopciones, es crucial que en la declaración de idoneidad se especifique si están dispuestos a mantener contacto con miembros de la familia de origen del menor. Esta disposición no implica simplemente tolerar el contacto, sino también promoverlo activamente, lo cual puede incluir mantener un mínimo contacto, incluso indirecto, con la familia de origen.

Por otra parte, la negativa desde un principio de los futuros adoptantes a acogerse a esta modalidad de adopción de ninguna manera puede condicionar la emisión de la declaración de idoneidad para adoptar por parte de la Entidad Pública, ni influir negativamente en una posterior adopción ordinaria¹⁴¹. Por ello, si el interés concreto de un menor aconseja que se acuerde judicialmente una adopción de relación con la familia de origen, los adoptantes que hubiesen firmado una declaración desfavorable a este tipo de adopciones no podrán ser seleccionados como adoptantes.

3. La familia de origen

Esta relación no puede mantenerse indiscriminadamente con cualquier pariente consanguíneo, ni tampoco con la misma intensidad o frecuencia que antes cuando el menor formaba parte de su familia de origen.

¹⁴⁰ HERAS HERNANDEZ., La adopción abierta..., cit., pág.155

¹⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ., La historia interminable ... cit., pág. 346

- Los hermanos: la convivencia familiar entre los hermanos beneficia su desarrollo personal, social y educativo. Dada la especial conexión que comparten, la adopción abierta busca privilegiar las relaciones entre los hermanos biológicos (tanto a los hermanos de sangre completa como a los medio hermanos), considerados como referentes familiares insustituibles con quienes el menor adoptado puede mantener una relación personal a lo largo de su vida, compartiendo valores, experiencias, recuerdos y emociones pasadas y futuras, siendo una presencia constante en sus vidas. Cuando no puedan mantenerse unidos, se reconoce su derecho a relacionarse entre sí.

- Los progenitores: estos no adquieren ningún derecho o deber en relación con el menor, dado que la patria potestad ha sido definitivamente extinguida. No se establece una especie de co-titularidad entre los progenitores y los adoptantes. Sin embargo, la relación o contacto del adoptado con alguno de los progenitores siempre debe analizarse en función del interés superior del menor.

- Los abuelos y otros allegados: no hay impedimento para que, en el momento de formalizar la adopción, se pacte judicialmente mantener algún vínculo con otros parientes consanguíneos, como tíos o abuelos, siempre que exista una relación afectiva sólida, estable, significativa y beneficiosa para el adoptado. La relación entre abuelos y nietos se considera privilegiada y enriquecedora, a menos que se demuestre lo contrario. Los abuelos desempeñan un papel fundamental en la familia, siendo la memoria de la misma y un puente entre generaciones. Por otro lado, se considera allegado a cualquier persona fuera del círculo familiar original del adoptado con la que haya desarrollado una relación afectiva significativa previa a la adopción, basada en la convivencia familiar derivada de una relación de pseudo-parentalidad ¹⁴².

8.3.3 Contenido y alcance

La determinación del tipo de relación que puede ser establecido judicialmente no sigue un modelo predefinido, sino que se ajusta según las necesidades específicas de la persona adoptada y las expectativas de la relación con quienes se establece. Se toma en consideración la edad y las circunstancias particulares del adoptado, tanto personales como familiares, para

¹⁴² IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL., Concepto de allegados y el interés superior del menor, Revista crítica de derecho inmobiliario, n°751, pág. 2877

diseñar un plan adaptado a su situación. El objetivo principal es preservar ciertos lazos afectivos, por lo que la selección de las personas con las que se mantiene la relación es crucial.

Para determinar el tipo de relación y su intensidad, se debe analizar el propósito específico de los miembros de la familia biológica con los que podría establecerse la relación. En muchos casos, especialmente cuando se trata de progenitores, estos expresan su deseo de conocer la situación del menor o mantener algún tipo de contacto de manera ocasional, reservando principalmente el régimen de visitas¹⁴³ para los hermanos. De tal modo, cuando se trata de hermanos, es vital establecer relaciones personales directas mediante un régimen de visitas regular, el cual debe ser determinado judicialmente y adaptarse a la edad del menor adoptado y a las circunstancias particulares de su familia. Esto garantiza que el derecho del menor adoptado a mantener vínculos con sus hermanos biológicos tenga un contenido real. Las visitas se llevarán a cabo en lugares determinados judicialmente, como en puntos de encuentro o en espacios supervisados para garantizar un desarrollo adecuado. Durante estas visitas supervisadas, se elaboran informes que son útiles para evaluar su progreso y determinar si es necesario modificarlas o sustituirlas por otros tipos de contacto.

Otro tipo de relación, es el protocolo de comunicaciones o de simples interacciones. Mientras la comunicación directa se establece cuando el menor inicia el contacto de manera esporádica o mediante un calendario previamente acordado con fechas específicas; por su parte, las interacciones indirectas ocurren cuando se realizan a través de la intermediación de la Entidad Pública o de los padres adoptivos, quienes pueden transmitir información relevante sobre la vida del menor adoptado sin vulnerar su intimidad¹⁴⁴.

Es fundamental que todas estas formas de relación, ya sean personales o no, cuenten con el consentimiento, el conocimiento y la aprobación de los adoptantes. Sin embargo, es importante tener en cuenta que puede resultar más complicado mantener el contacto o la comunicación entre los adoptantes y los progenitores o ciertos parientes consanguíneos del menor adoptado. Además, dado que este tipo de adopciones se orienta hacia jóvenes o adolescentes capaces de establecer y mantener relaciones personales con sus familiares de origen de manera autónoma, la colaboración de los adoptantes es fundamental.

8.4 Derecho del adoptado a conocer sus orígenes

¹⁴³ SANCHEZ HÉRNANDEZ., El sistema de protección ..., cit., pág. 237

¹⁴⁴ HERAS HERNANDEZ., La adopción abierta ..., cit., pág. 195-196

La Ley de Protección a la Infancia y la Adolescencia (LPIA) ha sido concebida para fortalecer el ejercicio del derecho a conocer nuestros orígenes. Esto complementa la normativa previamente establecida en la ley de adopción nacional, que había sido objeto de críticas y debates por su incapacidad para proporcionar un marco legal adecuado para este derecho. Se buscaba abordar esta delicada cuestión con mayor amplitud y precisión ¹⁴⁵.

El reconocimiento del derecho se produjo mediante la disposición final primera, apartado 4, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Esta modificación lo acogió en el artículo 180 del Código Civil, en su apartado 5. Según esta disposición, las personas adoptadas pueden ejercer este derecho una vez que son mayores de edad o mientras se encuentran en la minoría de edad, por medio de sus progenitores.

No obstante, a diferencia del artículo 12 de la Ley de Adopción Internacional, en esta disposición no se introdujo la obligación de las Entidades Públicas de continuar con la información sobre los orígenes del menor, como la identidad de sus padres y la historia médica. Esta deficiencia fue señalada por la Comisión especial del Senado en 2010, encargada de estudiar la problemática de la adopción nacional. Asimismo, se incluyó la modificación de la legislación vigente para incorporar el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos, siguiendo la línea del art. 12 LPIA ¹⁴⁶.

En este sentido, según la doctrina, el artículo 180.5 del Código Civil no aborda adecuadamente situaciones en las cuales no se encuentran registrados en el Sistema de Información de Adopciones los datos mínimos suficientes que podrían ayudar a la persona adoptada a conocer sobre sus orígenes. La razón, es que la mayoría de las veces esta información se encuentra en manos de instituciones tanto públicas como privadas que, en muchos casos, no facilitan su entrega debido a su carácter confidencial. Estas instituciones argumentan su negativa en el imperativo de salvaguardar la intimidad y el deber de mantener el secreto, así como en la obligación de mantener reserva en los debidos procedimientos para la adopción.

De tal modo, si alguien adoptado desea descubrir sus orígenes, inicialmente se dirigirá al Registro Civil. Sin embargo, si no localiza la información necesaria sobre sus padres biológicos allí, puede buscar en la Administración u otras entidades públicas o privadas que puedan tener acceso a esos datos, como por ejemplo el hospital donde nació, archivos

¹⁴⁵ BERROCAL LANZAROT, CALLEJO RODRÍGUEZ, *La protección jurídica ...*, cit., pág. 407

¹⁴⁶ Recomendación 29 del Informe de la Comisión especial de estudio de la problemática de adopción nacional y otros temas afines del Senado, BOCG, número 545, pág. 51

parroquiales, etc. En caso de que estas entidades o personas se nieguen a proporcionar la información, será necesario recurrir a la vía judicial para lograr una orden que permita el nombrado acceso ¹⁴⁷.

Tras la reforma del año 2015, sobre el art. 180 del Código Civil, introducida por la Ley de Protección a la Infancia y la Adolescencia, ha trasladado el apartado 5 al primer párrafo del apartado 6, con dos modificaciones. Por lo que, la nueva redacción amplía el alcance de las "Entidades Públicas", que ahora deben proporcionar asesoramiento y ayuda especializados a las personas que lo piden. Además, se establece que, durante la minoría de edad, este derecho puede ser ejercido por medio de sus representantes legales, que incluyen no únicamente a los nuevos padres que adoptan como se mencionaba anteriormente, sino que incluye a sus tutores en caso de fallecimiento o a un defensor judicial ad hoc ¹⁴⁸.

En 2015, en el nuevo apartado 5 del artículo 180 del CC, se establece el deber de las Entidades Públicas de garantizar la conservación de los datos relacionados con los orígenes del menor. Dicha conservación debe mantenerse durante al menos cincuenta años después de que la adopción se haya vuelto definitiva ¹⁴⁹, conforme al plazo establecido en el artículo 22.5 del Convenio Europeo de Adopción. Es importante señalar que esta información no puede ser utilizada por el adoptado para emprender una acción de reclamación de filiación basada en su derecho a la verdad biológica ¹⁵⁰. En cuanto al "dies a quo" para el inicio del cómputo del plazo de cincuenta años, es relevante destacar que no se cuenta desde la constitución de la adopción, sino desde que esta se haya vuelto firme. La adopción se considera definitiva cuando los padres biológicos ya no pueden pedir su extinción, lo cual ocurre dos años después de su constitución.

Incluso, se incorpora la obligación tanto para entidades públicas como privadas de coordinarse con las Entidades Públicas o el Ministerio Fiscal, proporcionándoles los informes y antecedentes pertinentes sobre su familia de origen cuando sean solicitados. Esta disposición tiene como objetivo excluir la negativa por parte de instituciones y hospitales a proporcionar la información ¹⁵¹.

¹⁴⁷ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., El derecho del adoptado a conocer sus orígenes, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, número 17, 2008, pág. 2

¹⁴⁸ BERROCAL LANZAROT, CALLEJO RODRÍGUEZ, La protección jurídica ..., cit., pág. 409-410

¹⁴⁹ MAYOR DEL HOYO., La adopción ..., cit., pág. 366

¹⁵⁰ UREÑA MARTÍNEZ, M., Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, CESCO, 2015, NÚMERO 15, pág. 148

¹⁵¹ LÓPEZ MAZA., Comentario al artículo ... cit., pág. 696

Desde otra perspectiva, el Informe del Consejo General del Poder Judicial lamentó la ausencia de regulación en los apartados 5 y 6 del artículo 180, en lo referente a la colisión entre el derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes y el derecho de la madre biológica a mantener el anonimato. Asimismo, el Tribunal Supremo ¹⁵², declaró como inconstitucional el artículo 47.1 de la Ley de Registro Civil, el cual dejaba a la madre renunciar a su maternidad. Esto se consideró contrario al principio de libre investigación de la paternidad establecido en el artículo 39.2 de la Constitución Española, dando prioridad al interés del hijo en conocer su origen. En contraste, el Tribunal Constitucional ¹⁵³, rechazó la inconstitucionalidad en el marco de las técnicas de reproducción asistida, argumentando que el anonimato del progenitor biológico, donante de semen, no vulneraba la Constitución y prevalecía sobre el derecho del hijo a conocer su identidad biológica.

En este conflicto, se abordan dos tipos de intereses privados que con dificultades pueden ser conciliables. Este problema fue abordado argumentando que, ante el conflicto de intereses entre el derecho de la persona adoptada a conocer sus orígenes y el de la madre biológica a mantener su intimidad ¹⁵⁴, se ven afectados los derechos fundamentales de los involucrados. Estos derechos incluyen el derecho a la salud, así como la dignidad y la igualdad de los hijos, invocados por el hijo, y el derecho de la madre biológica a proteger su privacidad. Por lo tanto, es el orden jurisdiccional civil, el competente, para determinar cuándo y en qué circunstancias se debe autorizar el acceso a estos datos.

En lo que se refiere a la Ley de Adopción Internacional y su relación con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) en España. La Ley de Adopción Internacional reconoce el derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes, según lo establecido en el artículo 12. Sin embargo, el tratamiento y la cesión de la información derivada se rige por la LOPD, según lo indicado en el artículo 13.1 de la Ley de Adopción Internacional. Además, La Agencia Española de Protección de Datos interpreta que el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes implica una cesión de datos personales referidos a los progenitores biológicos. Esta cesión de datos está sujeta al régimen general de comunicación de datos personales establecido en el artículo 11 de la LOPD. Este artículo establece que la comunicación de datos solo puede llevarse a cabo para cumplir fines relacionados con las facultades legítimas del que cede los datos y del

¹⁵² STS del 21 de septiembre de 1999

¹⁵³ STC 116/1999 del 17 de junio

¹⁵⁴ Sentencia 1215/2010 del 14 de junio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias

receptor, siempre que se tenga el consentimiento del interesado. Contemplando que, este consentimiento debe ser otorgado antes de la cesión y debe estar suficientemente notificado sobre la finalidad de los datos y el tipo de actividad a la que se destinarán.

En este contexto, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos implica la cesión de información privada personal de sus progenitores, sujetos diferentes al adoptante que pide estos datos. Sin embargo, el apartado 2 del artículo 11 de la LOPD contempla algunas excepciones a la necesidad de obtener el consentimiento del afectado. Destaca el supuesto, dónde, la mencionada cesión de datos puede estar autorizada por ley; la ley permite específicamente la cesión de información sobre los padres biológicos del adoptado en cumplimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, sin necesidad de obtener el consentimiento directo de los padres biológicos ¹⁵⁵.

Por el contrario, la aprobación legal para el tratamiento o la divulgación de datos personales no puede asumirse automáticamente como compatible con el derecho fundamental a la protección de datos, a menos que esta excepción asegure la observancia de los demás principios establecidos en la LOPD. Según este artículo, los datos personales solo pueden ser recopilados y tratados si son adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines específicos, explícitos y legítimos para los que se hayan obtenido. En cuanto al derecho de los adoptados a conocer sus orígenes, esto implica que la divulgación de datos debe limitarse a aquellos necesarios para que la Entidad Pública de protección de menores cumpla con sus funciones, y que los datos sean utilizados exclusivamente para los fines que motivaron su recopilación. Es relevante destacar que, según el artículo 180.6.1 del Código Civil, al solicitar información, los adoptados no necesitan el consentimiento de los afectados, solo se les debe notificar.

8.5 Irrevocabilidad y extinción

La adopción, en virtud del artículo 180.1 del Código Civil, se considera un acto irrevocable, lo que constituye uno de los pilares fundamentales que sustentan esta institución. Esta característica es crucial para garantizar la estabilidad y protección del adoptado, principalmente menores, al establecer una relación de filiación equiparable a la biológica y facilitar su integración en el seno familiar. El mencionado artículo 180 del Código Civil actual, tiene su origen en la Ley 21/1987, la cual buscaba fortalecer la institución de la adopción.

¹⁵⁵ BERROCAL LANZAROT., CALLEJO RODRÍGUEZ., La protección jurídica ..., cit., pág. 414

Aunque la irrevocabilidad no era novedosa en ese momento, esta ley buscó reforzarla aún más.

Históricamente, la irrevocabilidad de la adopción se había establecido en la legislación previa, como en la Ley de 24 de abril de 1958, la Ley de 4 de julio de 1970 y, además, en la Ley de 13 de mayo de 1981. Sin embargo, estas leyes permitían solicitar judicialmente la extinción de la adopción en ciertos casos, como cuando el adoptado alcanzaba la mayoría de edad o cuando había motivos graves que afectaban al cuidado del menor. La Ley de 1987 redujo los casos en los que se podía solicitar judicialmente la extinción de la adopción, eliminando la posibilidad de solicitud por parte del adoptado y del Ministerio Fiscal. Se mantuvo únicamente la posibilidad de solicitud por parte de los padres, pero esta quedó sujeta a un mayor grado de discreción judicial ¹⁵⁶.

Aunque el término "irrevocabilidad" se sigue utilizando, técnicamente es inexacto, dado que la adopción se constituye mediante resolución judicial y no es un negocio jurídico. Sin embargo, se sigue utilizando esta terminología para expresar la inamovilidad de la adopción una vez constituida. La inamovilidad en su sentido más amplio implica que un cambio en la voluntad de quien dio su consentimiento no afecta la validez de la resolución judicial, y el juez no puede revocarla debido a un cambio de opinión.

En el marco del Código Civil, la autoridad judicial tiene competencia para determinar la extinción de una adopción, siendo esta una decisión sujeta a la solicitud de uno de los progenitores del adoptado. Esta petición puede ser formulada en casos donde se evidencie que la adopción se materializó sin el consentimiento de ambos padres, conforme a lo establecido en el artículo 150 del mismo código, que, anteriormente, hacía referencia exclusivamente al padre, pero que ahora abarca a ambos progenitores. El propósito subyacente es salvaguardar el derecho de los progenitores a participar en el proceso de adopción.

La intervención de los progenitores en el expediente de adopción puede adoptar dos modalidades: a través del consentimiento o mediante una audiencia, dependiendo de si el adoptado se encuentra emancipado o no, siempre y cuando los progenitores no se hallen privados de la patria potestad. Para solicitar la extinción de la adopción, los progenitores deben interponer la demanda dentro de los dos años siguientes a la adopción, y esta solicitud no debe implicar un perjuicio grave para el menor. Es imperativo recalcar que ambos

¹⁵⁶ MAYOR DEL HOYO., La adopción en el ..., cit., pág. 375

requisitos deben ser cumplidos; de lo contrario, la solicitud no procederá. Además, se requiere que el perjuicio sea significativo y que se derive directamente de la extinción.

En virtud de la Ley de Protección de la Infancia y la Adolescencia, se ha añadido un segundo párrafo al artículo mencionado. En el caso de que el adoptado sea mayor de edad, se exigirá su consentimiento expreso para la extinción de la adopción. Esta modificación fue introducida mediante una enmienda parlamentaria y resulta llamativo que se requiera el consentimiento a los 18 años, en contraposición con los 12 años necesarios para la adopción. Asimismo, es importante destacar que el adoptado no posee legitimidad para solicitar la extinción; no obstante, una vez que los progenitores la soliciten, su consentimiento también será necesario para que esta sea válida ¹⁵⁷.

Por otro lado, el artículo 180 del Código Civil establece que, aun en caso de extinción de la adopción, el adoptado no perderá su nacionalidad ni su vecindad civil, y los actos patrimoniales previamente realizados no se verán afectados. Sin embargo, la extinción implicará la restitución de los lazos jurídicos del adoptado con su familia biológica, aunque los efectos personales de la adopción, como la emancipación o la incapacitación, seguirán vigentes.

El proceso de impugnación de una adopción, conforme al artículo 40.1 de la Ley 15/2015, se llevará a cabo mediante los trámites correspondientes al juicio según lo estipulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y sus decisiones se remitirán al Registro Civil para su registro.

Por su parte, la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) hace referencia a los artículos 748 a 755 y 779 de la LEC para este proceso. La solicitud de extinción seguirá los trámites del juicio verbal, según lo establecido en el artículo 753.1 de la LEC. Además, durante este procedimiento, el juez tomará las medidas de protección necesarias sobre la persona y los bienes del adoptado menor o persona con capacidad modificada judicialmente, incluso de oficio y tras haber escuchado al Ministerio Fiscal, como se indica en el artículo 40.2 de la Ley 15/2015 y el artículo derogado 1832.II de la LEC 1881. Anteriormente, el artículo derogado 1832.1 de la LEC 1881 establecía que dichas actuaciones judiciales se llevarían a cabo mediante los trámites del juicio declarativo ordinario correspondiente.

Por otro lado, el artículo 180.4 del Código Civil establece que la determinación de la filiación natural del adoptado no afectará a la adopción. Es decir, si después de la adopción se

¹⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO., *Las modificaciones al ...*, cit., págs. 694

establece la filiación biológica del adoptado, ello no afectará a la validez de la adopción. Esta disposición podría haber tenido más sentido en el artículo 178 del Código Civil, donde se regula el mantenimiento o no de los vínculos jurídicos y afectivos del adoptado con su familia biológica. La determinación de la filiación biológica posterior a la adopción no restablecerá ningún vínculo entre ambas partes. Sin embargo, si esta determinación se realiza antes de que la resolución judicial sea firme, el progenitor tendría la legitimación para impugnar la adopción alegando la necesidad de su consentimiento. Además, esta disposición podría interpretarse en el sentido de que, si después de la adopción se determina que el adoptante es el progenitor biológico del adoptado, esto no afectará a la adopción dada la equiparación entre la filiación adoptiva y la filiación natural según el artículo 108 del Código Civil.

9. CONCLUSIONES

PRIMERA

Después del análisis llevado a cabo en este trabajo de investigación, podemos afirmar cómo la figura del menor y su interés superior, sirven como brújula para comprender la dirección hacia la cual se orienta la protección de los derechos de los menores en todos los instrumentos legales.

SEGUNDA

En este sentido, se ha evidenciado como la familia desempeña un papel crucial como base natural del sistema de protección de menores, siendo un agente esencial en el fomento del desarrollo cognitivo, emocional y social de los niños.

TERCERA

Con relación a la situación de desamparo, hemos podido observar como el menor queda desprovisto de la asistencia moral o material necesaria debido al incumplimiento, imposibilidad o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por la ley para su cuidado. Problema que no resulta fácil de abordar, buscando su reintegración en la familia biológica o, si eso no es posible, en otro entorno familiar a través del acogimiento.

CUARTA

Es fundamental destacar que el enfoque principal no debe estar en la búsqueda del "mejor hogar disponible" como si fuera una subasta, donde las familias compiten ofreciendo los mejores servicios materiales y afectivos. Más bien, la intervención, debe ser proporcional y justificada dónde se priorice mantener al menor dentro de su familia biológica, donde naturalmente se desarrollarán los lazos afectivos más profundos.

QUINTA

La transición de los menores desde situaciones de desamparo hasta la adopción debe gestionarse de manera cuidadosa y humana. Por ello, siendo el punto central del trabajo, recalcar el cambio experimentado en la Ley 26/2015, con respecto a la creación de la guarda con fines de adopción. Esta normativa permite una convivencia previa con la familia adoptiva, facilitando un proceso de adaptación que beneficia al menor y promueve su estabilidad emocional, proporcionándole un entorno familiar de asistencia y amparo donde desarrollar su personalidad. Funciona como una fase preliminar respecto de la adopción prevista, entendiendo que se beneficia al menor adelantando el comienzo de la futura convivencia.

SEXTA

La importancia de la guarda, no solo recae en la evaluación de compatibilidad sobre la formación de un vínculo adecuado y positivo entre ellos, sino la posibilidad de una adaptación mutua ayudando a ambos a conocer y entender sus nuevas dinámicas familiares. Además, al requerir un periodo de guarda, se evitan decisiones precipitadas que podrían no ser en el mejor interés del niño o de la familia adoptiva. Esto asegura que la decisión de adopción sea bien pensada y meditada. Por lo que, una vez cumplido el período de guarda, el juez inicia el proceso de adopción que provocará su extinción.

SÉPTIMA

Por último, remarco como el eje principal del trabajo respecto de la protección, radica siempre en el interés superior del menor, el cual nos expresa que los mismos gozan de una

protección especial para que puedan desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y niño. De tal modo, cuando exista conflicto entre los derechos e interés de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

10. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

Legislación Europea

- El Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos y las Libertades Fundamentales, también llamado, Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de diciembre de 1950
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1950, publicado en España en el BOE, nº 243, de 10 de octubre de 1979
- La Carta Europea de Derechos del niño de 1992
- La Carta de Derechos Fundamentales de la UE proclamada en 2000
- Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008

Legislación Nacional

- Ley 1/ 1995 de 27 de enero, De protección del Menor. BOE de 20 de abril de 1995
- 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
- Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor
- Ley de Adopción Internacional y su relación con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)
- Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil

- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

Bibliografía

- **AMORÓS y PALACIOS, P. y J.**, Acogimiento familiar, Alianza, 2004, pág. 66
- **BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.**, El derecho del adoptado a conocer sus orígenes, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, número 17, 2008, pág. 2
- **BENAVENTE MOREDA, P.**, Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia, en Derecho Privado y Constitución, nº23, 2009
- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO.**, Las modificaciones al código civil del año 2015, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 402 - 670
- **BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL., CALLEJO RODRÍGUEZ, CARMEN.**, La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, Wolters Kluwer España S.A., 2017, pág. 389-686
- **CAMPS MIRABET.N.**: “El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el Derecho interno”, en Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia, PADIAL ALBÁS. A.Mª. /TOLDRÁ ROCA, Mª. D., 2007, págs. 23-24
- **CARRASCO PERERA, A.**, Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan, Aja, nº 807, 2010
- **CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN.**, La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores: especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, Actualidad Civil, Numero 15, 2007, pág. 1739
- **CRESPO MORA, CARMEN., MARTÍN SALAMANCA, SARA., SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ.**, Manual de Derecho Civil, Wolters Kluwer, 2021, pág. 335

- **DE PALMA DEL TESO, A.**, El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores., Anuario Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de MADRID, N° 15, 2011
- **DE TORRES PEREA, MANUEL.**, Problemas actuales relacionados con la adopción, Revista de Derecho de Familia, n° 72, 2016, pág. 62
- **DÍEZ GARCÍA, H.**, La protección de menores en el conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales, Derecho Privado y Constitución, n° 24, 2010, págs. 197-289
- **DÍEZ-PICAZO, L.**, Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad, ADC, pág. 15
- **ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO., VAQUER ALOY, ANTONI.**, Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, 1999, pág. 98-133
- **FERNANDÉZ ECHEGARAY, LAURA.**, La adopción abierta en el ordenamiento jurídico español: artículo 178.4 del Código Civil, Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 986
- **GUILARTE MARTÍN- CALERO, CRISTINA.**, La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 125-126
- **GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.**, La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido, en Derecho Privado y Constitución, n°18, 2004
- **GUERRO TOMÁS, E./ SERRANO MOLIA, A./ GARABANDAL, M.**, La situación de riesgo, en Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial, 2007, pág. 53
- **HERAS HERNANDÉZ, MARÍA DEL MAR.**, El acogimiento convencional de menores, Montecorvo S.A., 2002, pág. 68 - 237
- **HERAS HERNANDÉZ, MARÍA DEL MAR.**, La adopción abierta a propósito del artículo 178.4 del Código Civil, Bosch Editor, 2020, pág. 71 - 155

- **HERRÁN A./ GARCÍA BAARIO-CANAL, C./ IMAÑA MARTINÉZ, A.**, Valoración del acogimiento residencial en centros de protección de menores: las viviendas de los jóvenes y sus familias, *Tendencias Pedagógicas*, nº 13, 2008, págs. 193-210
- **IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL.**, Concepto de allegados y el interés superior del menor, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº751, pág. 2877
- **IGLESIA MONJE, M^o. I.**, Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica, *R.C.D.I.*, 2010, nº 717, págs. 297-312
- **LÓPEZ AZCONA, A.**, Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 26/2015, de modificaciones del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXX, nº 2185, enero 2016, pág. 27
- **LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN.**, Comentario al artículo 178 del Código Civil, Las modificaciones al Código Civil del año 2015, director Rodrigo Bercoviz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 688
- **LÓPEZ ROMERO, PEDRO MANUEL.**, Interés superior del menor y custodia: Análisis jurisprudencial, *Economist and Jurist*, Volumen 19, Número 151, 2011, pág. 36
- **LÓPEZ SÁNCHEZ, C.**, La responsabilidad civil del menor, *Dykinson*, 2001, pág. 352
- **MARTÍNEZ CALVO, JAVIER.**, La guarda y custodia, Editorial Tirant lo Blanch, 2019, pág. 275- 316
- **MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ.**, La historia interminable: una nueva reforma de la adopción, pág. 339-340
- **MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS; PEDRO DE PABLO CONTRERAS; MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ.**, “Curso de derecho Civil (IV), Derecho de Familia, COLEX, 4ª Edición 2013, pág. 469
- **MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., DE PABLO CONTRERAS, PEDRO., PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL.**, Curso de derecho civil IV, “Derecho de familia”, Edisofer S.L., 2021
- **MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JORGE.**, ¿Qué valor tiene la opinión de nuestros hijos para decidir sobre su custodia? ¿Puede un juez resolver de forma diferente a lo que quiere un menor?, 2022, 7 de octubre

- **MAYOR DEL HOYO, M.V.**, Comentario del artículo 176 bis CC, 2016, pág. 932
- **MAYOR DEL HOYO, MARÍA VICTORIA.**, La adopción en el derecho común español, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 147- 375
- **MORENO FLÓREZ, ROSA M^a.**, Acogimiento Familiar, Dykinson, 2012, pág. 44
- **MORENO QUESADA, Bernardo y SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier.**, Curso de derecho civil. IV. Derechos de familia y sucesiones (9^a ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 324
- **NOGALES NAHARRO, M. D. L. Á.**, El interés superior del menor de edad como principio rector de la actuación de los poderes públicos en situación de riesgo, Dykinson, 2023, Recuperado de <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/ereader/uva/229960?page=122>.
- **OCÓN DOMINGO, J.**, Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España, Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, n° 45, 2013, pág. 13
- **PARRA-RAMAJO, B.**, Estudio sobre los factores de cambio en grupos socioeducativos de familias de acogida extensa, Portuaria, Vol. XII, n° Extra 2012, págs. 131-139
- **ROCHA ESPÍNDOLA, M.**, La familia, comunidad de personas e interés familiar, 2014, pág. 42
- **ROSEER, A. M^a.**, Evolución de los acogimientos familiares. Propuesta de actuaciones para la prevención de sus dificultades, Anales de Psicología, Vol. 27, n°3, 2011, págs. 729 – 738
- **RUIZ-RICO RUIZ J.M.; MORENO TORRE HERRERA, M.L.**, Manual básico de Derecho Civil, Editorial Tecnos, 2016, pág. 46
- **SABATER BAYLE, ELSA.**, La adopción abierta en el derecho español, Actualidad civil Iberoamericana, IDIBE, n°4, 2016, pág. 78
- **SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER.**, Curso de derecho Civil IV, Derecho de familia y sucesiones, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 318
- **SÁNCHEZ HERNANDÉZ, CARMEN.**, El sistema de protección a la infancia y la adolescencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 35-171- 193- 237

- **SERRANO GARCÍA, JOSÉ ANTONIO.**, La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida, Numero 18, 2012, pág. 34
- **TEJEDOR HUERTA, Asunción.**, El síndrome de alienación parental: Una forma de maltrato, EOS, 2006, pág. 32
- **TEJEDOR MUÑOZ, L.**, La guarda, acogimiento y desamparo de menores, en Protección Jurídica del Menor, POUS de la FLOR, M^a. P., Coord., 2016
- **TEJEDOR MUÑOZ, L.**, Indemnización de los daños morales por ruptura de la relación paterno-filial cuando los progenitores son privados indebidamente de la compañía y relación de sus hijos por la Administración, R.C.D.I., 2011, págs. 584-607
- **UREÑA MARTÍNEZ, M.**, Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, CESCO, 2015, NÚMERO 15, pág. 148
- **VALLÉS AMORES, M.L.**, La administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad, Dykinson, 2007, pág. 1258
- **ZARRALUQUI SÁNCHEZ, EZNARRIAGA.**, El menor en las crisis matrimoniales de sus padres, en: La protección del Menor en las Rupturas de pareja, dir. García Garnica, María de Carmen, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág. 55 ZARRALUQUI SÁNCHEZ, EZNARRIAGA., “Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados” Bosh, 2013, pág. 93

Otras fuentes

- “Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor, Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, Impresión: Editorial MIC, Madrid, mayo 2014, <http://www.defensordelpueblo.es>
- Real Academia Española. (s. f.). Biblioteca digital. En Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado 11 de agosto de 2020, de <https://dpej.rae.es/lema/bibliotecadigital>.
- Recomendación 29 del Informe de la Comisión especial de estudio de la problemática de adopción nacional y otros temas afines del Senado, BOCG, número 545, pág. 51

Sentencias

- Auto de la AP de Barcelona 324/2002 de 15 de febrero (JUR 2002/135781)
- SAP de Valencia 1034/2005 de 1 de marzo
- SAP 42/2005, Castellón de la Plana/Castelló de la Plana, de 2 de marzo, N° de Resolución: 42/2005
- SAP de Alicante 2020/2008 de 15 de abril
- SAP 276/ 2010 de 19 de mayo de Pontevedra, N° de Recurso: 307/2010
- SAP 395/2011, 18 de julio, Barcelona, N° de Resolución: 477/2011
- Sentencia 1215/2010 del 14 de junio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias
- Sentencia del TSJ de Aragón 1004/2013 de 16 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo 116/1999 del 17 de junio
- Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999 de 21 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo 653/2004 de 12 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo 605/2011 de 21 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo 84/2011. Sala de lo Civil, N° de Recurso: 1186/2008
- Sentencia del Tribunal Supremo 3158/2015 de 10 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo 5220/2015 de 2 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo 519/2017, de 22 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo 206/2018, de 11 de abril
- Sentencia de 11 de octubre de 2016 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España) (Demanda nº 23298/12)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2023, de 20 de febrero

