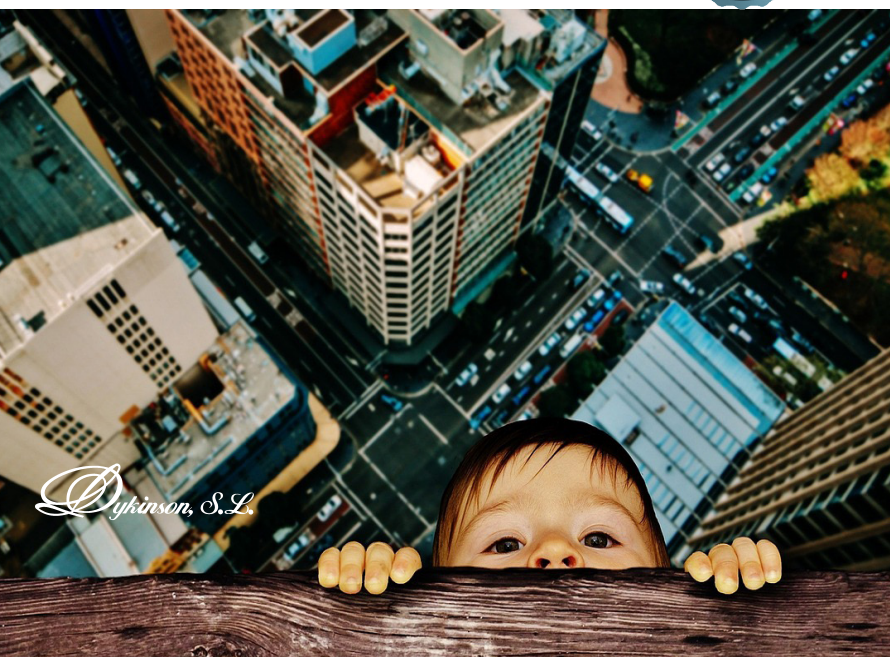


EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN SITUACIÓN DE RIESGO

MARCO LEGAL

María de los Ángeles Nogales Naharro



Dykinson, S.L.

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD
COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN
DE LOS PODERES PÚBLICOS EN SITUACIÓN DE RIESGO**

MARCO LEGAL

María de los Ángeles Nogales Naharro

Universidad Católica “Santa Teresa de Jesús” de Ávila

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD
COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN
DE LOS PODERES PÚBLICOS EN SITUACIÓN DE RIESGO**

MARCO LEGAL

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© María de los Ángeles Nogales Naharro
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1122-978-4

Depósito Legal: M-4957-2023

ISBN electrónico: 978-84-1170-055-9

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	11
II. LA PROTECCIÓN DEL MENOR. MARCO LEGAL	15
1. Introducción	15
2. La Convención de los Derechos del Niño de 1989	18
2.1. Breve recorrido histórico en la protección del menor	18
1. <i>El niño como objeto de la ley</i>	<i>20</i>
2. <i>El niño como sujeto jurídico.....</i>	<i>22</i>
2.2. La Convención de 1989	26
2.3. Principio del interés superior del menor	29
2.4. Situaciones de desprotección del menor. Especial referencia a la situación de riesgo.	30
2.4.1. <i>Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños que figuran en el anexo de la Resolución 64/142, de 18 de diciembre de 2009</i>	<i>34</i>
2.4.2. <i>La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 2019 (A/C.3/74/L.21/Rev.1) sobre Promoción y Protección de los Derechos de la Infancia</i>	<i>36</i>

Índice

2.4.3.	<i>Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño a los niños privados de un entorno familiar o en riesgo de estarlo.....</i>	37
2.4.4.	<i>Observaciones finales del Comité a España relativas al entorno familiar y a los cuidados alternativos (1994-2002-2010-2018).....</i>	40
3.	Legislación nacional aplicable	43
3.1.	Principio del interés superior del menor	46
3.2.	El primer principio rector en materia de protección del menor tras la Reforma del 2015	47
3.2.1.	<i>El interés del menor como derecho sustantivo. (Art. 2.1 LOPJM tras la Reforma 2015).....</i>	48
3.2.2.	<i>Criterios de interpretación y aplicación del interés del menor. Son los enumerados (numerus apertus) en art. 2.2 LOPJM, tras la Reforma del 2015 que incluimos como nota a pie de página.....</i>	49
3.2.3.	<i>El interés del menor como norma de procedimiento</i>	51
3.2.4.	<i>El Derecho a ser oído y escuchado.....</i>	52
3.2.5.	<i>Conclusión.....</i>	53
3.3.	Situación de desprotección social del menor	55
3.3.1.	<i>Actuación de los poderes públicos.....</i>	55
3.3.2.	<i>Situación de riesgo: prevención, detección y reparación.....</i>	58
3.3.3.	<i>Declaración de desamparo</i>	69
3.3.4.	<i>Breve referencia a las instituciones de guarda o tutela del menor. El acogimiento</i>	82

Índice

3.3.5. <i>Prevención de las situaciones de desprotección social del menor. Derecho a crecer en familia</i>	103
Breve apunte a la prevención terciaria y al cuidado alternativo	118
III. CONCLUSIONES	121
1. En relación al Principio del interés superior del menor	121
2. En relación a situaciones de riesgo del menor de edad.....	123
3. En relación al Derecho a crecer en familia.....	125
IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico español los que primariamente son encargados de velar por los intereses del menor de edad son los padres y con carácter secundario y subsidiario, pues no pueden permanecer indiferentes ante situaciones de desprotección, los poderes públicos, que deben intervenir en el interés superior del menor, adoptando las medidas que considere oportunas para que cese dicha situación de desprotección y garantizar al menor el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad.

«Esta actuación subsidiaria y excepcional de los poderes públicos es la que centra el presente estudio. En concreto, se aborda el análisis del sistema de protección jurídica del menor que se encuentra en situación de riesgo, incidiendo especialmente en el primero y más importante de los principios que han de regir la actuación de los poderes públicos en la protección de la infancia y de la adolescencia: la prevalencia del interés superior del menor.»¹

La reforma de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha venido a regular de forma pormenorizada las situaciones de riesgo y desamparo en nuestra legislación nacional, y supone un avance ya que:

¹ Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. Estudio doctrinal». En *Boletín del Ministerio de Justicia*. Año: LXXIII. Núm. 2.221. Julio 2019. p. 35. Disponible en: www.mjusticia.es/bmj

« [...] la finalidad preventiva del nuevo sistema de protección a la infancia y la adolescencia conlleva que los poderes públicos deban dar prioridad a las actuaciones preventivas, de detección y reparación de las situaciones de desprotección del menor. Por tanto, la intervención de la Administración pública irá encaminada, en primer lugar, a paliar las circunstancias familiares adversas que han colocado al menor en situación de riesgo pero sin separarlo de su entorno familiar.»²

No obstante lo dicho, a la luz de las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños en 2010, la Resolución anual sobre Promoción y Protección de los Derechos de la Infancia cuyo objeto, al igual que el de las Directrices, son los niños y niñas sin cuidado parental o en riesgo de perderlo, diciembre 2019 y de las Observaciones Generales y Finales, especialmente el Informe final 2018 del Comité de los Derechos del Niño dirigidas a España relativas al entorno familiar y a los cuidados alternativos, se aprecia que nuestra legislación y las medidas de protección a la infancia «continúan ancladas en una inercia asistencial que hace necesaria la transformación progresiva de nuestro sistema de protección hacia una plena integración del enfoque de derechos del niño.»³

Como señala Martínez García, C.⁴:

« [...] será preciso asumir los estándares internacionales marcados en las Directrices y en la Resolución, tanto a nivel normativo como institucional, profesional y social, priorizando la prevención de la separación y el fortalecimiento de las familias biológicas para dar cumplimiento a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño.»

² Ob. cit., p. 35.

³ Martínez García, C.: *Informe. El Derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España*. Madrid. Aldeas Infantiles SOS de España. 2020. Disponible en: <https://cms.aldeasinfantiles.es/uploads/2020/07/Informe-el-derecho-a-crecer-en-familia.pdf>.

⁴ Martínez García, C.: *Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit.*, p. 4.

Dada la amplitud del tema que nos ocupa, el presente estudio se limitará a exponer el marco legal que regula el interés superior del menor de edad en situación de riesgo como principio rector de la actuación de los poderes públicos en España,⁵ dejando el análisis de la situación de desamparo del menor para un ulterior estudio.

⁵ Recomendamos para un estudio completo el Informe de Martínez García, C.: *El Derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España*. Madrid. Aldeas Infantiles SOS de España. 2020.

II. LA PROTECCIÓN DEL MENOR. MARCO LEGAL

En el presente epígrafe vamos a exponer los siguientes apartados:

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho reconoce la importancia de la institución de la familia, regulando alguno de sus aspectos a través del “Derecho de Familia”, (Derecho Civil). La familia es el medio idóneo para la formación y el desarrollo integral del niño. Las instituciones jurídicas no pueden permanecer indiferentes ante situaciones de desamparo para los menores, ya sean estas meramente transitorias o permanentes.

La propia Constitución Española, en su artículo 12, es quien determina que *«los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»*. Igualmente dice el artículo 315 del Código Civil que la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Hasta dicha edad, en principio y salvo excepciones, una persona es menor. Entre las excepciones está la emancipación.

La Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en su artículo 1 señala: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

La protección del menor es objeto de regulación legal tanto a nivel internacional⁶, donde es de destacar la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁷ ratificada por España el 30 de noviembre de

⁶ A nivel internacional, también podemos mencionar en relación con la protección del menor: «la Resolución A 3-0172/92, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño; la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. Dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el de 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000». Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. Estudio doctrinal». En Boletín del Ministerio de Justicia. Año: LXXIII. Núm. 2.221. Julio 2019. p. 9. Nota a pie de página nº 9.

Cabe destacar en la materia que nos ocupa: La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 2019 (A/C.3/74/L.21/Rev.1) sobre Promoción y protección de los derechos de la Infancia. La resolución 64/142, de 18 de diciembre de 2009, en cuyo anexo figuran las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños. Y las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España Aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 77º período de sesiones (14 de enero a 2 de febrero de 2018).

⁷ ONU: Convención de los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

1990 y sus Protocolos facultativos,⁸ como a nivel nacional⁹ donde la mayoría de las Comunidades Autónomas han asumido competencias en la materia al amparo de la competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección jurídica de menores que le confiere el artículo 148.1.20 CE y resultan de aplicación las disposiciones autonómicas correspondientes.¹⁰

⁸ «Para contribuir a eliminar los abusos y la explotación cada vez mayores de los niños y niñas en todo el mundo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 2000 dos Protocolos facultativos de la Convención que refuerzan la protección de la infancia contra su participación en los conflictos armados y la explotación sexual: el Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados establece los 18 años como la edad mínima para el reclutamiento obligatorio y exige a los Estados que hagan todo lo posible para evitar que individuos menores de 18 años participen directamente en las hostilidades y el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía llama especialmente la atención hacia la criminalización de estas graves violaciones de los derechos de la infancia y hace hincapié en la importancia que tiene fomentar una mayor concienciación pública y cooperación internacional en las actividades para combatirlas.» Disponible en: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html [Fecha de consulta: 18/Diciembre/2020].

En el año 2011, La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. «Reconociendo que el respeto del interés superior del niño deberá ser una consideración fundamental cuando se ejerzan recursos para reparar la violación de sus derechos, así como la necesidad de procedimientos adaptados al niño en todas las instancias [...] a fin de reforzar y complementar esos mecanismos nacionales y de mejorar la aplicación de la Convención y, cuando sea el caso, de sus Protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y a la participación de niños en los conflictos armados, se faculta al Comité de los Derechos del Niño para que desempeñe las funciones previstas en el presente Protocolo».

Los tres protocolos facultativos han sido ratificados por España.

⁹ A nivel nacional que podemos considerar básicas en esta materia; 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 Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹⁰ Dicha legislación autonómica podemos concretarla en: «Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de la Junta de Andalucía; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (modificada por la Ley 5/2016, de 2 de junio, de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y 11/2005, de

2. LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989

En este epígrafe vamos a desarrollar:

2.1. Breve recorrido histórico en la protección del menor

En el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, encontramos mencionados unos hitos previos que culminaron en la Convención.

« [...] la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el

28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón); Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de infancia y la adolescencia de las Illes Balears; Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la Comunidad autónoma de Canarias; Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y a la adolescencia; Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha; Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña y los artículos 228-1 a 228-9 del Código Civil catalán; Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia de Valencia; Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de la Junta de Extremadura; Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, los artículos 12 a 25 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia y la Ley Foral 19/2015, de 10 de abril, de derogación de la Ley Foral 3/2014, de 14 de marzo, de modificación de la Ley Foral 13/2013, de 20 de marzo, de modificación de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, y Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco». Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR... ob. cit., p. 11. Nota a pie de página nº 15. Disponible en: www.mjusticia.es/bmj

20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.»

Por su parte, el profesor Riondino, M.,¹¹ al considerar la legislación internacional existente y anterior en la evolución de la protección jurídica y promoción de la niñez y sus derechos, divide el siglo XX en tres periodos fundamentales.

El «descubrimiento» de los derechos del niño. Esta primera etapa comenzaría:

« [...] con el inicio de la Tercera Conferencia de La Haya, el 18 de junio de 1900, que culminó en 1902 con la adopción del primer acuerdo internacional sobre protección de la infancia. Este período inicial se extiende hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. El mayor aporte a los derechos de la niñez durante este tiempo resultó de las actividades implementadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establecida en 1919.»¹²

En este primer período se considera al niño como «un sujeto débil que necesita protección del Estado, la fa-

¹¹ Riondino, M., «Protection of children's rights in the international community and in the catholic church: a comparative analysis». En *Revista Española de Derecho Canónico*. REDC 77 (2020) 987-1046, ISSN: 0034-9372. Disponible en: <https://summa.upsa.es › high › attachment=Revista+Traducción propia>.

¹² Ob. cit., p. 994. «Desde su fundación por la Sociedad de Naciones, esta primera organización internacional se ha centrado en el problema del trabajo infantil. en relación con la protección de los menores contra la explotación y el abuso. Un claro ejemplo de este compromiso se encuentra en el Convenio núm. 5, abierto a la ratificación por los Estados en 1919, que fijó 14 años como edad mínima para el empleo en el trabajo industrial. En 1937, con la aplicación del Convenio núm. 59, la edad mínima se fijó finalmente en 15 años.» p. 994.

En esta materia véase Akhtar, RC., Nyamutata, C., y Faulkner, E., *International Child Law*, 4th ed., Londres: Routledge, 2020 pp. 275-304. Disponible en: <https://www.routledge.com › book>

milia y las instituciones públicas» y, destaca como fuente de derecho en este primer período la Declaración de Ginebra de 1924.¹³

1. *El niño como objeto de la ley*¹⁴

Este periodo comprenderá casi cuarenta años, comenzando tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y concluyendo antes de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

En esta segunda fase encontramos la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 1959,¹⁵ que continuaría en relación con la anterior Declaración de 1924,

¹³ «Este breve documento internacional, constituido por solo cinco puntos, llama especialmente la atención sobre las necesidades materiales de los niños, especialmente en términos de las obligaciones que los adultos, la familia y la sociedad tienen hacia el niño.» [...]. Sin embargo, el artículo 1 de los Declaración de Ginebra, establece que: «El niño debe disponer de los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritualmente». Como comenta este autor, «Por primera vez en un documento internacional que se centra en la protección y, en un sentido más amplio, la promoción de la infancia, podemos encontrar una dimensión espiritual considerada fundamental para un desarrollo armónico y holístico de la personalidad. El principal defecto de la Declaración de Ginebra, que no es vinculante para los Estados, fue su perspectiva predominantemente paternalista. Esto contrasta con la idea de que el niño tiene legítimamente derecho a derechos específicos e independientes, correlacionados con su condición de sujeto en crecimiento. Se puede deducir que la principal intención de la Declaración es señalar las obligaciones de los adultos hacia los niños, una noble intención, sobre todo si tenemos en cuenta la época en que se redactó y aprobó esta fuente de derecho internacional.» Ob. cit., p. 994.

Para el estudio de la Declaración de Ginebra de 1924 puede verse, DROUX, J., «L'internationalisation de la protection de l'enfance: acteurs, concurrence et projets transnationaux (1900-1925)». En: *Critique Internationale*, 52, 2011, 17-33. Disponible en: <https://www.cairn.info/journal-crit>.

¹⁴ Ob. cit., pp. 995-997.

¹⁵ La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 incluía 10 principios, si bien a no ser obligatorios no protegía con eficacia jurídica los Derechos de los menores.

La Asamblea General proclama esta Declaración a fin de que «los niños puedan tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la Sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian». Insta a los padres, a los hombres y mujeres, a organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos a que reconozcan esos derechos y luchen por su obser-

«la conceptualización del niño como objeto de derecho y

vancia con medidas, entre ellas legislativas, de forma progresiva y conforme a unos principios:

— «Los Derechos de esta Declaración se reconocerán a todos los niños sin distinción ni discriminación de ninguna clase [...]» (raza, sexo, religión, ideología, nacimiento, posición económica...).

— El niño gozará de protección especial [...] para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, y en condiciones de libertad y dignidad. Se promulgarán leyes con este fin atendiendo al interés superior del niño.

— El niño tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.

— El niño debe gozar de los beneficios de la Seguridad Social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, para ello se le deben proporcionar a él y a su madre cuidados especiales, prenatales y postnatales. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

— «El niño física o mentalmente impedido, o con algún impedimento social, debe recibir el tratamiento, educación y cuidados especiales por su situación».

— «El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tienen la obligación de cuidar especialmente de los niños sin familia o con inadecuados medios de subsistencia. Se deben conceder subsidios para el mantenimiento de hijos de familias numerosas.»

— El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria, al menos en las etapas elementales. Deberá favorecer su cultura, y en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollará su sentido de la responsabilidad moral y social, para llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño será el principio rector.

— El niño, en todas las circunstancias, será de los primeros en recibir protección y socorro.

— El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No se le deberá permitir trabajar antes de una edad mínima adecuada, ni hacerlo en un empleo que pueda perjudicar su salud, su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

— El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar cualquier tipo de discriminación (racial, religiosa...). Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad, paz y fraternidad universal y con conciencia de ayuda a sus semejantes.

Para profundizar en esta materia puede verse: Levesque, JRJ., «Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*» en *Fordham International Law Journal*, Vol. 19-2, 1995, 28. Disponible en:

<https://ir.lawnet.fordham.edu>

no simplemente como sujeto jurídico, y el hecho de que ambos son actos internacionales, no vinculantes para los Estados signatarios. (No obstante) Para tener una adecuada teorización jurídica del niño como sujeto jurídico, debemos esperar hasta la promulgación de la CDN.»¹⁶

Otro hito importante de este período será la OIT cuando en 1973 aprueba el Convenio núm. 138 sobre la edad mínima.¹⁷

2. *El niño como sujeto jurídico*¹⁸

Este tercer período del recorrido histórico de la protección del menor comprendería la aprobación del Convenio del Niño de 1989 y sus tres Protocolos Adicionales y concluiría con el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de la Infancia contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual (Convenio de Lanzarote)¹⁹ de 25 de octubre de 2007.

Destacar también en este período el Convenio de la OIT de 1999 sobre las peores formas de trabajo infantil,²⁰

Moody, Z., «The United Nations Declaration on the Rights of the Child (1959): Genesis, transformation and dissemination of a treaty (re)constituting a transnational cause», in: *Prospects*, 45, 2015, 15-29.

Y en relación al mejor interés del niño como un consideración primordial, puede verse GOLDSTEIN, J., FREUD, A. y SOLNIT, A. J., *Beyond the Best Interest of the Child*, Nueva York: The Free Press, 1973, 105-11.

¹⁶ Riondino, M., «Protection of children's rights in the international community... ob. cit., p. 996.

¹⁷ «Se trata de un ordenamiento jurídico que afirmó, desde los primeros artículos, su finalidad: favorecer y promover el desarrollo psicológico y físico de los niños. Incluso si la ley cubre principalmente la protección de los niños que se dedican al trabajo, existen referencias interesantes, pero no explícitas, al interés del niño, especialmente en relación con su derecho a la educación. La Convención establece que un niño puede empezar a trabajar sólo después de haber completado la escolaridad obligatoria y, en cualquier caso, no antes de cumplir los quince años.» Ob. cit., p. 996.

¹⁸ Ob. cit., pp. 997-1000.

¹⁹ Véase, Riondino, M., «La Convenzione di Lanzarote. Aspetti giuridici e canonici in tema di abuso sui minori», in: *Apollinaris*, LXXXVI, 2013, 149-176.

²⁰ Destacar especialmente el artículo 3º que hace referencia a «*La utilización de niños para la prostitución y la pornografía*».

la aprobación de otros tratados internacionales para la protección de menores, como es la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño de 1990²¹ y, a nivel europeo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza, 2000 es un documento de referencia clave.²²

En la actualidad, como señala Riondino, M., estudios científicos loables²³ han generado sobre todo en las últi-

²¹ La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño ha sido ratificada por 49 Estados miembros, el 30 de junio de 2019. OUA. Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño. Disponible en: <https://www.acnur.org>.

²² UE. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza el 18 de diciembre del 2000. DOCE: (2000/C 364/01) Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

«La Carta se firmó en Niza en 2000 y contiene valores considerados comunes al continente europeo: dignidad, libertad, igualdad y solidaridad; ideas que han dominado el pensamiento ético y filosófico occidental a lo largo de los siglos. Estos valores demuestran el compromiso de los Estados europeos con la promoción y construcción de un futuro pacífico. Basado en la conciencia de su herencia espiritual y moral, según la visión establecida en el Preámbulo. El niño, en relación con la protección de su mejor interés y, de hecho, a cualquier interés que pueda entrar en conflicto con los intereses de los adultos, es objeto del artículo núm. 24. En él se describen los derechos del niño a recibir protección y cuidado, al tiempo que se garantiza el derecho natural del niño a ejercer su legítimo bienestar. Un concepto que podemos encontrar, como ya se dijo, en la Carta Africana de 1990. Este concepto no se limita a la ayuda física y psicológica, sino que también corresponde al deber del adulto de favorecer, promover y proteger un desarrollo armónico y holístico del niño.» RIONDINO, M., «Protection of children's rights in the international community... ob. cit., p. 999.

Para ampliar su estudio Véase, MCGLYNN, C., «Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights». En *European Public Law*, 8, 2002, 38-400; Bifulco, R., Cartabia, M., & Celotto, A. (a cura di). (2001). *L'Europa dei diritti – Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea*. Bologna : Il Mulino.

²³ Un amplio elenco de referencias bibliografía en esta materia, puede verse en Riondino, M., «Protection of children's rights in the international community... ob. cit., p. 990-991. Nota a pie de página 9: «Freeman, M., «Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously», in: *International Journal of Children's Rights*, 15, 2007, 5-23; Tobin, J., «Justifying Children's Rights», in: *International Journal of Children's Rights*, 21, 2013, 395-441; Guggenheim, M., *What's Wrong with Children's Rights*, Cambridge: Harvard University Press, 2005, 1-16; SENIGAGLIA, R., «El interés superior del niño tra persona e contratto», en: *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3, 2019,

mas décadas «una mayor conciencia del estado de la infancia en todo el mundo y de los esfuerzos por una implementación real de los derechos del niño, incluso cuando los resultados de tales esfuerzos no siempre han sido positivos.» No obstante, como sigue comentado el autor «es importante mencionar que en ocasiones la mera retórica sobre los derechos humanos, en muchos ordenamientos jurídicos seculares, ha sustituido una redacción sustancial y dogmática de estos conceptos.»²⁴

Y continúa este autor, «la infancia se encuentra sujeta a muchas influencias contradictorias, especialmente –aunque no exclusivamente– en determinados países o regiones del mundo.»²⁵ [...] «no es fácil de imaginar ni

803-825; FERRANDO, G., Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali, en: *Politica del diritto*, 29, 1998, 167-176; FORTIN, j., Derechos del niño y derecho en desarrollo, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 33-77; SAULLE, MR, I diritti del minore nell'ordinamento internazionale, en: ID. (ed.), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli: ESI, 1994, 11-27; DAVID, P., Implementación de los derechos del niño: seis razones por las que los derechos humanos de los niños siguen siendo un desafío constante, en: *Revista Internacional de Educación*, 48, 2002, 259-263; EEKELAAR, j., La emergencia de los derechos del niño, en: *Oxford journal of Legal Studies*, 6, 1986, 161-182; FERGUSON, L., No meramente derechos de los niños, sino derechos de los niños: la brecha teórica y la asunción de la importancia de los derechos del niño, en: *Revista internacional de derechos del niño*, 21, 2013, 177-208; VERHELLEN, E., Convención sobre los Derechos del Niño. antecedentes, motivaciones, estrategias, temas principales, 4th ed., Garant: Antwerpen, 2006, 11-18; LIEFAARD, T. ; SLOT NIELSEN, j., 25 años CRC: Reflexionando sobre los éxitos, los fracasos y el futuro, en: IDD. (eds.), *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, Leiden: brill Nijhoff, 2017, 1-13; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, LL, ¿Tienen los Niños Derechos?, en: *Revista de Educación*, 294, 1991, 221-233. Para una visión general interesante sobre los antecedentes de los derechos del niño, particularmente en las dos décadas anteriores a la CDN, ver MINOW, M., What Ever Happened to Children's Rights, en: *Minnesota Law Review*, 80, 1995, 267-298.»

²⁴ Ob. cit., p. 990.

Véase SUMMER, LW., *The Moral Foundation of Rights*, Oxford: OUP, 1990, 1.

²⁵ Riondino, M., «Protection of children's rights in the international community... ob. cit., p. 991. Y añade:

«La invitación formulada a finales de la década de 1970 para tomar *En serio los derechos* adquiere hoy una relevancia extraordinaria, especialmente

implementar una idea de justicia si no puede proteger a los más frágiles e indefensos. Estos últimos a menudo son olvidados, desfavorecidos y, a veces, incluso abusados.»²⁶

Para concluir este apartado podemos decir que el siglo XX ha sido el siglo del niño²⁷, favoreciendo su reconocimiento como sujeto autónomo de derechos y deberes al tiempo que se ha ido tomando conciencia de sus necesidades específicas.²⁸ Ahora bien, a fin de implemen-

en relación con los niños. Lamentablemente, la protección de los inocentes, por definición, no siempre es una prioridad para los Estados y las instituciones públicas. Como meros ejemplos, recordamos algunos problemas presentes en nuestro mundo, tales como: condiciones relacionadas con el abuso infantil; la explotación moral, material y laboral de muchos niños; el abandono psicológico de los niños dentro de sus propias familias, y; las insuficiencias pedagógicas y educativas de muchas instituciones educativas de todos los órdenes y niveles. A esto le sumamos el problema de la invisibilidad de millones de niños migrantes, que muchas veces llegan a un país sin acompañamiento y luego son marginados en su país de destino; dejar de lado, incluso hasta el punto, ya sea intencional o no, de la desviación y la delincuencia. El número de casos en los que claramente se niegan los derechos del niño está aumentando, lo que dificulta hablar de una mejora de la justicia. la justicia debe dar prioridad a quién, por naturaleza, necesita más protección.» p. 991.

Entre los estudios de sociólogos del derecho que han profundizado en esta materia puede verse a «KING, M., La sociología de la infancia como comunicación científica: observaciones desde una perspectiva de sistemas sociales, en: *Infancia*, 14, 2007, 193-213; POCAR, V.; RONFANI, P., La famiglia e il diritto, 2Dakota del Norte ed., Roma – bari: Laterza, 2005, 157-173; RONFANI, P. (ed.), *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milán: Guerini, 1995. Para más información sobre la relación entre familia e infancia, según una perspectiva sociológica centrada en la independencia del niño, ver ALANEN, L., *Rethinking Childhood*, en: *Acta Sociologica*, 31, 1998, 53-67.» Ob. cit., p. 991. Nota a pie de página nº 10.

²⁶ Ob. cit., p. 992. Puede verse en relación con este tema STELLA, F., *La giustizia e le ingiustizie*, bologna: Il Mulino, 2006, 221.

²⁷ Véase, Ariés, Ph., *Centuries of Childhood*, London: Penguin Books, 1960.

²⁸ Superando «la conceptualización arcaica del niño como totalmente subordinado a su familia, ya sea su familia biológica o su familia de acogida según lo dispuesto en las normas jurídicas dadas en el momento.» p. 992.

Para el estudio de la evolución histórica de la consideración de la infancia puede verse: DELGADO, B., *Historia de la infancia*, Barcelona: Ariel, 1998, pp. 165-205. Véase también «DEMAUSE, L., La evaluación de la infancia, en ID. (ed.), *The History of Childhood*, Nueva York: Harper Torchbooks, 1975, 1-73; WORSFOLD, VL, *A Philosophical justification for Children's Rights*, en: *Harvard Educational Review*, 44, 1974, 142-157. O, RODHAM, H., *Children*

tar y avanzar en la eficaz protección del menor, siguiendo a Riondino, M. «El mejor enfoque de los derechos de la niñez es priorizar una comprensión transversal de algunas reformas legislativas fundamentales para la protección de la niñez, provocando afinidades más que las discordancias que existen en todos los sistemas legales que reconocen principios universales y fundamentales claves como baricentro de su constitución jurídica.»²⁹

2.2. La Convención de 1989

No obstante los intentos anteriores de protección del menor es la Convención de los Derechos del Niño³⁰ del 20 de Noviembre de 1989 el Tratado Internacional que más ratificaciones (195 en la actualidad) ha recibido en toda la historia, ya que todos los países del mundo excepto EEUU, han aprobado sus disposiciones.

«Basada en diversos sistemas jurídicos y tradiciones culturales se compone de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos que no son negociables. Estipula los derechos humanos básicos que deben disfrutar los niños en todas partes, sin discriminación alguna (derecho a la supervivencia, al desarrollo pleno, protección contra las influencias peligrosas, contra el maltrato y la explotación y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social). Es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante, que incorpora toda la gama de derechos humanos. Los Estados que la han ratificado tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño.»³¹

Under the Law, en: Harvard Educational Review, 43, 1973, 487.» Ob. cit., p. 992. Notas a pie de página nº 12 y 13.

²⁹ Ob. cit., p. 989.

³⁰ Como señala Riondino, M., «El término más correcto para usar es niño o niños, sin embargo en algunos casos la palabra menor se puede utilizar para evitar la repetición. Debido al doble significado de este último en inglés, el uso de este término puede tener una connotación que disminuye el valor de los niños y la niñez, y como tal es evitado por muchos defensores de los derechos del niño.» Ob. cit., p. 988. Nota a pie de página nº 1.

³¹ En relación a las ratificaciones por los Estados, queremos recordar que la Santa Sede fue uno de los primeros sujetos de derechos internacional que ratificó la CDN, instrumento de ratificación fecha 20 de abril 1990 y en-

Los 54 artículos de la Convención «recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Su aplicación es obligación de los gobiernos, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas»³². Los tres Protocolos facultativos deben interpretarse siempre a la luz del tratado original como un todo, que en este caso se rige por los principios de la no

trada en vigor el 2 de septiembre del mismo año, «después de haber participado, a través de sus delegados, en la redacción del tratado internacional.» Véase el estudio comparativo llevado a cabo por Riondino, M., «Protection of children's rights in the international community and in the catholic church: a comparative analysis» ob. cit. En este artículo el autor señala que, « [...] En natural alineación con la misión universal de la Iglesia, la Santa Sede acompañó la ratificación con algunas reservas. Por ejemplo, con respecto a la definición técnica y la comprensión del artículo nº 6 –que está relacionado con la inherente derecho de cada niño a la vida–. Por eso no es sorprendente que, durante las negociaciones de 1998, el Santo reiteró que la vida de un niño comienza desde el momento de la concepción, no desde el momento del nacimiento. Además, se formularon reservas con respecto a la planificación familiar y el contenido del artículo núm. 24 \$2,F, debido al contraste entre esta parte de la CDN y la enseñanza y el Magisterio de la Iglesia. Otro aspecto destacado en las reservas de la Santa Sede se refería al derecho primordial e inalienable de todo padre a proporcionar educación a sus hijos, en particular en el campo de la educación y las creencias religiosas (véanse los artículos 13, 14 y 28).» Ob. cit., p. 1044. Siendo la Santa Sede «uno de los primeros sujetos de derecho internacional en sostener y ratificar la CDN, lo que hizo en nombre de el mejor interés del niño, un principio que ha sido plenamente aceptado y ejemplificado particularmente por el Magisterio de la Iglesia durante muchas décadas.» p. 1001.

Véase Riondino, M., *Famiglia e Minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano: Prensa Universitaria Lateranense, 2011, 93-106.

Para conocer la evolución y el estado actual de las ratificaciones del CDN por los Estados puede consultarse la página oficial de Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño. Disponible en: ACNUDH. Convención de los Derechos del niño – OHCHR. <https://www.ohchr.org>

Estudios en relación a la implementación en Latino América puede verse en Infancia Cali. Convención de los Derechos Humanos. Marzo, 17. 2006. Disponible en: <http://infanciacali.blogspot.com/2006/03/convencion-de-los-derechos-del-nio.html>

³² Convención de los Derechos del Niño. UNICEF Comité Español. Resumen no oficial de las disposiciones principales. Junio 2006, p.1. Disponible en: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html

discriminación, el interés superior del niño y la participación infantil.

La necesidad de protección especial de los menores³³, de cuidados, e incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, tiene su base en la falta de madurez física y mental de éstos. Esta especial protección ya habla sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, posteriormente recogida en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Convenios constitutivos de los Organismos especializados y de las Organizaciones Internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

La Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en su Preámbulo recuerda:

« [...] los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del hombre; reafirma la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad; subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y la asistencia, la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño antes y después del nacimiento, la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad».³⁴

³³ Como ya hemos indicado anteriormente la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en su artículo 1 señala: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». La propia Constitución Española, en su artículo 12, es quien determina que «los españoles son mayores de edad a los dieciocho años». Igualmente expresa el artículo 315 del Código Civil que la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Hasta dicha edad, en principio y salvo excepciones, una persona es menor. Entre las excepciones está la emancipación.

³⁴ Convención de los Derechos del Niño. UNICEF Comité Español. Resumen no oficial de las disposiciones principales. Junio 2006, p.8. Disponible en: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html

En su Parte I (artículos 1 al 41) entre los derechos básicos que la infancia debe disfrutar menciona los siguientes: derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social [...]. Principios fundamentales de la Convención son el de participación, el de derecho a la supervivencia y al desarrollo, el de no discriminación y el del interés superior del niño.

2.3. Principio del interés superior del menor

El principio del interés superior del menor³⁵ lo recoge el Convenio en su artículo 3, cuando dice:

«1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.»

Es decir, todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada

³⁵ Véase, Eekalaar, J.; Tobin, J., «Article 3. The best interest of the Child», in: Tobin, J. (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, Oxford: OUP, 2019, 73-107.

protección y cuidado, cuando los padres u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.³⁶

2.4. Situaciones de desprotección del menor. Especial referencia a la situación de riesgo

En relación con situaciones de desprotección del menor debemos señalar los artículos 9, 18 y 20 de la Convención de los Derechos del Niño.³⁷

³⁶ En esta materia, siguiendo a Riondino, M. debemos recordar que «El papel de las fuentes del derecho no es, como sabemos, definir conceptos. Sin embargo, las fuentes internacionales del derecho han jugado un papel importante en favorecer el compromiso de aquellos legisladores nacionales y la jurisprudencia (en muchos contextos y niveles) que intentaron incorporar una consideración significativa por el interés del niño dentro de los objetivos de toda familia y niño. ley. Muchos investigadores coinciden en que existe una necesidad urgente de llegar a una definición internacional explícita del interés del niño. A pesar de ello, ninguna legislación o jurisprudencia ha proporcionado todavía una definición clara de este concepto basada en criterios objetivos. Esto no es de extrañar, dado que, en las fuentes del derecho que mencionamos, el interés del niño es una cláusula general y, debido a su naturaleza como tal, puede interpretarse de acuerdo con diversos contextos y métodos de interpretación. Sin embargo, la falta de regulación a nivel nacional, incluida la ausencia de criterios que limitarían la discrecionalidad interpretativa, es preocupante.» Ob. cit., p.1002.

Véase también en relación a la delimitación conceptual del interés del menor: POCAR, V.; RONFANI P., *L'interesse del minore nella legge e nella pratica*, Milán: Guerini Scientifica, 1996, 7-11; ALSTON, Ph., *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of the Culture and Human Rights*, in: ID. (ed.), *The Best Interest of the Child*, Oxford: Clarendon Press, 1994, 1-25.; Freeman, M., «In the Child's Best Interest? Reading the Children Act Critically», in: *Current Legal Problems*, 45, 1992, 173-211.

³⁷ Artículo 9

«1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Destacamos en relación con la situación de riesgo del menor:

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.»

Artículo 18

«1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.»

Artículo 20

«1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.»

1. El niño tiene derecho a no ser separado de sus padres, salvo cuando así lo exija su interés superior. (Art.9 CDN)
2. La decisión de la separación debe ser adoptada por la autoridad competente, debe poder ser revisada judicialmente y ajustarse a las exigencias legales y al procedimiento establecido. En dicho procedimiento, todas las partes interesadas han de poder participar y expresar sus opiniones. (Art. 9 CDN)
3. La primera y principal responsabilidad sobre la crianza y el desarrollo de los niños corresponde a los padres o a sus representantes legales, quienes actuarán en todo caso para satisfacer el interés superior del niño. (Art. 18 CDN)

Siguiendo a Martínez García, C. si unimos la primera afirmación con la última que hemos indicado resulta que:

« [...] la primera obligación del Estado respecto de unos y otros sea prestar la asistencia necesaria a los padres y a los representantes legales para el mejor desempeño de sus responsabilidades en la crianza y desarrollo de los niños, entre otras mediante la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños, evitando así su separación.»³⁸

En los tres artículos se aprecia la misma lógica que –desde el respeto de los derechos del niño y el recator de ellos el superior interés del menor– , se podría formular:³⁹

³⁸ Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit.,p. 8.

«Cuando excepcionalmente, y siempre sobre la base del interés superior del niño, este deba ser temporal o permanentemente separado de sus padres, el Estado deberá garantizarle una protección y asistencia especiales, incluyendo el acogimiento familiar o residencial, entre otros.»

³⁹ «Consecuentemente y de forma correlativa a los derechos del niño reconocidos en los artículos citados, la CDN establece las obligaciones del Estado: (i) asistir y apoyar a los padres para cumplir adecuadamente con su responsabilidad parental, obligación a la que deberá atenderse como prio-

« [...] el niño tiene derecho a vivir y a permanecer con sus padres, que son los principales responsables de su crianza y desarrollo. Los padres contarán con la asistencia del Estado para el desarrollo de esa función. No obstante, solo cuando por exigencias del interés superior del niño deba ser separado temporal o permanentemente de sus padres, y, por tanto, aquel derecho no pueda verse satisfecho, el niño tendrá derecho a que el Estado le garantice la protección y asistencia necesarios, entre otras, mediante modalidades de cuidado alternativo».

Por otra parte merece la pena recordar que La Convención de los Derechos del Niño forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno como norma plenamente aplicable y exigible.⁴⁰

ridad para cumplir el derecho del niño; (ii) proteger y asistir de manera especial a los niños que, excepcional y fundadamente, no pueden satisfacer ese derecho. Puesto que esta situación debería constituir una excepción a la regla general, la actuación del Estado, sin perjuicio de ser obligatoria, tiene carácter también residual, subsidiario y temporal.» Ob. cit., p.8.

⁴⁰ «Los artículos que forman parte de la Convención obligan al Estado Español sobre la base de los artículos 39.4 y 96.1 de la Constitución Español y de acuerdo con la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales de 2014, la Convención no solo resulta de obligado cumplimiento para el Gobierno central y la Administración General del Estado en virtud del compromiso adoptado internacionalmente por el Estado, sino también, y en nuestro caso de manera fundamental, para las Comunidades Autónomas, puesto que ellas han asumido la competencia legislativa exclusiva sobre protección de la infancia y la adolescencia y son, también, Estado. (Artículos 28 a 30 del Capítulo IV del Título II de dicha ley, relativos a la aplicación e interpretación de los tratados internacionales)». Ob. cit., p. 9.

Destacar que «solo tres de las leyes autonómicas (Cataluña, Valencia e Illes Balears) son posteriores a las Directrices (las otras catorce, por tanto, no han podido incorporar sus previsiones). La legislación del Estado modificada en 2015 acoge formalmente el contenido de las Directrices prácticamente en su totalidad. Si bien lo inserta de manera dispersa a lo largo del articulado, que sigue pivotando alrededor de la distinción entre situación de riesgo y situación de desamparo, como en 1996, cuando se incorporó esta distinción por primera vez. La incorporación al texto legal de las previsiones de las Directrices no es suficiente para lograr la transformación que buscan las Directrices y la Resolución, que requiere la plena asunción del enfoque de derechos del niño.» Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia... ob. cit., p. 65.

2.4.1. *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños⁴¹ que figuran en el anexo de la Resolución 64/142, de 18 de diciembre de 2009*

Según dicha Resolución, estas Directrices:

« [...] establecen pautas adecuadas de orientación política y práctica con el propósito de promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación».

Dentro del I. Objeto de estas Directrices queremos destacar las que hacen referencia a la situación de riesgo del menor de edad:

«2. a) Apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella o, en su defecto, a encontrar otra solución apropiada y permanente, incluidas la adopción y la kafala del derecho islámico;

c) Ayudar y alentar a los gobiernos a asumir más plenamente sus responsabilidades y obligaciones a este respecto, teniendo presentes las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado;

d) Orientar las políticas, decisiones y actividades de todas las entidades que se ocupan de la protección social y el bienestar del niño, tanto en el sector público como en el privado, incluida la sociedad civil.»

⁴¹ 64/142 Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños / Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)] Disponible en: <https://www.unicef.org/spanish/protection/files/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>;

https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3836

Las Directrices también señalan Principios y orientaciones generales;⁴² Medidas para promover la aplicación y especialmente queremos resaltar el epígrafe IV. Prevención de la necesidad de acogimiento alternativo A. Promoción del cuidado parental (puntos 31 a 37) y Prevención de separación de la familia (puntos 38-47) que establece orientaciones a seguir por los Gobiernos al elaborar sus políticas y a los profesionales en el desempeño de sus funciones de cuidado. Si bien no podemos olvidar que las Directrices carecen de carácter vinculante «aunque no por ello dejan de ser útiles y convenientes, puesto que gozan del reconocimiento como estándar para todas las actuaciones y decisiones que se adopten en relación con los niños privados de su entorno familiar.»⁴³ En definitiva, implica un compromiso político que puede servir como fuente de creación de Derecho consuetudinario.

La Resolución que las contiene como anexo “acoge con beneplácito” esas directrices, alienta a los Estados a,

« [...] tenerlas en cuenta y señalarlas a la atención de los órganos gubernamentales competentes del poder ejecutivo, legislativo y judicial, los abogados y defensores de los derechos humanos, los medios de comunicación y el público en general” y solicita al secretario general que, en lo posible, “las difunda entre los Estados Miembros, las comisiones regionales y las organizaciones intergubernamentales».⁴⁴

⁴² Queremos destacar en relación «A. El niño y la familia:

3. Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. El Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora.

4. Los niños y jóvenes deberían vivir en un entorno en el que se sientan apoyados, protegidos y cuidados y que promueva todo su potencial. Los niños total o parcialmente faltos del cuidado parental se encuentran en una situación especial de riesgo de verse privados de la crianza que da ese entorno.»

⁴³ Ob. cit., p. 10.

⁴⁴ Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2009 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)]. Disponible en:

2.4.2. *La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 2019 (A/C.3/74/L.21/Rev.1) sobre Promoción y Protección de los Derechos de la Infancia*

El objeto de la Resolución de diciembre de 2019 –como el de las Directrices– son los niños privados de cuidado parental o en riesgo de estarlo, «si bien no se trata de una sucesión cronológica de normas por razón de la materia, sino que, al adoptarlas, produce una intensificación o potenciación en las Directrices.»⁴⁵ Concretamente, se refiere a ellas como «un conjunto de orientaciones que contribuyen a fundamentar las políticas y las prácticas para la protección y el cuidado de los niños y niñas privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo».

Son por tanto soft law –«principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados»– no simplemente voluntarias, sino con una importante capacidad de ser incorporado a las políticas.

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/142&Lang=S

⁴⁵ «Esta elevación del rango o de la potencialidad de obligar de las Directrices tiene, a su vez, una dimensión cuantitativa y una dimensión cualitativa.

Cuantitativamente, porque aparecen nuevos asuntos que inciden en la situación de los niños privados de un entorno familiar y otros que ya se enunciaban en las Directrices son objeto de mayor detalle y profundización.

Cualitativamente, a su vez, por dos razones. La primera, porque la Resolución de diciembre de 2019 no se limita a “acoger con beneplácito” las Directrices, sino que las menciona entre otros textos internacionales de carácter vinculante y, por tanto, se entiende que pasan a formar parte de la propia Resolución. Consecuentemente, las Directrices ya no son solo unas orientaciones totalmente voluntarias para los Estados, sino que pasan a formar parte de un soft law [...]. Y la segunda, porque la Resolución supera el enfoque protector y asistencial en el que se ubicaba el debate sobre los niños privados de un entorno familiar para abordarlo inequívocamente desde el enfoque de derechos humanos.» Ob. cit., p. 11.

Siguiendo a Martínez García, C,

«La Resolución supera el enfoque protector y asistencial en el que se ubicaba el debate sobre los niños privados de un entorno familiar para abordarlo inequívocamente desde el enfoque de derechos humanos. Cuando la Convención se refiere a la protección especial que el Estado debe garantizar a los niños privados de su entorno familiar no es posible seguir entendiéndolo como un subconjunto de pautas de actuación distintas y ajenas al enfoque general de derechos del niño, como si la garantía de un conjunto de prestaciones asistenciales de mayor o menor calidad para niños separados de sus padres fueran suficientes para cumplir con lo prescrito por la Convención».

Por otra parte,

«Así como las Directrices abordaron globalmente el problema desde la pérdida del cuidado parental, la Resolución pone el acento en la garantía del derecho del niño a vivir en familia y, sin rebajar la importancia del cuidado alternativo, redimensiona el papel que debe jugar en el sistema de protección y, correlativamente, acentúa la absoluta prioridad de la promoción del cuidado parental y la prevención de la separación.»⁴⁶

2.4.3. *Observaciones Generales⁴⁷ del Comité de los Derechos del Niño a los niños privados de un entorno familiar o en riesgo de estarlo*

Con respecto a las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño a los niños privados de un

⁴⁶ Ob. cit., p. 11.

⁴⁷ Las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño son «documentos de extensión variable que de forma periódica elabora el Comité de los Derechos del Niño para ayudar a la adecuada interpretación y aplicación de los derechos de la infancia según la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Es parte de la idea de que la Convención es un documento vivo, cuya aplicación debe ser objeto de constante supervisión, ayudando estos textos a abordar aquellos aspectos sobre los que el Comité constata que falta la debida atención, son interpretaciones erróneas o insuficientes, o bien surge la necesidad de abordar nuevos aspectos de creciente preocupación». p. 11.

Las Recomendaciones Generales del CDN. Disponible en: <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>

entorno familiar o en riesgo de estarlo⁴⁸ a título de botón de muestra vamos a citar algunas de ellas en las que encontramos materia en relación con la situación de riesgo del menor.

OG 13 (2011) Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna gorma de violencia:

«3.h. El Comité reconoce la importancia primordial de la familia, incluida la familia extensa, en la atención y protección del niño y en la prevención de la violencia. Sin embargo, reconoce también que la mayor parte de los actos de violencia se producen en el ámbito familiar y que, por consiguiente, es preciso adoptar medidas de intervención y apoyo cuando los niños sean víctimas de las dificultades y penurias sufridas o generadas en las familias.»

También podemos destacar el punto 72. Elementos que se han de incorporar a los marcos nacionales de coordinación. En el que se especifica elementos a incorporar a todas las medidas (legislativas, administrativas, sociales y educativas) y en todas las etapas de la intervención (desde la prevención hasta la recuperación y la reintegración).⁴⁹

OG 14 (2011) Sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.⁵⁰ (Artículo 3 párrafo primero)

⁴⁸ Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit., pp. 72-119.

Detalla el contenido doctrinal referido a esta materia en cada una de las Resoluciones Generales del Comité a los Niños privados de un entorno familiar o en riesgo de estarlo.

⁴⁹ Ob. cit., pp. 75-76.

⁵⁰ El «propósito de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños es velar por que los niños no estén en cuidado alternativo de manera innecesaria y porque, cuando en efecto sea necesario, el cuidado alternativo se haga en condiciones adecuadas que respondan a los derechos y el interés superior del niño. En particular, “[l]a pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres [...], sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado” (párr. 15).» Ob. cit., p. 29.

«55. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párr. 1, que exige “que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (art. 9, párr. 3). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.

56. Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres. [...] »

OG 19 (2016) Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los Derechos del Niño (art. 4).⁵¹

⁵¹ Puede verse un análisis de las exigencias de esta OG en Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit., pp. 99-100. «1. La presente observación general ayudará a los Estados Partes a aplicar el artículo 4 en relación con los presupuestos públicos, pues establece cuáles son sus obligaciones y formula recomendaciones sobre cómo hacer efectivos todos los derechos consagrados en la Convención, especialmente los de los niños que se encuentran en situaciones vulnerables, guiándose por la eficacia, la eficiencia, la equidad, la transparencia y la sostenibilidad en la toma de decisiones relacionadas con los presupuestos públicos.»

OG 20 (2016) Sobre la efectividad de los Derechos del Niño durante la adolescencia.⁵²

OG 21 (2017) Sobre los Niños de la calle.⁵³

2.4.4. *Observaciones finales del Comité a España relativas al entorno familiar y a los cuidados alternativos (1994-2002-2010-2018)*

Y para finalizar este epígrafe dentro de las Observaciones finales del Comité a España relativas al entorno familiar y a los cuidados alternativos (1994-2002-2010-2018).⁵⁴

Destacamos:

— **Observaciones Finales (2010)**

5. Entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado (artículos 5, 18 (párrs. 1 y 2), 9 a 11, 19 a 21, 25, 27 (párr. 4) y 39 de la Convención).

«40. El Comité recomienda al Estado Parte que redoble sus esfuerzos por prestar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el ejercicio de sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular a los de familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación.

⁵² Destacar el epígrafe X. Entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado. Véase. Disponible en: <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>

⁵³ Destacar de OG 21 (2017)

– Entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado Artículo 20 sobre el derecho a la protección y asistencia especiales a los niños privados de un entorno familiar.

– Artículo 9 sobre la separación del niño con respecto a los padres

– Artículo 27 sobre el derecho a un nivel de vida adecuado Apoyo a los padres, los cuidadores y los niños

⁵⁴ Disponible en: <https://plataformadeinfancia.org/documento/observaciones-finales-al-v-iv-informe-aplicacion-la-convencion-los-derechos-del-nino/>

Destacamos las Observaciones finales 2018, sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España Aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 77^º período de sesiones (14 de enero a 2 de febrero de 2018).

También le recomienda que vele por que se satisfagan las necesidades de todos los niños y que adopte todas las medidas necesarias para asegurar que ningún grupo de niños viva por debajo del umbral de la pobreza. El Comité recomienda igualmente al Estado Parte que refuerce el sistema de prestaciones familiares y por hijo para apoyar a los padres y los niños en general y que preste apoyo adicional a las familias monoparentales, las que tienen muchos hijos y aquellas cuyos padres están desempleados.»

— **Observaciones Finales (2018)**⁵⁵

«Entorno familiar

26. Recordando sus anteriores Observaciones Finales (véase CRC/C/ESP/CO/3-4, párr. 40), el Comité recomienda que el Estado Parte:

a) aumente la disponibilidad de recursos de asistencia y asesoramiento oportunos y suficientes a los padres y otros cuidadores cuando se corra el riesgo de que descuiden o maltraten a sus niños; y

b) refuerce el sistema de prestaciones familiares y por hijo para apoyar a los padres y los niños en general y que preste apoyo adicional en particular a las familias en situación de riesgo debido a la pobreza, familias monoparentales, las que tienen muchos hijos y/o aquellas cuyos padres están desempleados.

Niños privados de un entorno familiar

27. El Comité está seriamente preocupado por:

a) el elevado número de niños atendidos en centros de acogida y el hecho de que, en la práctica, este tipo de atención es la opción principal utilizada como medida inicial;

b) la insuficiencia de recursos, que tiene como consecuencia demoras en la asunción de la tutela por el Estado y las deficiencias de las instalaciones y el hacinamiento en algunos centros de acogida;

c) los casos de malos tratos y de trato degradante de niños atendidos en centros de acogida, incluso denuncias de reclu-

⁵⁵ Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia... ob. cit., p. 122.

sión en condiciones de aislamiento, diagnósticos médicos erróneos y tratamiento médico incorrecto, además de la falta de sistemas de vigilancia y denuncia centrados en los niños y de mecanismos de queja a disposición de estos; y

d) el apoyo insuficiente a los niños en su transición de la infancia a la edad adulta.

28. Recordando las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y las recomendaciones anteriores (véase CRC/C/ESP/CO/3-4, párr. 42), el Comité recomienda que el Estado Parte aumente los recursos para actividades encaminadas a prevenir la separación de los niños de sus familias y asegurar una disponibilidad suficiente de apoyo y asistencia, incluidas las subvenciones y el apoyo profesional, particularmente a las familias con niños en situaciones desfavorecidas o de marginación. También recomienda que el Estado Parte:

a) acelere el proceso de desinstitucionalización, a fin de asegurar que la atención en centros de acogida se utilice como último recurso, y vele por que todos los centros de acogida restantes cumplan por lo menos unas normas de calidad mínimas;

b) vele por que en todos los casos sea un juez quien adopte o revise las decisiones sobre la separación de un niño de su familia, y ello solo después de evaluar a fondo el interés superior del niño en cada caso particular;

c) asigne recursos humanos, técnicos y financieros adecuados a la promoción de la atención en familias de guarda y a mejorar y desarrollar las competencias de los padres y las familias de guarda y de los cuidadores profesionales especializados;

d) garantice unas condiciones humanas y dignas en los restantes centros para niños con dificultades de conducta o de socialización e investigue a fondo todas las denuncias de abusos o malos tratos en esos centros;

e) vigile y supervise constantemente la calidad de las modalidades alternativas de cuidado para los niños, incluso ofreciendo canales accesibles para denunciar, vigilar y remediar el maltrato de los niños, y vele por que existan me-

canismos accesibles de queja para los niños en los centros de acogida estatales y los hogares de guarda; y

f) formule y aplique programas de apoyo para ayudar a los niños de los centros de acogida en su transición a la edad adulta.

Niños que acompañan a su madre en prisión

30. El Comité recomienda que el Estado Parte busque medidas alternativas a la detención para las mujeres embarazadas y las madres con niños pequeños siempre que sea posible y que el interés superior del niño sea tenido muy en cuenta y de forma independiente en el momento de dictar sentencia.»

3. LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE

La Constitución Española de 1978, en su artículo 39, establece «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda» (art. 39.3); Y «los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos» (art. 39.4).

Asimismo, el art. 39.1 CE señala: «los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia», y dentro de ésta la de los menores. El art. 39.2. CE establece «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.»

El marco jurídico del sistema de protección de menores en España, viene determinado por el Código Civil (principalmente artículos 172 y ss.) y tres leyes básicas: la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, donde se reconoce a las personas menores de edad como sujetos del derecho y las dos más recientes Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de

28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que actualizan la anterior.⁵⁶

Entre otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de menores son de destacar:

— Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad, y Régimen económico del matrimonio (suprime la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equipara al padre y a la madre en el ejercicio de la patria potestad, e introduce la investigación de la paternidad).

— Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen (prohíbe la difusión de datos o imágenes de menores en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, aún cuando conste el consentimiento de éste. Pretende proteger al menor de la manipulación, incluso de sus propios representantes legales).

— Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la Tutela.

— Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Ci-

⁵⁶ «Básicamente, el objetivo principal de esta significativa reforma es el de mejorar los instrumentos de protección jurídica de los menores y adaptarlos a los importantes cambios que se han producido en los últimos veinte años. De esta forma se quiere dar cumplimiento efectivo al mandato constitucional ya aludido que se impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad (art. 39 CE). La necesidad de dicha reforma se había puesto de manifiesto en diversas propuestas y observaciones formuladas estos años atrás por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, por el Defensor del Pueblo, por la Fiscalía General del Estado y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. Sobre esta base, el legislador ha pretendido con ambas leyes introducir los cambios necesarios en la legislación española 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 la materia.» Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 10.

vil en materia de adopción. Es quizás la ley que más cambios sustanciales introdujo en su momento en el ámbito de la protección del menor (el abandono fue sustituido por el desamparo, la consideración de adopción como elemento de plena integración familiar, acogimiento familiar como una nueva institución de protección de protección del menor, la generalización del interés superior del menor como principio inspirador...).

Pero era necesario abordar una profunda reforma que se hizo realidad con la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

— Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, (en adelante LOPJM) de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ofrece un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general. Ya en su Exposición de Motivos se realiza el reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos (menores de edad como sujetos de derechos, activos y participativos, ser escuchado si tuviere suficiente juicio, se ha ido trasladando a todas aquellas cuestiones que le afectan).⁵⁷

⁵⁷ Esta Ley 1/1996, en su Título I comienza enunciando un reconocimiento de los derechos de los menores (derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen, a la información, libertad ideológica, derecho de participación, asociación y reunión, derecho a la libertad de expresión, derecho a ser oído), así como las medidas y principios rectores de la acción administrativa.

En el Título II se recogen las actuaciones en situaciones de desprotección social del menor y las instituciones de protección de menores:

Incluyendo la obligación de la entidad pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los Servicios Sociales, o asumiendo la tutela del menor por Ministerio de la ley.

- La obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos.

- Obligación de comunicar la ausencia del menor; de forma habitual o sin justificación del centro escolar.

3.1. Principio del interés superior del menor

Con respecto al Principio del Interés superior del menor, Ley Orgánica 1/ 1996 en su artículo 2, lo reconoce cuando dice:

Artículo 2. Interés superior del menor (Redactado tras las Reforma LO 8/2015)

«1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. [...]»

Y en su artículo 11.2 establece unos principios⁵⁸ por el cual se han de regir en sus actuaciones todas las admi-

• Innovadora distinción entre situaciones de riesgo y de desamparo (intentar eliminar los factores de riesgo frente a la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela).

• Acogimiento familiar (que puede constituirse por el Juez, o por la entidad pública competente cuando concurra el consentimiento de los padres).

• La adopción (exige el requisito de la idoneidad de los adoptantes, que deberá ser apreciado por la Entidad pública o por el Juez) y la adopción internacional.

• La tutela, tendiendo a la integración del menor en la familia del tutor.

⁵⁸ «Art. 11. 2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior. b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional. c) Su integración familiar y social. d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección. f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten. g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social. h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten. i) La protección contra toda forma de

nistraciones públicas en relación con los menores, indicando el principio rector de todos en materia de protección, la supremacía de su interés superior (art. 11.2.a). En relación con las situaciones de desprotección del menor también destacamos de este artículo el punto 2.d) «La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal»

No obstante lo dicho, será la Reforma de 2015 la que regula la técnica de valoración del interés superior incluyendo criterios de interpretación y aplicación, elementos de valoración y garantías.

3.2. El primer principio rector en materia de protección del menor tras la Reforma del 2015

Tras la Reforma del 2015, podemos decir que lo que era principio general en su regulación anterior, sobre la base de la jurisprudencia⁵⁹ a lo largo de 25 años y la incorporación de los criterios del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés general sea una consideración primor-

violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso. j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia. k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas. l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual. m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.»

⁵⁹ «Entre otras, cabe resaltar las SSTS, 31 de julio de 2009 (RJ 2009/4581), 8 de octubre de 2009 (RJ 2009/4606), 11 de febrero 2011 (RJ 2011/2311), 21 de febrero 2011 (RJ 2011/2362), 13 de junio de 2011 (RJ 2011/4526), 14 de noviembre de 2011 (RJ 2012/3390), 6 de febrero de 2012 (RJ 2012/4522), 17 de febrero de 2012 (RJ 2012/3924), 9 de julio de 2015 (RJ 2015/2562), 20 de julio de 2015 (RJ 2015/2786), y 28 de septiembre de 2015 (RJ 2015/2293).» Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 13. Nota a pie nº 18.

dial⁶⁰, la Ley Orgánica 8/2015 aporta contenido más detallado de este interés y lo concretiza.

Acorde con los criterios internacionales, que hasta la reforma era un concepto jurídico indeterminado se determina en una triple dimensión⁶¹:

3.2.1. *El interés del menor como derecho sustantivo.*
(Art. 2.1 LOPJM tras la Reforma 2015)

Es un verdadero derecho del menor, no un principio general y esto significa que es de aplicación directa e inmediata y contiene una obligación intrínseca dirigida a las todas las instituciones, tribunales y órganos legislativos y en caso de no ser respetada puede ser invocada ante los tribunales de justicia.

Señalar que este derecho específico del menor «no es sustitutivo de otros derechos, sino que es complementario y precisamente va dirigido a garantizarlos: su objetivo no es otro que garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos del menor y su desarrollo integral.»⁶² Por eso este derecho no se refiere solo a los derechos de naturaleza protectora sino que va dirigido a promover su autonomía y participación en todos los asuntos que le concierne. Tras la reforma del 2015, las limitaciones a la capacidad de obrar del menor solo tienen sentido en su propio interés y así han de interpretarse.

⁶⁰ Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013.

⁶¹ «Esta triple dimensión del interés superior del menor se recoge expresamente en la citada Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño (apartado I A, párrafo 6).»

⁶² « [...] el Comité de los Derechos del Niño explica que el objetivo del concepto de interés superior del menor es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; entre estos derechos no hay una jerarquía, todos responden al interés superior del menor y ningún derecho puede verse perjudicado por una interpretación negativa del citado interés (Observación General núm. 14)». Ob. cit., p. 15.

3.2.2. *Criterios de interpretación y aplicación del interés del menor. Son los enumerados (numerus apertus) en art. 2.2 LOPJM, tras la Reforma del 2015 que incluimos como nota a pie de página*⁶³

Al incorporar la Reforma estos criterios, permite objetivar los criterios de valoración del interés del menor y evita la discrecionalidad a la hora de interpretar y aplicar el derecho.

Estos criterios recogen las exigencias formuladas por la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño y deben entenderse como un número de criterios abierto.⁶⁴

⁶³ Art. 2.2. de la LOPJM establece: «A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

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

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.»

⁶⁴ «[...] en materia de protección de menores los jueces y tribunales no pueden dejar de considerar ninguna circunstancia relevante que incida directa o indirectamente en el bienestar del menor y sea tributaria o pueda serlo, aisladamente o de forma conjunta con otras, de una medida de protección, ya sea so pretexto de no haberle sido alegada formalmente en el procedi-

Como elementos de ponderación⁶⁵ de estos criterios, el propio art. 2.3 LOPJM establece cómo se han de ponderar, estableciendo en su apartado final: «Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

Así mismo el art. 2.4. LOPJM establece que:

«En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los

miento, ya lo sea con base en haber sido valorada la misma de forma distinta por las partes, so pena de desatender gravemente la prescripción básica de averiguar y dar debida satisfacción en cada caso al interés superior del menor.» Ob. cit., p. 15. «STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a), 31 de marzo de 2011 (RJ 2011/3835)».

⁶⁵ Art. 2.3. «Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.»

derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados».

3.2.3. *El interés del menor como norma de procedimiento*

Toda medida que se tome en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso (art. 2.5 LOPJM) y el propio artículo hace mención de algunas en particular.⁶⁶

Dada su importancia y vínculos especiales con el interés superior del menor nos queremos detener en la primera garantía procesal que señala el art. 2.5: « a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.»

⁶⁶ Art. 2.5 LOPJM establece que «Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.»

3.2.4. *El Derecho a ser oído y escuchado*

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño⁶⁷ establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten. Y el artículo 9 de la LOPJM⁶⁸ tras la reforma 2015 también reconoce como derecho fundamental del menor ser oído y escuchado.

⁶⁷ Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño establece:

«1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

⁶⁸ Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado.

«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las compareencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.»

El término “escuchado” revela una exigencia que se traducirá en la necesaria motivación de la decisión al apartarse de lo manifestado por el niño, así como la comunicación de los resultados, siendo esto una garantía de las opiniones del niño son escuchadas. «La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia».⁶⁹

La “madurez” habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su evaluar para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Además el menor podrá expresar su opinión tanto en forma verbal o no verbal de comunicación.

Finalmente señalar que:

« [...] el deber de oír al menor no conlleva tener que decidir lo que el niño desee, pero sí obliga al órgano decisor a tomar en cuenta su opinión y justificar su decisión cuando sea contraria a la misma; de ahí la exigencia de que en las resoluciones sobre el fondo se haga constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración.»⁷⁰

3.2.5. *Conclusión*

Las tres dimensiones a las que hemos hecho referencia, unido al reformado art. 2 LOPJM que para valorar el

«Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.»

3. «Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.»

⁶⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General núm. 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

⁷⁰ Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 27.

interés superior del menor señala perspectivas a tener en cuenta,⁷¹ a saber:

1^a- La perspectiva personal del menor, (aspiraciones, deseos y expectativas)

« [...] que pone de manifiesto la importancia de su audiencia en los procedimientos administrativos y judiciales; esta opinión del menor ha de ser valorada en función de su edad, madurez y contexto en el que se expresa, de donde se deduce la necesidad de detectar y, en su caso, descartar las posibles manipulaciones, y sin que con ello se venga a postular la necesidad de su aceptación automática.»

2^a- Su ámbito familiar, «para relacionar su interés superior con su mantenimiento en la familia, salvo que objetivamente le resulte perjudicial, pero teniendo en cuenta que la situación de pobreza no es suficiente para provocar su desarraigo y sustitución por una familia de acogida o de adopción».

3^a- La perspectiva social:

« [...] a integración social del menor de forma normalizada y no patológica, respetando sus derechos fundamentales, fomentando sus valores de convivencia no discriminatoria, tolerancia y solidaridad, con apoyo para la prevención de las situaciones que en la sociedad actual pueden representar mayores peligros para el menor (tales como las drogas, la violencia juvenil, los abusos sexuales, etc.)».

4^a- La perspectiva institucional:

« [...] lo que significa que institucionalmente el interés del menor debe plasmarse en que la toma de decisiones respecto a él se realice con objetividad, imparcialidad, seguridad jurídica y desde una perspectiva multidisciplinar, evitando la presencia en esa toma de decisiones de personas y organizaciones no profesionalizadas, con ánimo de lucro o que

⁷¹ Seguimos a Huete Nogueras, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», en Mayor del Hoyo, M.^a V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 90-91. Citado en: Vázquez, L. y Jiménez P.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., pp. 23 y 24.

esgrima la defensa del interés del menor para la obtención de otros fines.»

Podemos decir que la falta de determinación del interés del menor de la normativa anterior a la Reforma de 2015 se corrige y permite una mayor concreción y objetivación a la hora de valorar un caso concreto y hacer efectivos los derechos del niño plasmados en la Convención y Observaciones del Comité. No obstante, se sigue planteando cómo determinar en qué consiste el interés superior del menor, si bien la reforma legal de 2015 ha supuesto un avance muy notable en este contexto, ya incluye expresamente criterios de interpretación y aplicación del interés del menor, elementos de ponderación y garantías, que facilitan sumamente su concreción y valoración en el caso concreto.

3.3. Situación de desprotección social del menor

En este epígrafe vamos exponer:

3.3.1. Actuación de los poderes públicos

En términos generales podemos afirmar que la legislación actual española acoge un concepto amplio de la protección del menor en cuanto que contempla medidas de intervención no solo cuando se ha producido la desprotección del menor sino también con carácter previo para prevenir tal desprotección y la integración familiar y social del mismo, incluso en algún caso, la promoción de los derechos de la infancia y la adolescencia en diversos ámbitos⁷².

Tras la reforma operada por la Ley 26/2015, se establece en el art.12.1 LOPJM entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: «d) La prevención y la detección precoz de to-

⁷² Cfr. Martínez García, C. (Coord). *El sistema de protección de menores en la España de las Autonomías...*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 383-384.

das aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2.d LOPJM)».

Y el artículo 12 LOPJM bajo el rótulo de Actuaciones de protección apunta que:

«1. La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. [...] (art.12.1 LOPJM)

2. Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores». (art.12.2 LOPJM)

Incluyendo en el art. 12.3 LOPJM,

«3. Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación ». (art.12.3 LOPJM)

Otra novedad que incorpora la reforma es la presunción de la minoría de edad como criterio que debe operar cuando existan razones para pensar que se trata de un menor y su edad no se pueda determinar con seguridad (art. 12.4 LOPJM)⁷³.

⁷³ Art. 12.4 LOPJM establece que «Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas.»

Podemos decir que la legislación nacional acoge un sistema de protección de menores que es gradual e integral:

- A) «Gradual porque comprende medidas que abordan las situaciones de desprotección de menor a mayor gravedad, [...]
- B) Integral porque aborda el período completo de la desprotección del menor, comenzando antes de que la misma se dé o comience a generarse hasta su total desaparición, en su caso, y la integración del menor cuando su interés así lo aconseje.»⁷⁴

Y el art. 12.1 LOPJM en su último párrafo, añade que en todo caso: «En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.»

En base a lo regulado podemos afirmar que el objetivo principal según este nuevo sistema de protección tras la reforma 2015 es «intentar mantener al menor en la familia de origen, apoyándola en el desarrollo de sus responsabilidades y funciones, y, en caso de que no sea posible, buscar la mejor familia para cada niño».⁷⁵

Otro de los puntos a tener en cuenta es el establecimiento de plazos para las revisiones de las situaciones del menor como obligación de las entidades públicas.⁷⁶ A este respecto art. 12.5. LOPJM señala:

⁷⁴ Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 383-384.

⁷⁵ Cfr. Adhoher Biosca, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en Mayor del Hoyo, M.^ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 48.

⁷⁶ «De esta manera se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño, niña o adolescente y una revisión de la medida de protección que se adopte con el mismo. [...] El establecimiento de un plazo más breve para la

«Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.»

Sobre los principios expuestos y en relación con las actuaciones en situación de desprotección del menor, podemos considerar que la reforma de 2015 regula de forma más pormenorizada las situaciones de riesgo y desamparo.⁷⁷

3.3.2. *Situación de riesgo: prevención, detección y reparación*

Ahora bien, esta «intervención de la Administración será diferente en función de la gravedad de la situación en la que se encuentre el menor. En este sentido, la normativa reguladora de la materia, ya antes de la reforma, diferenciaba entre situación de riesgo y situación de desamparo, si bien ahora establece una regulación mucho más completa.»⁷⁸

«Como se apuntó en líneas anteriores, el actual sistema de protección del menor prioriza las actuaciones de prevención, detección y reparación de las situaciones de desprotección en las que se pueda encontrar un niño. De esta forma se busca que las entidades públicas intenten evitar el

revisión de las medidas de protección no permanentes en relación con menores de tres años debe considerarse acertado, por las necesidades específicas que requieren los niños de tan corta edad y por ser imprescindible que en estos casos las medidas provisionales no deriven de facto en medidas irreversibles por el mero transcurso del tiempo.» Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 14. En Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 20.

⁷⁷ Estos conceptos jurídicos ya se contemplaba en la legislación anterior, si bien no definidos hasta ahora por una disposición normativa de rango estatal. La Ley 26/2015 incorpora como contenido sustantivo de tales situaciones de riesgo y desamparo básicamente lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en los últimos años.

⁷⁸ Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 29-30

desamparo antes que tender a su resolución una vez ocasionado. Esta finalidad preventiva conlleva la subsidiariedad de las actuaciones de los poderes públicos que, como la tutela administrativa, llevan consigo la separación del menor de su familia de origen. En este contexto, la figura llamada a encauzar este modelo prioritariamente preventivo es la situación de riesgo.»⁷⁹

3.3.2.1. Concepto

Tras la reforma operada por la Ley 26/2015 se considera como situación de riesgo, art. 17.1 LOPJM:

« [...] aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar» (art. 17.1 LOPJM) 55.

La situación de desprotección de un menor se produce cuando las personas que ejercen la patria potestad, tutela o guarda legal no cumplen o cumplen mal sus obligaciones respecto al menor, colocando a este en una situación de desprotección que perjudica su desarrollo personal y social. En estos casos la Administración pública competente debe intervenir en el interés superior del menor, adoptando las medidas que considere oportunas para que cese dicha situación de desprotección y garanti-

⁷⁹ Ob. cit., p. 30.

zar al menor el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad.

Dado que el actual sistema de protección del menor prioriza las actuaciones de prevención, detección y reparación de las situaciones de desprotección en las que se pueda encontrar un niño. Es decir como principio debe buscar (priorizar) prevenir futuras situaciones que desemboquen en desamparo antes que ya que intervenir sobre las consecuencias derivadas del mismo. Esta finalidad preventiva conlleva la subsidiariedad de las actuaciones de los poderes públicos que, como la tutela administrativa, llevan consigo la separación del menor de su familia de origen.

Atendiendo a la gravedad de la situación de desprotección en la que se encuentre el menor se considerará esa situación de riesgo o de desamparo. Distinción que ya aparecía con anterioridad a la reforma del 2015 pero que ahora su regulación es más completa⁸⁰. La figura jurídica llamada a encauzar este modelo prioritariamente preventivo es la situación de riesgo.

Sobre la base del art. 17.1 LOPJM que define la situación de riesgo, siguiendo a Pérez Álvarez, M.A., se desprende que el riesgo puede ser contemplado:

« [...] desde un punto de vista negativo, por referirse a circunstancias que no alcanzan la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción de la tutela administrativa, y, por otro lado, desde un punto de vista positivo, por tratarse de supuestos que precisan la intervención de la Administración a los efectos de eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor y evitar su desamparo, sin tener que separarlo de su entorno familiar»⁸¹

⁸⁰ Antes de la reforma este precepto únicamente disponía que la situación de riesgo se caracterizaba por la existencia de un perjuicio en su desarrollo personal o social pero que no alcanzaba la gravedad suficiente como para separarle de su familia de origen.

⁸¹ Pérez Álvarez, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», ob. cit., p. 103. En Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 30

En base al art. 17.2 LOPJM cuando se dé una situación de riesgo la intervención de la Administración pública competente debe garantizar en todo caso:

«2. En situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar.»

Como explicita el legislador en el Preámbulo de esta LOPJM, la reforma en este punto va encaminada a:

«En relación con la situación de riesgo, y mediante la reforma del artículo 17, se desarrolla de forma integral esta figura y su procedimiento, cuestiones ambas que no estaban reguladas a nivel estatal. La intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se torna de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave, y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia.»

3.3.2.2. Valoración y procedimiento

Si el art. art. 17.3 LOPJM reconoce la competencia de la administración pública en la intervención:

«3. La intervención en la situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras.»

La reforma incorpora a lo expuesto anteriormente una exigencia Art. 17.4 LOPJM y es que la

«valoración de la situación de riesgo requiere la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo

los factores de protección del menor y manteniendo a este en su medio familiar, y procurando la participación de los progenitores u otros responsables legales en la elaboración del proyecto.»⁸²

Se intentará consensuar el proyecto,

«Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.» (art. 17.4 LOPJM).

La búsqueda inicial del consenso responde al principio ya aludido de primar las soluciones consensuadas frente a las impuestas.

«Se pretende, de esta forma, acordar en lo posible con las partes implicadas y destinatarias de la actuación administrativa cuáles son las medidas que se van a aplicar en el caso concreto, así como los objetivos y los plazos para lograrlo.»⁸³

Y los padres, tutores o guardadores tienen la obligación de colaborar activamente en la ejecución de este proyecto. Art. 17.5 LOPJM

«5. Los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido proyecto. La omisión de la colaboración

⁸² Art. 17.4 LOPJM. «4. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.»

⁸³ Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 31.

prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor.»

En caso de que los progenitores u otros responsables del menor se nieguen a su suscripción o «no colaboren posteriormente en el mismo, se declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo». ⁸⁴ (Art. 17. 5 y 6, LOPJM).

Art. 17.6 LOPJM

«6. La situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 LEC (ex art. 17.6 LOPJM).

Por tanto, siguiendo a Adroher Biosca, S. solo en el caso de que no haya colaboración de la familia, procede la declaración formal de riesgo por resolución administrativa con todos los requisitos y las garantías oportunas. ⁸⁵

⁸⁴ Ob. cit., p. 31.

⁸⁵ Cfr. Adroher Biosca, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», ob. cit., p. 46. En Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 32. «Si cualquier medida de intervención de la Administración ha de partir del derecho del menor a no separarse del núcleo familiar, lo que requiere, lógicamente, contar con la colaboración de la familia. Es decir, la Administración debe dar a los padres o guardadores la oportunidad para que demuestren su compromiso en el cum-

Según Vázquez-Pastor, L haría falta precisar «si la falta de colaboración de los progenitores procede de un incumplimiento de sus deberes generador de una situación de riesgo», o si «se trata de un incumplimiento más grave generador de una declaración de desamparo», por ello considera que

« [...] el legislador debería haber optado por una fórmula intermedia, comprensiva de las dos posibilidades, estableciendo que la omisión de esta colaboración puede dar lugar a la declaración de la situación de riesgo o de desamparo del menor. Por consiguiente, la redacción que incorpora la reforma que nos ocupa no es del todo satisfactoria en este punto, porque parece que obliga necesariamente a pasar por una previa declaración de riesgo antes de desembocar en el desamparo. Esto podría ser perturbador y contrario a los principios de celeridad y de superior interés del menor».⁸⁶

La resolución administrativa tiene que estar motivada, esto es, explicar suficientemente las razones por las que se ha adoptado.⁸⁷

plimiento de sus deberes con el menor. Pero si fracasan, si es manifiesta su falta de colaboración o su comportamiento, en lugar de mejorar, empeora la situación de desprotección del menor; la Administración deberá declarar la situación de riesgo del mismo».

⁸⁶ Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 33. Nota a pie de página Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 21.

⁸⁷ «Como apunta Martínez García, dada la diversidad de situaciones que han de atenderse y la consiguiente heterogeneidad de proyectos y medidas de intervención, la exigencia de la motivación de la resolución es esencial a efectos de garantizar el acierto de la actuación administrativa en el caso concreto, puesto que no se trata de una aplicación reglada y detallada de la ley, sino que existe un margen amplio de discrecionalidad de la Administración. Ello permitirá el posterior control jurisdiccional de la resolución» ob. cit., p. 34.

«Y, añade la autora citada, si la intervención administrativa proyectada no fuera adecuada para lograr los objetivos marcados y no se consiguiera reducir o anular los indicadores de riesgo, cabe revisar la resolución para, en su caso, declarar el desamparo del menor. Para ello la ley prevé la posibilidad de que cuando la Administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención o Convenio no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que

3.3.2.3. Supuestos

Bajo este rótulo hemos querido agrupar aquellas posibles situaciones que prevé el artículo 17 LOPJM y que para definir ya sean cauces de actuación, mecanismos de control o en atención al sujeto menor, ha estimado necesario regular.

1. Art. 17.7 LOPJM prevé la «posibilidad de que la Administración pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial». Y en tal caso:

«7. Cuando la administración pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, la administración pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la administración pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención.»

2. Art. 17. 8 LOPJM prevé dos supuestos: la posibilidad de que la «Administración pública competente para apreciar la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar» y su resolución en el supuesto de discrepancia entre la Entidad pública y la Administración.

garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material», aquella lo «pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de la declaración de desamparo» Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., p. 395, en Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 33. Nota a pie de página nº 64.

«8. En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Cuando la Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros.»

Mediante esta regulación se establecen mecanismos de control a través del Ministerio Fiscal cuando exista una discrepancia entre Administraciones a la hora de evaluar si procede la declaración de desamparo⁸⁸.

3. Art. 17.9 LOPJM. Como el propio legislador menciona en el Preámbulo:

«Especial relevancia se otorga a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido».

«9. La administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situacio-

⁸⁸ « [...] tal como señala el Consejo Fiscal, «resulta, en estos casos, muy conveniente que el Fiscal tenga noticias de esta discrepancia y actúe supervisando una situación que estará en el límite entre el riesgo y el desamparo. Por ello, no cabe sino valorar positivamente la novedad» Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, pp. 23-24, en Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 33. Nota a pie de página nº 65.

nes de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.»

4.Art. 17.10⁸⁹ LOPJM. También se prevé como novedad introducida por la reforma 2015 una solución para los casos de atención sanitaria necesaria para el menor no consentida por sus progenitores u otros responsables legales, que conlleva también la modificación de la Ley de la Autonomía del Paciente.

«10. La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor.»

Esta novedad en la reforma conlleva la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, con-

⁸⁹ «Con esta modificación que incluye la reforma se atiende en cierta medida a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.»

cretamente el artículo que regula el consentimiento informado por representación (art. 9 de la Ley 41/2002)⁹⁰.

En resumen de lo expuesto en este epígrafe,

« [...] la finalidad preventiva del nuevo sistema de protección a la infancia y la adolescencia conlleva que los poderes públicos deban dar prioridad a las actuaciones preventivas, de detección y reparación de las situaciones de desprotección del menor. Por tanto, la intervención de la Administración pública irá encaminada, en primer lugar, a paliar las circunstancias familiares adversas que han colocado al menor en situación de riesgo pero sin separarlo de su entorno familiar.»⁹¹

Siguiendo a Pérez Álvarez «el cambio de la orientación legal de nuestro sistema hacia la prevención merece un juicio favorable, pues la implantación de un sistema orientado a evitar la desprotección antes que a solventar sus consecuencias constituye un acierto innegable»⁹².

No obstante, a raíz de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (2010), de La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 2019 (A/C.3/74/L.21/Rev.1) sobre

⁹⁰ «Se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (disposición final segunda de la Ley 26/2015).»

[...] «Por lo que ahora nos interesa, se añade un nuevo apartado en virtud del cual cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho del menor la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6 de la Ley 41/2002).» Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 34-35.

⁹¹ Ob. cit., p. 35.

⁹² Pérez Álvarez, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», ob. cit., pp. 107-108.

Promoción y Protección de los Derechos de la Infancia y de las de las Observaciones Generales y Finales, especialmente el Informe final 2018 del Comité de los Derechos del Niño dirigidas a España relativas al entorno familiar y a los cuidados alternativos, todavía es necesario una transformación en nuestro sistema de protección del menor que acoja plenamente las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño y su plena integración desde la perspectiva del respeto a sus derechos y no simplemente con carácter asistencial.

3.3.3. *Declaración de desamparo*

La Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce novedades relevantes respecto a la situación de desamparo.

3.3.3.1. Definición

Tras la Ley 26/ 2015, el artículo 172 del Código Civil se ha completado en su definición, al establecerse por primera vez en una norma de carácter estatal las circunstancias que determinan la situación de desamparo (art. 18 LOPJM). Introduciendo «una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración.»⁹³

El artículo 172 CC señala:

«Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos

⁹³ Según «ADROHER BIOSCA, el listado fue consensuado con las comunidades autónomas tras un análisis comparado de sus legislaciones en la materia y supone un importante avance en el tratamiento similar de estos casos en el territorio español» en ADROHER BIOSCA, S. «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», ob. cit., p. 47.

queden privados de la necesaria asistencia moral o material.» (art. 172.1. párrafo segundo)

Por su parte el artículo 18 LOPJM contempla las siguientes circunstancias⁹⁴:

« [...] En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor:

a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.

b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.

c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos

⁹⁴ Como señala Martínez García, C., «La separación de un niño de su entorno familiar, supone una excepción a su derecho a vivir en familia que, debe estar perfectamente acotada en la legislación y quedar sujeta a límites y condiciones para asegurar que se produce solo en interés superior del niño, siguiendo un procedimiento adecuado y asegurando la participación de todos los interesados. Estas exigencias no siempre se prevén adecuadamente en la legislación.

Puesto que se trata de una decisión absolutamente excepcional y de consecuencias graves para la vida del niño y de su familia, por lo que es imprescindible que el supuesto de hecho que la habilita esté perfectamente delimitado para evitar que se emplee en situaciones para las que esta medida sea inadecuada o desproporcionada.» p. 26.

La «constatación de las graves circunstancias que deben apreciarse conforme a la ley no determina, por sí sola, la declaración de desamparo, sino que es necesario que se den con suficiente gravedad, han de ser valoradas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad y han de suponer una amenaza para la integridad física o mental del menor. Sería conveniente que, además, la legislación explicitara que solo se declarará el desamparo cuando sea una exigencia de interés superior del niño, como reiteradamente señalan las Directrices.» p. 26.

graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.

d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.

g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria.

h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.» (art. 18.2. LOPJM)

Del precepto anterior se desprende lo siguiente:

1. Será necesario para que exista una situación de desamparo que exista una o alguna de esas circunstancias que menciona con suficiente gravedad, valoradas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad y supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor.

2. Por otra parte, la lista de los supuestos incluye siempre una cláusula abierta (art. 18.2.h) LOPJM) a fin de no correr el riesgo de dejar fuera otras tantas posibilidades de la realidad no recogidas por la norma que pudieran conducir al desamparo del menor.

3. Destacar que el legislador excluye expresamente para la valoración de la situación de desamparo la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores (art. 18.2. párrafo segundo, LOPJM).⁹⁵

En este punto el Consejo General del Poder Judicial considerando muy adecuada esta referencia en tanto puede servir de declaración de principio añade que:

⁹⁵ «Al respecto, debemos tener presente que, aunque el legislador establezca expresamente que la pobreza, por sí sola, no es causa para que se declare la situación de desamparo, es evidente que sí implica el riesgo de aumento de vulnerabilidad social de los menores y sus familias. Por ello, es necesario actuar con cautela en el establecimiento de medidas de protección cuando concurren, junto con otras circunstancias, situaciones transitorias de insolvencia o dificultades económicas, articulando las actuaciones necesarias que eviten una ruptura del vínculo familiar y garanticen un adecuado régimen de relaciones familiares, así como la posibilidad de una futura reintegración familiar, cuando el interés superior del menor así lo recomiende.» En Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 37. Citando al Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, de 28 de mayo de 2014, p. 27.

« [...] a su parecer, debería acompañarse esta referencia de un énfasis paralelo respecto de las obligaciones de los poderes públicos de contrarrestar con políticas, prácticas y presupuestos y minimizar el impacto directo que la pobreza tiene en la génesis de las situaciones de riesgo para los niños y adolescentes, en línea con la Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad, en cuyo apéndice se destaca cómo el ejercicio del papel parental en situaciones de riesgo o de efectiva exclusión social puede ser particularmente difícil y debe prestarse especial atención a las necesidades de los menores y sus familias en tal situación.»⁹⁶

4. Por otra parte el art. 18.2 párrafo segundo también excluye; «Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos»

5. Finalmente señalar que «Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente» (art. 18.2. párrafo segundo).

Con respecto a la legislación de las Comunidades Autónomas apuntar que han establecido en diversas disposiciones legales un amplio elenco de supuesto que consideran desamparo.⁹⁷

⁹⁶ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 29.

⁹⁷ Siguiendo a Moreno Torres-Sánchez, J. «[...] cabe citar como ejemplo la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, que cita, entre otras situaciones, «el abandono voluntario del menor por parte de su familia; la ausencia de escolarización habitual del menor; la existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas; la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza; el trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda; la drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor; la convivencia en un entorno socio familiar que deteriore gravemente la in-

3.3.3.2. Asunción *ope legis* de la tutela administrativa

El artículo 172. 1 en su párrafo primero, establece:

«1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. [...] »

Es decir la declaración de la situación de desamparo por resolución administrativa supone la asunción *ope legis* (por ministerio de la ley) de la tutela del menor por la entidad pública.⁹⁸

Esta resolución administrativa que declara la situación de desamparo se fundamenta en la constatación de que se produce el hecho que da lugar a tal situación y siguiendo a De Pablo Contreras, «esta situación de he-

tegridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad; y, la falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercer- las con peligro grave para el menor» (art. 23.1).

«Junto con la anterior, otras normas autonómicas que recogen una relación de supuestos de hecho considerados como desamparo son: el artículo 63.2 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; el artículo 49.2 de la Ley 1/2006, de 28 febrero, de Protección de Menores de La Rioja; el artículo 50 de la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, de Navarra; el artículo 56 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, el artículo 59.2 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. En cualquier caso, es cierto que en todas estas listas de supuestos se incluye siempre una cláusula abierta, pues existen tantas posibilidades que en la realidad social pueden conducir al desamparo del menor que resulta difícil contemplarlas todas en una norma» Moreno Torres-Sánchez, J. *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 72. Citado en Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 36.

⁹⁸ Para el estudio sobre el procedimiento administrativo de declaración legal de desamparo de un menor, véase Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 404-407.

cho (concorre) de forma no meramente transitoria, sino estable»⁹⁹ y,

«Solo esto puede explicar que en su redacción actual, el artículo 172.1 CC considere que la entidad pública puede dictar de oficio la resolución administrativa que declare a un menor en desamparo, pues únicamente el hecho de que los progenitores, tutores o guardadores hayan sido oídos en una situación jurídica precedente justifica que esta norma se limite a prever su notificación como presupuesto que le permite recurrirla, junto con otros sujetos también legitimados y con carácter revisor, ante la jurisdicción civil.»¹⁰⁰

Esta resolución administrativa y las medidas adoptadas, continúa diciendo el art. 172.1 en su párrafo primero del Código Civil, « [...] se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. [...] ».

Señalar en este punto que la obligación de notificación al menor afectado y la forma y plazo en que se ha de notificar, también a sus progenitores o guardadores legales constituye una novedad en relación con la legislación anterior, introducida por la reforma 2015.

A este respecto la información «será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los

⁹⁹ Siguiendo a Vázquez-Pastor, «[...] estamos de acuerdo con De Pablo Contreras cuando concluye que la reforma de 2015 ha asumido como criterio general que la constatación de la situación de desamparo del menor como un hecho estable, no circunstancial ni transitorio, al que ha de atender la entidad pública, se produzca en el ejercicio de las potestades administrativas que preceden a la resolución en que se declara; y en estas situaciones previas (las de riesgo o sometimiento a la guarda solicitada o asumida de forma provisional) tiene lugar siempre la valoración del posible desamparo del menor con participación de su familia (padres, tutores o guardadores de hecho).» Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 38.

¹⁰⁰ Ob. cit, p. 39. Véase De Pablo Contreras, P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en Mayor Del Hoyo, M.^a V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 132-133.

efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial.» (art. 172.1. párrafo primero del CC)

La asunción de la tutela administrativa *ex legis* a la entidad pública tiene como consecuencia la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria «No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.» (art. 172.1 párrafo tercero, CC) Y, como novedad de la reforma, «La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.» (art. 172.1. párrafo cuarto, CC). Con anterioridad a la reforma solo era posible la suspensión de las mismas.

En relación con el procedimiento y plazo, en base al art. 172 CC, en el plazo de dos años a contar desde la notificación de la declaración de la situación de desamparo, los progenitores o tutores que continuasen con la patria potestad aunque suspendida conforme a lo dicho anteriormente podrán,

« [...] solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela.

Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.» (art. 172.2. párrafos uno y dos, CC)

La revocación del desamparo se regula en el art. 172.3 CC cuando dice: «La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.»

Ahora bien, pasado dicho plazo de dos años los padres o tutores ya no podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor, aunque sí podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo (art. 172.2. párrafos dos y tres, CC). Por tanto, pasado el plazo de dos años solo el Ministerio Fiscal podrá impugnar la resolución de la entidad pública, novedad introducida por la reforma. (art. 172. 2. párrafo cuatro, CC).

En cualquier caso, «Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.» (art. 172. 2. párrafo quinto, CC)

Siguiendo a Lázaro González,

« [...] con esta reforma del artículo 172 CC se incorporan garantías tanto en lo que se refiere a la notificación de la resolución de desamparo como a los plazos que vienen a asegurar la rapidez que exige una decisión de estas características y a la posibilidad de oponerse a la misma. El sistema quiere evitar que dotar al niño de una solución estable para su protección sea una pura ficción en la ley o que la atención inmediata, que ya estaba prevista, le coloque en una indefinición en cuanto a su futuro.»¹⁰¹

Siguiendo a Vázquez-Pastor,

« [...] la declaración de desamparo conlleva como primer efecto la separación del menor de su núcleo familiar, lo que no obsta para que el objetivo a seguir sea facilitar la reintegración del menor con su familia de origen una vez que la situación se haya normalizado y su vuelta no resulte perjudicial para aquel. Este principio de prioridad de la familia de

¹⁰¹ Cfr: Lázaro González, I, E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia» núm. 11, 2015, p. 6 (versión electrónica). Citado en Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 40.

origen, igualmente aplicable en situaciones de riesgo como en situaciones de desamparo, es acogido por el legislador antes y después de la reforma. Así, actualmente la LOPJM obliga expresamente a la entidad pública que asuma la tutela de un menor a elaborar un plan individualizado de protección incluyendo un programa de reintegración familiar cuando esta sea posible (art. 19 bis LOPJM).»¹⁰²

3.3.3.3. Sobre el retorno del menor con su familia de origen

El artículo 19 *bis* LOPJM que lleva por rúbrica *Disposiciones comunes a la guarda y tutela*, establece en su punto 3:

«3. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.» (art. 19 bis, 3 LOPJM)

De este precepto se desprenden los criterios o requisitos que determinarán si procede la reintegración familiar o no del menor con su familia de origen, siempre en el interés superior del menor.

Estos criterios acogen los fijados en su momento por Sentencia del Tribunal Supremos, de 31 de julio de 2009, cuando dispuso que:

« [...] es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del Art. 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al mo-

¹⁰² Ob. cit., p. 40

mento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

Y en relación a cómo debe ponderarse el interés del menor que es criterio rector en materia de protección del mismo:

«[...] para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico»¹⁰³.

Esta doctrina posteriormente fue recogida en otras sentencias y reiterada en sentencias posteriores a la reforma de 2015.¹⁰⁴

¹⁰³ STS 5817/2009-ECLI:ES:TS:2009:5817 –Poder Judicial. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/f9caf3b37c843044cff9837de00c97b4774d21058866295d>.

¹⁰⁴ Por ejemplo: SSTS, de 13 de junio 2011 (RJ 2011/4526), de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011/2362) y de 28 de septiembre 2015 (RJ 2015/2293). Véase en relación al interés superior del niño – Acogimiento familiar y residencial, el análisis jurisprudencial recogido en Martínez García, C., y Del Moral Blasco, C.; *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*. Madrid. El Ministerio de Economía, Industria y competitividad financia la elaboración de esta Guía en el marco del proyecto de I+D DER2013-47866-C3-2-P, 2017. Disponible en:

En base a la jurisprudencia en esta materia, a la luz del art. 19 **bis**, 3 LOPJM podemos anotar como resumen que:

1. «El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas.
2. [...] El derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de función subordinada al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.
3. [...] Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables

https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determinacion_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf

Destacamos de este estudio: «Sentencia TS 60/2012, de 17 de febrero – interés superior del menor y retorno a la familia biológica; Sentencia TS 315/2014, de 6 de junio – interés del menor y posible retorno a la familia biológica, por las nuevas circunstancias de normalidad que puedan presentar ahora los padres; Sentencia núm. 407/2015, de 9 de julio – sobre el retorno a la familia biológica; Sentencia TS 416/2015, de 20 de julio – interés superior del menor y supuesto de separación y divorcio de los acogedores en régimen de acogimiento permanente en familia extensa. En el proceso matrimonial no pueden modificarse las medidas relativas al acogimiento del menor; Sentencia TS 537/2015, de 28 de septiembre - sobre el retorno a la familia biológica; Sentencia TS 540/2015, de 15 de octubre – sobre la interpretación del interés superior del menor en la determinación de las causas de la declaración del desamparo y el posterior acogimiento; Sentencia TS 687/2015, de 2 de diciembre – interés superior del menor prima sobre el interés de la madre en un supuesto de posible retorno a la familia biológica; Sentencia TS 170/2016, de 17 de marzo – sobre el interés superior del menor y el acogimiento familiar conjunto o separado de dos hermanos biológicos; Sentencia TS 740/2016, de 21 de diciembre – sobre el interés superior del menor y posible retorno a la familia biológica.» Disponible en:

<https://www.comillas.edu/es/catedra-santander-de-los-derechos-del-nino-id/jurisprudencia/acogimiento>

para su interés, (desarrollo físico, intelectual e integración social del menor) contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés de aquel.»¹⁰⁵

En relación con los menores extranjeros no acompañados el art. 19 *bis*, 5 LOPJM establece que, «se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad».

Finalmente señalar que en base art. 172.3 del CC,

«Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar; aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda».

Y atendiendo a la provisionalidad y temporalidad de las medidas el art. 172.5 CC establece que,

«5. La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.

b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente,

¹⁰⁵ Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 42.

o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.

c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela.»¹⁰⁶

2.3.4. *Breve referencia a las instituciones de guarda o tutela del menor. El acogimiento*

Si nuestra exposición está delimitada por el estudio de situación de riesgo o prevención secundaria en la protección del menor, no obstante, a fin de conocer el engranaje de aquellas instituciones que en nuestro ordenamiento jurídico operan en orden a la protección del mismo, nos ha parecido necesario exponer al menos sucintamente las «instituciones de guarda y medidas protectoras de la infancia y la adolescencia» que nuestro ordenamiento jurídico interno contempla.

A este respecto haremos referencia a la guarda y el acogimiento como figura para ejercer la guarda o tutela del menor, sin entrar a considerar la figura protectora de la adopción.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Según los artículos 276 y 277.1 del Código Civil:

Artículo 276.

«La tutela se extingue:

1. Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.

2. Por la adopción del tutelado menor de edad.

3. Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.

4. Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.»

Artículo 277.

«También se extingue la tutela:

1. Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.

2. [...]»

¹⁰⁷ Analizaremos la guarda y el acogimiento, sin entrar a exponer la adopción ya que esta se configura como un instrumento de integración familiar presidido por el interés prevalente del menor que se articula legalmen-

2.3.4.1. La guarda

Dentro de la institución de la guarda debemos diferenciar:

1. La guarda provisional.

El artículo 172.4 párrafo primero, CC establece:

«4. En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor; investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.»

Este precepto recoge lo que se denomina guarda provisional, introducida por la reforma 2015 y que se encuadra «dentro de las medidas de atención inmediata para atender a situaciones de urgencia, sin declaración previa de desamparo, ni solicitud expresa de guarda por los progenitores.»¹⁰⁸

te mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior (salvo las excepciones del art. 178.2 CC) y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación (artículos 108 y ss. CC).

No obstante, señalar como novedades a destacar de la Reforma de 2015 la llamada adopción abierta, es decir la que opera «Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.» (art. 178.4 CC); la novedad de la guarda con fines de adopción que veremos en el desarrollo del epígrafe y en el procedimiento, la declaración de idoneidad de los adoptantes que será necesariamente previa a la propuesta de adopción que la entidad pública formula al juez, (art. 176.2. CC).

Para un estudio detallado de la adopción como medida protectora del menor, puede verse Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., pp. 57 a 75

¹⁰⁸ Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 43.

Por su parte el artículo 14 LOPJM bajo el rótulo de *Atención inmediata*, que precise cualquier menor, insta a actuar a los órganos competentes, poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o cuando fuese necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal, y practicar simultáneamente la diligencias necesarias para identificar el menor, sus circunstancias y en su caso, constatar la situación de desamparo, haciendo remisión expresa al art. 172.4 CC.

«Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal. La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.» (art. 14 LOPJM)

En relación con el procedimiento, el artículo 172. 4 continúa diciendo que tales diligencias:

«Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

«Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública.»

En resumen podemos señalar que se trata de una figura introducida por la reforma 2015 en virtud de la cual:

1. «La entidad pública adquiere la guarda provisional del menor que necesita cuidado y atención inmediatos, mientras se investigan sus circunstancias y se constata su situación real.
2. [...] La entidad pública no asume la tutela del menor en cuestión, únicamente su guarda y, por ende, el deber de velar por él, que ejercerá mediante el acogimiento.
3. Se requiere resolución administrativa para su constitución, que deberá comunicarse al Ministerio Fiscal, debiendo mantenerse esta medida durante el plazo más breve posible.»¹⁰⁹

A continuación pasamos a exponer otra modalidad de guarda, la guarda voluntaria o asistencial.

2. La guarda voluntaria o asistencial

Esta guarda se caracteriza por ser la solicitada por los padres o tutores que no pueden cuidar del menor por circunstancias graves y transitorias.

El artículo 172 *bis*, 1 CC la regula al establecer:

¹⁰⁹ Ob. cit, p. 44

Con respecto a la falta de concreción en el “breve plazo” para la realización de las diligencias oportunas, la mayoría de la doctrina estima que hubiese sido deseable la fijación de un plazo máximo, ya que si bien el legislador indica que, «la guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales, pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica» y prevé «las obligaciones de las entidades públicas y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa», no se fija un tiempo máximo, necesario por razón de seguridad jurídica y a fin de que no se produzcan dilaciones en posibles declaraciones de desamparo que hayan de dictarse. A este respecto, véase, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «La guarda y el acogimiento de menores», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2015, p. 1. Y, Moreno Torres Sánchez, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 30

«1. Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.»

Señalar que las causas no aparecen especificadas en la legislación, si bien siguiendo a Vázquez-Pastor, L., « [...] deberá tratarse de causas ajenas a la voluntad de los progenitores o causas involuntarias o de fuerza mayor. En todo caso, tales circunstancias deben estar debidamente acreditadas con el fin de impedir que se utilice esta figura como medio arbitrario para que los padres o tutores dejen temporalmente sus deberes de guarda».¹¹⁰

Con respecto a su procedimiento el art. 172 *bis*, 1 CC, continúa diciendo:

«La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades.

La resolución administrativa sobre las asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.»

Si como indica el artículo 172 *bis*, 1 primer párrafo del CC que expusimos anteriormente, el plazo máximo para la guarda voluntaria es de dos años -novedad introducida por la reforma 2015-, en base al artículo 19 *bis*, LOPJM,

¹¹⁰ Ob. cit., p. 45

que lleva por rúbrica *Disposiciones comunes a la guarda y tutela*, será posible en el interés superior del menor, excepcionalmente la prórroga de la medida por la «previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo». Teniendo en cuenta lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 del art. 19 *bis* LOPJM¹¹¹

Transcurrido el plazo de los dos años o en su caso la prórroga, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores y si no se dieran las circunstancias para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.¹¹²

Destacamos de lo expuesto:

1. La guarda voluntaria no afecta a la patria potestad de los padres (a diferencia de lo que ocurre con la tutela *ex lege* administrativa como consecuencia de la declaración de desamparo), ya que estos «no son suspendidos en su ejercicio, únicamente afectará a sus deberes de guarda,

¹¹¹ Artículo 19 *bis*. Disposiciones comunes a la guarda y tutela.

«2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados.

3. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

4. Cuando se proceda a la reunificación familiar, la Entidad Pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor.»

¹¹² «De esta manera se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a la Administración pública *sine die*, privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia. En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional (art. 19 *in fine* LOPJM).» Ob. cit., p. 46.

que pasan a ser asumidos por la entidad pública competente».

En relación con esto una novedad de la reforma 2015 es que «se permite a la entidad pública establecer una cantidad que deben abonar los progenitores o tutores «para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.»¹¹³ (art. 172 *ter*, 4, CC).

2. Sobre el principio básico de reintegración familiar del menor, la guarda voluntaria -al igual que ocurre con la tutela administrativa en la declaración de desamparo-, tiene «carácter provisional, cesando tan pronto como acabe la situación que les dio lugar o, en su caso, dando lugar a la adopción de una medida de protección permanente».
3. La guarda al igual que la tutela administrativa como situación de desamparo, se ejercerán a través del acogimiento familiar preferentemente y si este no es posible, mediante un acogimiento residencial.

3. La guarda judicial

A ella se refiere el artículo 172.2 *in fine* CC, cuando dice: «2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guar-

¹¹³ No obstante este cambio en la tendencia ante el vacío legal que existía con anterioridad a la reforma, siguiendo a Bercovitz Rodríguez-Cano, debemos considerar «que esta última previsión del citado precepto referida a los gastos «derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos» no parece tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1903 CC, tanto los padres como los tutores responden de los daños causados por los hijos y tutelados menores, respectivamente, únicamente si están bajo su guarda y custodia y, por definición, este no es el caso.» (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «La guarda y el acogimiento de menores», ob. cit., núm. 9, 2015, p. 2).» Citado en Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 47

da cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente.»

Y el artículo 158.6 CC establece que.

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

[...]

6. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.»

De tal modo que siguiendo a Vázquez- Pastor, L., «en cualquier procedimiento civil o penal el juez podrá ordenar como medida de protección del menor que su guarda se ejerza por terceras personas, normalmente familiares o la entidad pública, hasta que se dispongan medidas definitivas.»¹¹⁴

Aunque se aprecie similitud entre la guarda provisional y la guarda judicial, pues ambas tienen un carácter de transitoriedad hasta que se esclarezcan los hechos y la finalidad no es otra que proteger con carácter urgente al menor, la diferencia radica en que en la guarda provisional es la entidad pública la que acuerda la medida de guarda, sin proceso judicial y en principio sin que haya un hecho ilícito. En la segunda, la guarda judicial es consecuencia de un proceso judicial en curso, civil o penal.

¹¹⁴ Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ...», ob. cit., p. 47.

4. La guarda de hecho

Denominamos guarda de hecho cuando una persona que no tiene leglamente funciones tutelares respecto de un menor asume y ejerce de hecho tales funciones.¹¹⁵

El artículo 303 CC, tras la reforma, se refiere a ella y a su tratamiento cuando dice:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas»

Por otra parte, continúa diciendo el mismo artículo, como medida cautelar,

« [...] mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.»

Así mismo procederá la declaración de desamparo del menor en situación de guarda de hecho por parte de la entidad pública siempre que se den los supuestos legales que la justifican (art. 172 CC). Así lo recoge el artículo 303. 2 CC,

«2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos

¹¹⁵ Con anterioridad a la reforma 2015 ya «se preveía se preveía que la autoridad judicial que tuviese conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podría requerirle para que informase de la situación personal y patrimonial del menor y de su actuación en relación con el mismo, pudiendo establecer además las medidas de control y vigilancia que considerase oportunas (art. 303 CC).» Ob. cit.,p. 48.

de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.»

En base al artículo 239. CC, si bien es cierto que la asunción de la tutela administrativa *ex lege* en situación de desamparo corresponde a la entidad pública (239.1 CC), el punto 2 del mismo artículo contempla¹¹⁶ la posibilidad de «el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste» (239.2 CC), pudiendo incluirse aquí el guardador de hecho.

Y, finalmente el artículo 303.2 *in fine*, CC añade que «En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.»

3.3.4.2. El acogimiento

La figura del acogimiento que es el cauce para ejercer la guarda o tutela de un menor por parte de la entidad pública responde el principio rector que impone a la entidad pública el deber de procurara al menor un ambiente familiar idóneo.

El artículo 11.2.c LOPJM establece que: «2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos

¹¹⁶ Artículo 239.

«1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública.

2. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste.

En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso.

3. Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela.»

en relación con los menores: [...] c) Su integración familiar y social»¹¹⁷

Desde que la entidad pública asume la tutela de un menor en desamparo hasta que se que reintegra en su familia o se da en adopción o bien desde que asume la guarda en virtud de los padres o tutores o por decisión judicial hasta su reintegración en la familia de origen transcurre un período de tiempo en el que es preciso que el menor participe de un ambiente familiar adecuado.

Este acogimiento puede ser familiar o residencial. Si bien tiene preferencia el acogimiento familiar (siempre en el interés superior del menor), y solo si no fuese po-

¹¹⁷ Artículo 11.2 LOPJM

2. «Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

- a) La supremacía de su interés superior.
- b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.
- c) Su integración familiar y social.
- d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección.
- f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten.
- g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social.
- h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten.
- i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar; así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.
- j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia.
- k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas.
- l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual.
- m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.»

sible este el residencial (art. 172 *ter* 1 CC)¹¹⁸. La familia se considera el mejor entorno para favorecer el libre desarrollo de la personalidad del menor. A este respecto el artículo 21.3 LOPJM establece que:

«3. Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años. No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses.»

Por eso vamos a diferenciar:

1. Acogimiento familiar¹¹⁹

Está regulado en el artículo 173 *bis* CC. cuando dice;

«1. El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado.

2. El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos:

¹¹⁸ Artículo 172 *ter*.

«1. La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.»

¹¹⁹ Antes de comenzar este punto queremos señalar que la reforma 2015 ha suprimido el llamado acogimiento familiar provisional al simplificar la figura del acogimiento y el acogimiento preadoptivo que se configura como una fase del procedimiento de la adopción, según lo dispuesto en la Ley 26/2015 Disposición Adicional segunda.

a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.¹²⁰

c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.»

2. Acogimiento residencial

De lo señalado anteriormente en los artículos 172 *ter* 1 CC y artículo 21.3 LOPJM, se desprende la prevalencia del acogimiento familiar frente al residencial «para cualquier menor, especialmente para menores de seis años.

¹²⁰ Ley 26/ 2015. Disposición adicional segunda con la rúbrica *Referencias al acogimiento preadoptivo y al acogimiento simple y a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional* establece que:

«Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realicen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del Código Civil. Las que se realicen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil; y cuando lo fueran a las Entidades colaboradoras de adopción internacional se entenderán hechas a los organismos acreditados para la adopción internacional.»

[...] No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses.» (Artículo 21.3 LOPJM)

Por otra parte, el artículo 21.2 *in fine* LOPJM establece que «Asimismo, la Entidad Pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares».

No obstante, el acogimiento residencial puede ser en ocasiones, la medida más indicada atendiendo al interés superior del menor, valoradas sus circunstancias personales, familiares, sociales.¹²¹

Si se ha acordado el acogimiento residencial según dispone el artículo 21.1. e, LOPJM¹²² las entidades públicas competentes y los servicios y centros donde se encuen-

¹²¹ Sobre estos centros de protección de menores véase Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 423-426.

¹²² Artículo 21.LOPJM *Acogimiento residencial*.

«1. En relación con los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las siguientes obligaciones básicas:

a) Asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana y garantizarán los derechos de los menores adaptando su proyecto general a las características personales de cada menor, mediante un proyecto socio-educativo individual, que persiga el bienestar del menor, su desarrollo físico, psicológico, social y educativo en el marco del plan individualizado de protección que defina la Entidad Pública.

b) Contarán con el plan individual de protección de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución, en el cual se preverá la preparación del menor, tanto a la llegada como a la salida del centro.

c) Adoptarán todas sus decisiones en relación con el acogimiento residencial de los menores en interés de los mismos.

tre el menor «e) Promoverán la relación y colaboración familiar, programándose, al efecto, los recursos necesarios para posibilitar el retorno a su familia de origen, si se considera que ese es el interés del menor.» Además, «Contarán con el plan individual de protección de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución,

d) Fomentarán la convivencia y la relación entre hermanos siempre que ello redunde en interés de los menores y procurarán la estabilidad residencial de los menores, así como que el acogimiento tenga lugar preferentemente en un centro ubicado en la provincia de origen del menor.

e) Promoverán la relación y colaboración familiar, programándose, al efecto, los recursos necesarios para posibilitar el retorno a su familia de origen, si se considera que ese es el interés del menor.

f) Potenciarán la educación integral e inclusiva de los menores, con especial consideración a las necesidades de los menores con discapacidad, y velarán por su preparación para la vida plena, de manera especial su escolarización y formación. En el caso de los menores de dieciséis a dieciocho años uno de los objetivos prioritarios será la preparación para la vida independiente, la orientación e inserción laboral.

g) Poseerán una normativa interna de funcionamiento y convivencia que responda a las necesidades educativas y de protección, y tendrán recogido un procedimiento de formulación de quejas y reclamaciones.

h) Administrarán los medicamentos que, en su caso, precisen los menores bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria. A estos efectos se llevará un registro con la historia médica de cada uno de los menores.

i) Revisarán periódicamente el plan individual de protección con el objeto de valorar la adecuación del recurso residencial a las circunstancias personales del menor.»

j) Potenciarán las salidas de los menores en fines de semana y períodos vacacionales con sus familias de origen o, cuando ello no fuese posible o precedente, con familias alternativas.

k) Promoverán la integración normalizada de los menores en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas que transcurran en el entorno comunitario en el que se encuentran.

l) Establecerán los necesarios mecanismos de coordinación con los servicios sociales especializados para el seguimiento y ajuste de las medidas de protección.

m) Velarán por la preparación para la vida independiente, promoviendo la participación en las decisiones que le afecten, incluida la propia gestión del centro, la autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades.

n) Establecerán medidas educativas y de supervisión que garanticen la protección de los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales.»

en el cual se preverá la preparación del menor, tanto a la llegada como a la salida del centro.» (Artículo 21.1. b, LOPJM)¹²³

Finalmente señalar que también se exige que los centros de acogimiento residencial que prestan servicios dirigidos a menores estén habilitados administrativamente por la entidad pública y que cumplan con unos estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio.¹²⁴

Para finalizar la exposición de este epígrafe queremos señalar que la reforma 2015 ha introducido novedades en la regulación del acogimiento, destacamos las siguientes:

1. Se suprime el acogimiento familiar judicialmente constituido. Será la resolución administrativa de la entidad pública que tenga la tutela o guarda la que formalice el acogimiento¹²⁵ sin perjuicio del control jurisdiccional

¹²³ Como señala Vázquez-Pastor, «De esta manera, la reforma impone a la entidad pública el deber de elaborar planes de trabajo con las familias desde el momento en que se constituye el acogimiento residencial, con objetivos claros y evaluables en un plazo de tiempo determinado, para evitar que los acogimientos residenciales se perpetúen y no puedan ensayarse otras vías de convivencia familiar.» Ob. cit., p. 54.

¹²⁴ Artículo 21.2. LOPJM.

«2. Todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de la protección deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública, debiendo respetar el régimen de habilitación lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio.

La Entidad Pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial e inscribirá en el registro correspondiente a las entidades de acuerdo con sus disposiciones, prestando especial atención a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

Asimismo, la Entidad Pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares.»

¹²⁵ El artículo 20. 2 LOPJM establece que «El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento.»

de la resolución administrativa de acogimiento si esta es impugnada por persona legitimada.

Razones de agilidad, no duplicidad de procesos y preservar el interés del menor abogaban por este cambio, si bien no faltan autores que consideran que esta administración del acogimiento limite garantías a las familias de origen y al menor colocándolos en una situación de mayor indefensión « sobre todo, de control sobre actuaciones realizadas para reintegrar al menor con su familia de origen o extensa, antes de iniciar trámites de acogimiento permanente o adopción con terceros». ¹²⁶

2. El acogimiento se formalizará previa valoración de la adecuación de la familia para tal fin, en este sentido se amplía este requisito de la valoración o adecuación de la familia de acogida ya que con anterioridad a la reforma el requisito de la valoración estaba establecido para la adopción.

Los requisitos de la valoración están especificados en el artículo 20.2 LOPJM cuando señala:

«En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra

¹²⁶ Cfr. Campo Izquierdo, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», ob. cit., pp. 1-2.

cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento.»

Como se desprende del precepto y ha sido reiterada por la jurisprudencia es el principio del interés superior del menor el que rige la actuación de las administraciones públicas y determina la valoración y consiguiente toma de decisiones.¹²⁷

3. Se mantiene la distinción entre acogimiento en familia extensa del menor y acogimiento en familia ajena, pudiendo este último ser especializado.¹²⁸

4. Se regula un catálogo de derechos y deberes de los acogedores que configuran su estatuto jurídico para un adecuado ejercicio de sus funciones siempre en beneficio del interés del menor.¹²⁹ Destacar el derecho a ser

¹²⁷ Como botón de muestra puede verse Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2018 (RJ 2018/2792). Artículo 11. *Principios rectores de la acción administrativa*.

«2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

a) La supremacía de su interés superior.

b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.

¹²⁸ Artículo 20. *Acogimiento familiar*.

«1. El acogimiento familiar, de acuerdo con su finalidad y con independencia del procedimiento en que se acuerde, revestirá las modalidades establecidas en el Código Civil y, en razón de la vinculación del menor con la familia acogedora, podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena.

El acogimiento en familia ajena podrá ser especializado, entendiendo por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral.

El acogimiento especializado podrá ser profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública.»

¹²⁹ Artículo 20 bis. Derechos y deberes de los acogedores familiares. «1. Los acogedores familiares tendrán derecho a: a) Recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como preparación previa,

seguimiento y apoyo técnico especializado durante y al término del mismo. En el caso de menores con discapacidad, los acogedores tendrán derecho a orientación, acompañamiento y apoyo adaptados a la discapacidad del menor. b) Ser oídos por la Entidad Pública antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen. c) Ser informados del plan individual de protección así como de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento que se adopten respecto al menor acogido, de las revisiones periódicas y a obtener información del expediente de protección del menor que les resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, a excepción de aquellas cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de terceros y a la protección de datos de carácter personal. d) Ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada. e) Cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento establecidos para el acogimiento. f) Disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor que acogen. g) Ejercer todos los derechos inherentes a la guarda. h) Ser respetados por el menor acogido. i) Recabar el auxilio de la Entidad Pública en el ejercicio de sus funciones. j) Realizar viajes con el menor siempre que se informe a la Entidad Pública y no exista oposición de ésta. k) Percibir una compensación económica y otro tipo de ayuda que se hubiera estipulado, en su caso. l) Facilitar al menor acogido las mismas condiciones que a los hijos biológicos o adoptados, a fin de hacer uso de derechos u obligaciones familiares durante el tiempo que el menor conviva con ellos. m) Relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. n) Ser protegidos sus datos personales respecto de la familia de origen, de acuerdo con la legislación vigente. ñ) Formular formalmente quejas o sugerencias ante la Entidad Pública que deberán ser tramitadas en un plazo inferior a los 30 días y, en caso de solicitar audiencia, ser escuchado con anterioridad a dicho plazo. o) La familia acogedora tendrá los mismos derechos que la Administración reconoce al resto de unidades familiares.»

2. Los acogedores familiares tendrán los siguientes deberes:

«a) Velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar prestando los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades. b) Oír al menor siempre antes de tomar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, sin exclusión alguna por discapacidad, y a transmitir a la Entidad Pública las peticiones que éste pueda realizar dentro de su madurez. c) Asegurar la plena participación del menor en la vida de familia. d) Informar a la Entidad Pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el

oídos por el Entidad pública antes de que se adopte cualquier resolución que afecte al menor (art. 20 bis, 1 letra b LOPJM); «Ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada.» (art. 20 bis, 1 letra d LOPJM) y,

«Relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.» (art. 20 bis, 1 letra m LOPJM).

En relación con los deberes que establece el artículo 20. bis. 2 LOPJM, queremos destacar además de que «los acogedores familiares tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad.» (art. 20 bis, 2, letra l, LOPJM) los siguientes:

«a) Velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso

menor. e) Respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso. f) Colaborar activamente con las Entidades Públicas en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y seguimiento de la medida, observando las indicaciones y orientaciones de la misma. g) Respetar la confidencialidad de los datos relativos a los antecedentes personales y familiares del menor. h) Comunicar a la Entidad Pública cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tomaron en consideración como base para el acogimiento. i) Garantizar el derecho a la intimidad y a la identidad de los menores acogidos y el respeto a su propia imagen, así como velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales. j) Participar en las acciones formativas que se propongan. k) Colaborar en el tránsito de la medida de protección del menor a la reintegración a su entorno de origen, la adopción, u otra modalidad de acogimiento, o al entorno que se establezca tras la adopción de una medida de protección más estable. l) Los acogedores familiares tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad.»

de menor con discapacidad, deberá continuar prestando los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades.¹³⁰

b) Oír al menor siempre antes de tomar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, sin exclusión alguna por discapacidad, y a transmitir a la Entidad Pública las peticiones que éste pueda realizar dentro de su madurez.

[...]

e) Respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso.¹³¹

[...]

k) Colaborar en el tránsito de la medida de protección del menor a la reintegración a su entorno de origen, la adopción, u otra modalidad de acogimiento, o al entorno que se establezca tras la adopción de una medida de protección más estable».

5. Se estipulan también los derechos del menor acogido. (Artículo 21 *bis* LOPJM).

Diferenciando entre derechos del menor acogido que rigen para cualquier modalidad de acogimiento (art. 21 *bis*, 1 LOPJM); derechos que se añaden para supuestos de acogimiento familiar (art. 21 *bis*, 2 LOPJM); y derechos que se añaden en el supuesto de acogimiento residencial (art. 21 *bis*, 3 LOPJM).

¹³⁰ Artículo 173.1 CC «1. El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades.»

¹³¹ Artículo 19. *bis*. 2 LOPJM. «2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados.»

Del segundo grupo queremos destacar:

«b) Mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si la Entidad Pública entiende que conviene a su interés superior y siempre que lo consintieren el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, la familia de acogida y la de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente.» (Art. 21 bis, 2 letra b LOPJM)

«c) Solicitar información o pedir, por sí mismo si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar.» (Art. 21 bis, 2 letra c LOPJM)

6. Para la formalización del acogimiento se añade como novedad la intervención del menor acogido. En base al artículo 173.2 CC «2. El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años».

3.3.5. *Prevención de las situaciones de desprotección social del menor. Derecho a crecer en familia*

Si hemos expuesto en los epígrafes anteriores el marco legal que ordenamiento jurídico interno español establece en orden a la protección social del menor y que se estructura en torno a las figuras de riesgo y desamparo, no es menos cierto que también hemos ido comentando como todavía no responde plenamente a las exigencias derivadas de las Resoluciones, Directrices, y criterios que emanan y se desprenden del Convenio de los Derechos del Niño y su aplicación.

En este epígrafe bajo la perspectiva de la prevención, objeto de nuestro estudio, queremos ahondar en esas exigencias.¹³²

¹³² Seguimos en nuestra exposición a Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España. Madrid. Aldeas Infantiles SOS de España. 2020, pp. 15 a 36.

Si nos fijamos en el sistema de descentralización administrativa que reconoce y ampara la actual Constitución española de 1978, las Comunidades autónomas son los entes públicos con competencia exclusiva para legislar sobre protección a la infancia según el reparto competencial de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española.

En relación con la protección del menor, las Comunidades autónomas inicialmente asumieron esta competencia en la materia de «asistencia social»¹³³ y en posteriores reformas de sus estatutos «fueron incorporando distintos títulos competenciales para adaptarlos a los conceptos acogidos por la Convención de los Derechos del Niño y, concretamente, asumir la consideración del niño como sujeto titular de derechos y no como mero objeto de protección».¹³⁴

Recordemos que

« [...] la norma estatal que tradujo la Convención a un conjunto de derechos del niño y de obligaciones del Estado fue la Ley Orgánica 1/1996, de 14 de enero, de Protección

Véase también: Álvarez Vélez, M^a. I., «La protección de los derechos del niño (En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español)». *Estudios Jurídicos* núm. 6, Ediciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1996.; Gómez Bengoechea, B.; Berástegui Pedro-Viejo A., «El derecho del niño a vivir en familia», *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, Núm. 130 (2009), 175-198.; Martínez García, C. (Coord.) *Tratado del Menor. Protección jurídica de la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters, Navarra, 2017.

¹³³ Artículo 148 de la Constitución Española establece que «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: [...], 20.^a Asistencia social.»

¹³⁴ Ob. cit., p. 15.

Por otro lado, La LOPJM tiene una parte orgánica porque desarrolla derechos fundamentales de los niños. Esto implica una idéntica extensión y garantía de estos derechos en todo el territorio nacional, puesto que la reserva de ley orgánica se establece en favor del Estado, sin posibilidad de ser dictadas por las Comunidades autónomas. Por otra parte, la LOPJM se aplicará con carácter supletorio a la legislación autonómica, salvo en aquellas cuestiones que se establezcan en la ley en virtud de alguna competencia exclusiva del Estado (art. 149.8 CE), lo que hace que la Ley 26/2015 sea prioritaria frente a la legislación autonómica y los aspectos relativos al derecho a vivir en familia y a las actuaciones administrativas a las situaciones de los niños privados total o parcialmente de los cuidados parentales tengan una regulación de aplicación común a la mayor parte del territorio nacional.» p. 15.

Jurídica del Menor (LOPJM), en virtud de la cual se modificaban también algunos preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con las resoluciones de declaración del desamparo y su posterior impugnación judicial. Posteriormente esta ley ha sido modificada como ya se ha reiterado a lo largo del estudio, por la Reforma 2015, en virtud de la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015.»¹³⁵

España cuenta con diecisiete leyes autonómicas distintas sobre la materia que nos ocupa: la primera es la Ley de Extremadura en 1994 y la última la Ley de Illes Balears de 2019 y, en ellas se da una «disparidad de soluciones legislativas de distinto alcance, e inadecuación de algunos de los textos legales autonómicos a la doctrina del Comité de los Derechos del Niño» (recordemos que algunas leyes son anteriores a todas las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y de las Directrices).

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico las Comunidades Autónomas deben cumplir con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño y son estas las que articulan las respuestas protectoras y quienes ostentan por ministerio de la ley la tutela de los niños que hayan sido declarados en desamparo y deciden la medida de cuidado alternativo más adecuada en cada caso.¹³⁶

Como reitera Martínez García, C.,

«[...] la legislación estatal o autonómica no recoge todas las previsiones contempladas en las Directrices (ni menos aún en la Resolución de diciembre de 2019) en relación con los niños privados de su entorno familiar, aunque las incorporaciones realizadas especialmente en la legislación es-

¹³⁵ Ob. cit., p. 15.

¹³⁶ Destacar que «La actuación de la administración local es importante en las actuaciones de prevención, en la intervención en riesgo, en la ejecución de las medidas de protección e incluso en la articulación de dispositivos que ayuden en la transición a la vida adulta de los niños egresados del sistema. Las competencias concretas que correspondan a cada municipio deben ser especificadas por la ley autonómica de protección a la infancia y la adolescencia o la de servicios sociales, ambas competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, o cualquier otra que incida en los derechos de los niños.» Ob. cit., p. 16.

tatal por la Ley de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia (LMSPIA) y la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia (LOMSPIA) suponen un claro avance respecto 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.»¹³⁷

En relación con la Prevención de las situaciones de desprotección social de los niños, podemos decir que con carácter general o prevención primaria, esta comprende:

« [...] todas las normas de actuación en sectores de actividad concretos como la salud, la educación, el ocio, el medio ambiente, las nuevas tecnologías, etc., contribuyendo a crear un entorno saludable para el desarrollo integral de los menores, para evitar posibles situaciones de desprotección. La prevención también tiene la función de protección, en tanto comprende, más allá de las competencias normativas, programáticas o de planificación, la adopción de medidas de tipo técnico o económico sobre el niño o sobre su familia con el fin de evitar una eventual situación de desprotección de aquel. El artículo 11.2. d) de la LOPJM recoge entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores “la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal”.»¹³⁸

La regulación estatal y autonómica sobre niños privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo gira en torno al doble concepto de situación de riesgo y situación de desamparo¹³⁹ y, la incorporación del concepto de riesgo en la LOPJM de 1996 se entendió «como el conjunto de actuaciones de prevención que debían llevar a cabo los poderes públicos y no como prevención secundaria, tal como

¹³⁷ Ob. cit., p. 15.

¹³⁸ Ob. cit., p. 20.

¹³⁹ «Expresiones que no aparecen en los textos internacionales y, especialmente la segunda, son herederas de la tradicional respuesta que limitaba la actuación de protección a la atención debida tras la vulneración de los derechos del niño que suponía su abandono y dejaba las actividades de prevención fuera de la obligación estatal de protección.» p. 18

la contemplan las Directrices»¹⁴⁰. Por ello, continúa Martínez García, C., «esto supuso dejar fuera de la obligación de protección en sentido integral a las actuaciones englobadas dentro del concepto de prevención primaria. En el mejor de los casos, estas aparecen como objetivos hacia los que tender más que como parte de la obligación jurídica del Estado de garantizar al niño un entorno familiar adecuado.»¹⁴¹

Por una parte, recordemos que el art. 12.1. LOPJM recoge actuaciones que abarcan todo el ciclo de la desprotección. Y en ellas deberá primar «en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas».

De otra parte el planteamiento de las Directrices 2010 también aparece recogido en el artículo 12.2 LOPJM cuando dice que: «Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores». Ahora bien, como esta formulación «está centrada en las tareas que se compromete a realizar el Estado y no en el derecho esencial del niño a vivir con su familia.»¹⁴²

¹⁴⁰ Ob. cit., p. 18.

¹⁴¹ Ob. cit., p. 18. Aunque nuestra legislación «ha ido incorporando a lo largo su articulado la literalidad de la mayor parte del contenido de las Directrices, sigue arrastrando una visión asistencial que imposibilita la plena asunción del enfoque de derechos del niño privado de su entorno familiar y, en particular, del reconocimiento del derecho de todos los niños y niñas a vivir con su familia. Un indicio de esto que se acaba de afirmar es que el propio Título II de la LOPJM lleva por rótulo *Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores*, lo que prueba que no parte de un enfoque derechos del niño, sino de la certeza de su vulneración, lo que inclina la respuesta institucional hacia la protección reactiva en detrimento de la necesaria y coherente intervención preventiva, que debería ser el pilar del modelo.» p. 18.

¹⁴² Ob. cit., p. 18 «Es habitual en nuestra legislación estatal y, sobre todo, autonómica encontrar largas listas de competencias administrativas, como si el sistema de protección mejorase por el hecho de contar con más servicios. No

En relación con la revisión de las medidas de actuación de protección, el artículo 12.5. LOPJM especifica que «Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses». En este sentido podemos decir que este precepto asume exigencias las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*¹⁴³ en el marco del principio de idoneidad, configurando en la LOPJM uno más de los criterios de las actuaciones de protección.¹⁴⁴

se trata, sin embargo, de una cuestión cuantitativa, de ofrecer más prestaciones, sino de entender adecuadamente el sentido de su actuación en términos de derechos del niño. Primero se deben explicitar y reconocer los derechos del niño estipulados en la Convención de los Derechos del Niño para después delimitar el alcance de las respuestas públicas, no a la inversa y mientras el modelo siga instalado en una visión estatalista y asistencial y en el entendimiento de que el sistema de protección es más robusto porque presta más servicios, continuaremos en el error de partida, es decir, reforzando la respuesta reactiva a la desprotección en vez de abordar las causas profundas que conducen a esa desprotección y tratar de evitar por encima de todo la vulneración de los derechos del niño. El Estado debe ofrecer soluciones que garanticen sus derechos a estos niños y, a la vez, evitar nuevas vulneraciones derivadas de las consecuencias de la separación de su entorno familiar.» pp. 18 y 19

¹⁴³ En estas *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado*, el párrafo 67 establece que «Los Estados deberían garantizar el derecho de todo niño en acogimiento temporal a la revisión periódica y minuciosa -preferiblemente cada tres meses por lo menos- de la idoneidad del cuidado y tratamiento que se le da, teniendo en cuenta sobre todo su desarrollo personal y cualquier variación de sus necesidades, los cambios en su entorno familiar y si, en vista de lo anterior, la modalidad de acogimiento sigue siendo necesaria y adecuada. La revisión debería estar a cargo de personas debidamente calificadas y habilitadas e implicar plenamente al niño y a todas las personas importantes en su vida.»

¹⁴⁴ «La previsión es correcta y adecuada, pues concreta los plazos, si bien las Directrices (párrafo 66) incluyen esta previsión (i) como un derecho (no solo un criterio a seguir) a la revisión de la medida adoptada (ii) de todo niño (no solo los de menos de tres o de seis años), (iii) la revisión de la idoneidad del cuidado y tratamiento que recibe al menos cada tres meses, (iv) minuciosamente realizada y atendiendo a los derechos y necesidades del niño, (v) llevada a cabo por personas debidamente calificadas y habilitadas y (vi) con la plena participación del niño y de todas las personas importantes

El artículo 12.6 LOPJM continúa diciendo que:

«Además, de las distintas funciones atribuidas por ley, la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando éste se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo».

Analizando este punto a la luz de las *Directrices*, la autora Martínez García, C., comenta que:

«La Entidad Pública a la que se refiere este punto es la Comunidad Autónoma. Esta obligación de informar al Ministerio Fiscal podría suponer un refuerzo del conjunto de garantías del cumplimiento del principio de idoneidad si no fuera porque supone la imposición a la Entidad Pública de la obligación de comunicar sus propios incumplimientos, lo que resulta siempre delicado e improbable, la obligación que se incumple no es la de no exceder un plazo máximo legalmente establecido, sino la de no comunicar que se ha excedido, lo que es muy diferente, y finalmente la ley no contempla consecuencia negativa alguna (sancionadora o de reparación) por el incumplimiento de la obligación legal, ni siquiera la de comunicar el exceso en el plazo.»¹⁴⁵

Y, en relación al artículo 12.7 LOPJM que establece que:

«Los poderes públicos garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servi-

en su vida. Establecer esos plazos supone un avance respecto a la versión anterior de la ley, pero aún se puede profundizar en el principio de idoneidad mediante la incorporación de estas otras especificaciones mencionadas en las *Directrices*.» Ob. cit., p. 19.

¹⁴⁵ Ob. cit., p. 19.

cios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias».

Considera la autora que esta previsión es acertada ya que «la institucionalización innecesaria de estos niños es en la práctica mayor que la de los niños que no tienen una discapacidad» si bien se concreta más en los estándares internacionales en relación con este grupo de niños.¹⁴⁶

La prevención de las situaciones de desprotección social de los niños comprende:

1. La prevención primaria o prevención general se centra en las actuaciones «para evitar el riesgo de vulneración de derechos, garantizar la cobertura de necesidades básicas del niño y el acceso libre de discriminación de toda la población a los servicios básicos, la justicia social y la protección de los derechos humanos.»¹⁴⁷

«Esta prevención primaria tiene como objetivo general dar los medios a los padres para que puedan cuidar de sus hijos, de forma que las familias puedan permanecer juntas, abordando las causas profundas del eventual abandono mediante políticas y acciones que tengan aplicación general en la población.»¹⁴⁸

¹⁴⁶ Ob. cit., pp. 19 y 20.

¹⁴⁷ Ob. cit., p. 19.

¹⁴⁸ «La legislación española estatal y autonómica enuncia como principio rector de la acción administrativa la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal del niño» p. 21. «Si bien, generalmente se están refiriendo a la prevención secundaria y no siempre contemplan actuaciones específicas de prevención primaria, como exige una interpretación de la obligación de protección integral de los derechos del niño. Las leyes autonómicas que sí las contemplan engloban en dicho concepto actuaciones que esencialmente pretenden combatir las causas que originan el deterioro del entorno socio familiar del niño y su desarrollo personal. Las actuaciones que más frecuentemente contemplan las leyes son las siguientes:

0.1. Ayudas técnicas: intervenciones a cargo de profesionales de carácter formativo, social, psicoeducativo y terapéutico a favor del niño y su familia, incluyendo la ayuda en el propio domicilio;

0.2. Ayudas económicas: de carácter preventivo y temporal para atender necesidades básicas y promocionar las iniciativas sociales cuya labor suponga facilitar las condiciones adecuadas al ejercicio de los derechos de los niños;

2. La situación de riesgo (prevención secundaria.)

Como apunta Martínez García, C.:

« [...] debe dirigirse a los niños que están en riesgo de que sus padres renuncien a su guarda o pueda llegar a ser considerada la separación del hogar parental por razones de protección. En nuestra legislación se abordada bajo el concepto de situación de riesgo y se focaliza –correctamente– en ciertos individuos y familias identificados como vulnerables y para los que las medidas de protección primaria han resultado insuficientes o inadecuadas. La prevención secundaria pretende evitar el riesgo de separación del entorno familiar. La actuación pública en este nivel se articula alrededor de prestaciones de apoyo y asesoramiento familiar individualizado, frente al carácter general de las medidas abarcadas por la protección primaria.»¹⁴⁹

La situación de riesgo o de prevención secundaria consiste:

« [...] en cualquier situación que perjudique el desarrollo personal o social del niño para la que se requiera una intervención protectora de la Administración que no requiera la asunción de la tutela por ministerio de la ley ni, por consiguiente, la separación del niño de su entorno familiar. Se trata de una situación de desprotección efectiva, no eventual o potencial, que perjudica al niño, no que esté en peligro de sufrir un perjuicio; el perjuicio no reviste tanta gravedad como para recurrir a la declaración de desamparo, asunción de la

0.3. Desarrollo de programas de información y sensibilización a la sociedad sobre los derechos del menor;

0.4. Desarrollo de programas formativos y sociales de apoyo a los padres o a las familias para ayudarlos a desarrollar sus funciones.» p. 21.

«Los Municipios han desempeñado un papel fundamental en materia de prevención al ser la Administración más próxima al ciudadano y tener encomendada la prestación de los servicios sociales hasta fecha muy reciente.» Con la modificación de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en diciembre de 2013, el artículo 25 recoge en el apartado e del punto 2 como competencia propia de aquellos «la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a las personas en situación o riesgo de exclusión social como materia sobre la que necesariamente la legislación sectorial debe atribuirles competencias.» p. 21.

¹⁴⁹ Ob. cit., p. 20.

tutela del niño por la Entidad pública y consiguiente separación del niño de su medio familiar.»¹⁵⁰

Actualmente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia¹⁵¹ en su Disposición Final octava modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurí-

¹⁵⁰ Ob. cit., p. 22. «El concepto legal de situación de riesgo comprende un amplísimo espectro de situaciones, ubicadas sistemáticamente en el modelo actual de protección a la infancia y la adolescencia entre la prevención general y la situación de desamparo considerando indicadores de riesgo el tener un hermano declarado en tal situación, las carencias materiales también se considera indicador de riesgo pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar». No obstante, la Reforma 2015 «desaprovechó la oportunidad de enumerar los supuestos que incluye, como técnica de reducción y control de la discrecionalidad administrativa a la hora de intervenir con estas familias. ».

Esta carencia ha sido subsanada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Recordemos el artículo 17.1. LOPJM cuando establece que «Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar»

¹⁵¹ La redacción del artículo 17.2 LOPJM como consecuencia de la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio queda redactado de la siguiente forma:

«2. Serán considerados como indicadores de riesgo, entre otros

a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda, o acogimiento, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.

b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento.

dica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en relación con el riesgo incluyen una serie de indicadores que pueden contribuir a una mejor detección de la situación y por tanto una más eficaz intervención para evitar el desamparo.

Por otra parte, como era de esperar entre los indicadores de riesgo de este Proyecto no se incluye la concurrencia de circunstancias o carencias materiales, in-

c) La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

d) La utilización, por parte de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, del castigo habitual y desproporcionado y de pautas de corrección violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo.

e) La evolución negativa de los programas de intervención seguidos con la familia y la obstrucción a su desarrollo o puesta en marcha.

f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular:»

«1.º Las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad.

2.º La no aceptación de la orientación sexual, identidad de género o las características sexuales de la persona menor de edad.

g) El riesgo de sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes basadas en el género, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado.

h) La identificación de las madres como víctimas de trata.

i) Las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género en los términos establecidos en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

j) Los ingresos múltiples de personas menores de edad en distintos hospitales con síntomas recurrentes, inexplicables y/o que no se confirman diagnósticamente.

k) El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad.

l) La exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género.

m) Cualquier otra circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño, niña o adolescente.»

dicador que por sí solo nunca podría desembocar en la separación del entorno familiar.¹⁵²

Como señala Martínez García, C.,

«La importancia de definir con el mayor grado posible de precisión la situación de desprotección, de riesgo o de desamparo, radica en que su constatación es el dato que habilita la intervención administrativa de carácter protector. Dicha intervención, a su vez, debe estar perfilada en la normativa por una elemental exigencia de seguridad jurídica. Es preciso conocer qué situaciones ponen en funcionamiento la intervención de la Administración, así como qué Administración es la competente, qué tipo de medidas adoptar, conforme a qué procedimiento y con qué garantías puede hacerse.»¹⁵³

El artículo 17.2 de la LOPJM establece que:

«En situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar».

Comentando este precepto la autora señala,

«La ley no especifica las actuaciones concretas que se adoptaran en situaciones de riesgo porque debe existir la máxima flexibilidad para poder diseñar soluciones ad hoc para cada familia y niño. Las actuaciones en todos los casos deben garantizar los derechos del niño, se orientaran a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la vida del niño y de su familia, se pretenderá promover medidas para su protección y para la preservación del entorno familiar. Debe ser común a todas las actuaciones garantizar

¹⁵² «Las carencias materiales deben abordarse con medidas económicas y sociales que atajen o mitiguen sus causas, no con la separación del niño de su entorno familiar. No hacerlo así sería una flagrante vulneración del derecho del niño a vivir en familia y a no ser separado de sus padres salvo por exigencia de su interés superior. Esta previsión se completa y refuerza con lo dispuesto en el artículo 18. 2 LOPJM» cuando afirma: “[...] La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo”.» Ob. cit., p. 23.

¹⁵³ Ob. cit., p. 23.

siempre los derechos del niño. La administración competente sea municipal o autonómica debe elaborar un proyecto de intervención social y educativo familiar.»¹⁵⁴

Dado que la actuación se va a centrar en el ámbito familiar, la ley establece «que los progenitores, tutores o guardadores tienen la obligación de colaborar activamente en la ejecución de dichas medidas» (art. 17.4 LOPJM). Señala la autora que:

«Resulta sorprendente esta redacción en la que el peso del cumplimiento recae exclusivamente sobre los progenitores y se presume que la actuación administrativa va a ser correc-

¹⁵⁴ Ob. cit., p. 24.

«Este proyecto ha de mencionar, al menos, los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, además de promover los factores de protección del niño, siempre manteniendo a este en su medio familiar. Es precisamente en dicho proyecto donde se concreta la acción protectora de prevención secundaria, atendiendo a las específicas circunstancias del caso. De acuerdo con la opción general de la ley por las soluciones consensuadas frente a las impuestas, para su elaboración se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Como mínimo, la ley dispone que su opinión sea oída y tenida en cuenta para consensuar el proyecto.»

Recordemos que el Artículo 17.4 LOPJM establece «La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.» Como indica Martínez García, C, «el proyecto de intervención familiar deberá ser firmado por las partes titulares de derechos subjetivos y de intereses legítimos que pueden verse afectados por la resolución administrativa, a quienes se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También prevé la ley que este proyecto se comunicará y consultará con el niño si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años», «limitación que no se sostiene a la vista de lo dispuesto en el artículo 9 de esta misma ley ni del artículo 12 de la Convención de los derechos del Niño, tal como desarrolla la Observación General Núm. 12 del Comité de los derechos del Niño. También las Directrices, desde una lógica de derechos del niño, inciden en la necesaria participación del niño en todas las actuaciones que le afecten. (13/165)» Ob. cit., p. 24.

ta en todo caso. Además, se prevé que, si aquellos se negasen a colaborar activamente, la Administración competente procederá a declarar formalmente la situación de riesgo por medio de una resolución administrativa, lo que le permitiría imponer el proyecto.»¹⁵⁵

Por otra parte la resolución administrativa que declare el riesgo,

« [...] tiene que ser motivada, es decir, debe contener una relación de los hechos y fundamentos jurídicos en los que se basa, dado que se trata de una decisión que contempla limitaciones de derechos subjetivos y también se tendrán que incluir las medidas con las que se pretenda corregir o eliminar la situación de riesgo en que se encuentre el niño.»¹⁵⁶

En cuanto al procedimiento a seguir, la ley únicamente contempla el carácter preceptivo de la audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, así como al niño si tiene suficiente madurez o ya ha cumplido doce años (art. 17.6 LOPJM).¹⁵⁷

Para finalizar señalar que

« [...] esta conexión entre la prevención secundaria, riesgo, y la terciaria, desamparo y cuidado alternativo, es de suma relevancia para garantizar la continuidad de las actuaciones protectoras y, tal como está redactada, no la garantiza, pudiendo quedar la situación del niño en un “limbo” jurídico que vulneraría su derecho a la protección del Estado si la Entidad Pública competente para declarar el desampa-

¹⁵⁵ Artículo 17.5 LOPJM.

¹⁵⁶ Ob. cit., p. 24.

¹⁵⁷ «En todo lo demás, deberá aplicarse la regulación sobre el procedimiento administrativo (LPACAP y LRJSP), dado su carácter de norma básica de actuación para todas las Administraciones Públicas. Cuando con la intervención administrativa no se logran los objetivos marcados, la LOPJM prevé la posibilidad de que, cuando la Administración Pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención o Convenio no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de la declaración de desamparo (comunicándolo al Ministerio Fiscal. Artículo 17.8 LOJPM)». Ob. cit., p. 24.

ro no compartiese el diagnóstico elevado por los servicios que han intervenido en la situación de riesgo. En ese caso, la Comunidad Autónoma «lo pondrá en conocimiento de la Administración Pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal», sin que quede claro, una vez más, con qué finalidad (según la ley, este último «hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros»).¹⁵⁸

No obstante, «la formalización del riesgo, aun con las evidentes mejoras técnicas que debería contemplar la ley, supone una mayor garantía para las partes afectadas al poder ser impugnadas en vía judicial». ¹⁵⁹

c) La guarda administrativa o voluntaria

Comenta Martínez García, C., que:

« [...] esta actuación administrativa tiene cierto carácter híbrido entre la prevención secundaria y la terciaria, puesto que se trata de que los padres soliciten a la Entidad Pública la guarda temporal (y limitada en el tiempo) de su hijo cuando concurren circunstancias graves que, de cronificarse o devenir permanentes, conducirían a la declaración de desamparo. Se produce la separación del niño, pero controladamente en el tiempo y por voluntad e iniciativa de los progenitores». ¹⁶⁰

Analizada en el epígrafe correspondiente su regulación en el Código Civil, a la cual nos remitimos, señalar aquí también que las legislaciones autonómicas ha regulado con bastante detalle esta figura. En este sentido:

¹⁵⁸ Ob. cit., p. 25. Artículo 17.8 párrafo 2º LOPJM.

¹⁵⁹ Ob. cit., p. 25.

¹⁶⁰ «Con carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y la legislación autonómica, la guarda de un niño supone para quien la ejerce la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una atención y formación integrales. También como regla general, dicha obligación recae sobre quienes ostentan la patria potestad del niño, aunque en determinadas circunstancias se puede atribuir a la Entidad Pública competente en materia de protección de la infancia y la adolescencia.» Ob. cit., p. 25.

« [...] se ha conceptualizado más como una prestación de carácter asistencial en beneficio de aquellas familias que no son capaces, durante un tiempo determinado y por causas graves, de hacerse cargo de sus hijos y no tanto como una actuación estratégica para agotar los esfuerzos por mantener al niño en su entorno familiar. Es por ello que la ley hace bien en no dejar margen de decisión potestativa a la Administración cuando valore estas solicitudes, de modo que, cuando constate el supuesto de hecho, esté obligada a asumir la guarda del niño.»¹⁶¹

Considera Martínez García, C., que:

«Falta en la legislación española la incorporación de los principios de necesidad y de idoneidad a la hora de abordar la decisión sobre la guarda voluntaria solicitada por los padres de un niño. De acuerdo con aquellos, el Estado debería velar por que dispongan del asesoramiento y el apoyo social necesarios para alentarlos a continuar asumiendo la guarda del niño y hacerla posible. Las Directrices señalan que el niño solo debería ser admitido en cuidado alternativo cuando se hayan agotado esas opciones y existan razones aceptables y justificadas para entregarlo en acogimiento.»¹⁶²

Finalmente recordar que para evitar que bajo una guarda voluntaria se quiera ocultar un desamparo, la «ley contempla un plazo máximo de duración de la medida de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo.» (Artículo 19.2. LOPJM).

Breve apunte a la prevención terciaria y al cuidado alternativo

Si bien nuestro estudio se centra en la situación de riesgo (prevención secundaria), a fin de cerrar el estudio de de la protección del menor estimamos conveniente como ya hemos hecho al exponer las instituciones de guarda y el acogimiento en nuestro ordenamiento jurídico-

¹⁶¹ Ob. cit.,p. 25.

¹⁶² Ob. cit.,p. 25.

co, analizar brevemente la implementación de la prevención terciaria y el cuidado alternativo en nuestro ordenamiento jurídico.

Recordemos que el artículo 172 ter CC, establece que «la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial...». Ambas modalidades de acogimiento (familiar y residencial) son «las modalidades de ejercicio de la guarda administrativa, tanto voluntaria como derivada de la tutela automática asumida por la Entidad Pública.»¹⁶³

Como indica Martínez García, C.,

«Esta opción es conforme al principio de idoneidad establecido en las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y resulta coherente con el derecho del niño a vivir en familia y a no ser separado de sus padres salvo por exigencia de su interés superior. En este sentido, el antes citado artículo 11.2.b) LOPJM señala como principio rector de la actuación administrativa “el mantenimiento del menor en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables, priorizando el acogimiento familiar frente al institucional”».¹⁶⁴

¹⁶³ Recordemos que en nuestro ordenamiento jurídico tiene preferencia o prevalece el acogimiento familiar, eso sí, siempre en interés superior del menor. «Tampoco es correcto entender que el acogimiento residencial debe tender a desaparecer, como a veces se puede pensar. El proceso de desinstitucionalización que impulsan las Directrices no tiene esa finalidad en absoluto, sino que pretende limitarlo a los casos excepcionales y estrictamente necesarios, a la vez que se fortalece el apoyo a la familia y se disuade del ingreso en las modalidades de cuidado alternativo. Dicho de otro modo, el acogimiento residencial sigue siendo necesario, pero en distintas condiciones y con un alcance mucho más limitado a supuestos excepcionales. A pesar de ello, se echa en falta la precisión general y previa de que la opción entre uno y otro debe establecerse siempre caso por caso atendiendo a las circunstancias particulares de cada niño.» Ob. cit., p. 29.

Puede verse también CELCIS, Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Escocia, 2012.

¹⁶⁴ Ob. cit., p. 29.

Siempre en atención al principio rector del interés superior del menor como principio básico al que toda medida debe responder, la autora apunta,

« [...] la ausencia de una mención explícita al principio de idoneidad, que no es incorporado ni al Código Civil ni a la LOPJM en toda la extensión con que se acoge en las Directrices. En virtud de este principio, el acogimiento familiar no tiene por qué ser la única modalidad válida y el acogimiento residencial, acorde a los estándares de calidad exigibles (lejos de la respuesta institucionalizante y despersonalizada que las Directrices proscriben), puede ser -y de hecho es- una opción más adecuada en determinados supuestos [...].»¹⁶⁵

Y, finalmente, también indica que «nada se dice en la ley sobre el acogimiento informal, sin que por ello el Estado deje de tener responsabilidad sobre el bienestar de esos niños».¹⁶⁶

¹⁶⁵ « [...] el principio de idoneidad exige, en virtud del interés superior del niño, la posibilidad de poder elegir la solución o modalidad que mejor se adecúe a dicho interés, sin prejuzgar de manera absoluta en favor de una y en contra de otra modalidad de acogimiento. Esta exigencia solo podrá cumplirse si la gama de opciones de cuidado alternativo es suficientemente amplia y de calidad. Si la alternativa al acogimiento familiar fuera la derivación del niño a un centro grande (institución), efectivamente es difícil pensar que pueda ser una opción de acogimiento válida, incluso si la decisión se ajusta a las garantías legales. Solo si la oferta de modalidades de acogimiento es variada y de calidad (lo que pasa por la desinstitucionalización, en el sentido expresado por las Directrices) tiene sentido el principio de idoneidad. Este es un aspecto en el que nuestra legislación puede avanzar para responder a los estándares internacionales y acoger el entendimiento cabal del citado principio, complemento indispensable del de necesidad.» Ob. cit., p. 29.

¹⁶⁶ Ob. cit., p. 29.

III.

CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto a lo largo del estudio, a título de conclusión, y sin querer agotar otras posibles reflexiones del análisis del mismo queremos destacar:

1. EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

«La regulación del artículo 2 LOPJM acoge plenamente la doctrina de la Observación General Núm. 14 del CRC y, además, al tener carácter orgánico, es de aplicación directa y por igual en todo el territorio nacional, es decir, no puede ser modificado por la legislación autonómica.»¹⁶⁷

No obstante, la cuestión que se sigue planteando, antes y después de la reforma de 2015, es cómo determinar en qué consiste el interés superior del menor que ha de prevalecer sobre cualquier otro.¹⁶⁸ La «reforma legal de 2015 ha supuesto un avance muy notable en este contexto, ya incluye expresamente criterios de interpretación y apli-

¹⁶⁷ Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit., p. 50.

¹⁶⁸ «Como bien sabemos, no existe una respuesta unívoca; no cabe una definición de este concepto. Con claridad meridiana alude a ello Rivero Hernández al destacar la dificultad de «definir (intentarlo siquiera) con cierta pretensión de generalidad qué es o en qué consiste el interés del menor, o apuntar ideas aprioristas en este sentido con alguna validez como concepto o categoría general, dado el relativismo que enseguida se adivina al abordarlo» Rivero Hernández F, *El interés del menor*, ob. cit., p. 62. En Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ... », ob. cit., p. 75.

cación del interés del menor, elementos de ponderación y garantías, que facilitan sumamente su concreción y valoración en el caso concreto.»¹⁶⁹ Destacar en este intento de concreción la *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*.¹⁷⁰

Con respecto a,

« [...] la regulación específicamente dedicada a los niños privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo también incluye el interés superior del niño como principio al que debe responder toda decisión que se adopte. La evaluación y determinación de ese interés deberá hacerse ponderando los criterios y elementos señalados en el art. 2 LOPJM, además de los principios de necesidad y proporcionalidad.»¹⁷¹

«La evaluación y la determinación del interés superior del niño deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad. Pero específicamente en el caso de los niños privados del entorno familiar o en riesgo de ello deben tenerse en cuenta necesariamente los principios de necesidad y de idoneidad como principios específicos de esta realidad.»¹⁷²

Por otra parte se ha ce necesario garantizar (explicitar) el interés superior del niño en todas y cada una de las decisiones que afectan a los niños privados del cuida-

¹⁶⁹ Ob. cit., p. 75.

¹⁷⁰ Martínez García, C., y Del Moral Blasco, C.; *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*. Madrid. El Ministerio de Economía, Industria y competitividad financia la elaboración de esta Guía en el marco del proyecto de I+D DER2013-47866-C3-2-P, 2017. Disponible en: https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determinacion_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf

¹⁷¹ Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit., p 60.

¹⁷² Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit., p. 62 «Solo si se cuenta con una gama de opciones de cuidado alternativo de calidad y conformes a los estándares internacionales se podrá garantizar el interés superior de los niños privados del cuidado parental. En tanto este principio no sea incorporado expresamente a la legislación y las Administraciones no actúen conforme al mismo no se podrá garantizar dicho interés, incluso aunque la legislación formalmente incorpore muchas de las previsiones de las Directrices. El enfoque de flexibilidad en la respuesta de cuidado alternativo es también una exigencia del interés superior del niño.»

do parental o en riesgo de perderlo como especificación en este ámbito del principio consagrado en el artículo 2 LOPJM.

Con respecto a mecanismo de control y protección a la infancia el principio rector conforme al cual las Administraciones han de proteger al niño contra toda forma de violencia se ha añadido en la modificación legal de 2015, se estima positivo.

2. EN RELACIÓN A SITUACIONES DE RIESGO DEL MENOR DE EDAD

Sobre base normativa de la Convención de los Derechos del Niño, Directrices y Resoluciones, la prevención se recoge como principio rector de la actuación administrativa en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

« [...] la intervención de la Administración pública irá encaminada, en primer lugar, a paliar las circunstancias familiares adversas que han colocado al menor en situación de riesgo pero sin separarlo de su entorno familiar. Por tanto, la intervención de la Administración pública debe ir encaminada, en primer lugar, a paliar las circunstancias familiares adversas que han colocado al menor en situación de riesgo pero sin separarlo de su entorno familiar».

Tras la reforma 2015 el cambio de la implantación de un sistema orientado a evitar la desprotección antes que a solventar sus consecuencias derivadas de la misma, se estima favorable.

Por otra parte la «prevención no se contempla como un conjunto de actuaciones o programas con los que evitar determinadas situaciones no deseables, sino como mandato de actuación directamente impuesto a los poderes públicos»¹⁷³.

¹⁷³ Ob. cit., p. 50.

Dado que el actual sistema de protección del menor prioriza las actuaciones de prevención, detección y reparación de las situaciones de desprotección en las que se pueda encontrar un niño. Es decir como principio debe buscar (priorizar) prevenir futuras situaciones que desemboken en desamparo antes que ya que intervenir sobre las consecuencias derivadas del mismo. Esta finalidad preventiva conlleva la subsidiariedad de las actuaciones de los poderes públicos que, como la tutela administrativa, llevan consigo la separación del menor de su familia de origen.

Atendiendo a la gravedad de la situación de desprotección en la que se encuentre el menor se considerará esa situación de riesgo o de desamparo. Distinción que ya aparecía con anterioridad a la reforma del 2015 pero que ahora su regulación es más completa.¹⁷⁴ La figura jurídica llamada a encauzar este modelo prioritariamente preventivo es la situación de riesgo. Ahora bien, sería necesario diferenciar en la legislación nacional entre prevención primaria, secundaria y terciaria.

Se estima mejorado técnicamente la regulación de la situación de riesgo y de la guarda administrativa o voluntaria como actuaciones de prevención secundaria, en las que había importantes carencias.

No obstante, siguiendo a Martínez García, C., «la legislación estatal se limita a mencionar la prevención como principio de actuación de los poderes públicos», pero no establece mecanismos concretos en relación con los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo». Por tanto, el reconocimiento del principio carecer de virtualidad práctica.

¹⁷⁴ Antes de la reforma este precepto únicamente disponía que la situación de riesgo se caracterizaba por la existencia de un perjuicio en su desarrollo personal o social pero que no alcanzaba la gravedad suficiente como para separarle de su familia de origen.

«Para que efectivamente se activase ese principio, es necesario asumir el enfoque y contenido de las Directrices y de la Resolución, que van mucho más allá de su mera inclusión literal en la norma. Lo importante es desplazar el foco del sistema, hoy puesto en la separación del niño, para volcar los esfuerzos en la prevención primaria y secundaria para evitar la separación y también en la terciaria para garantizar la calidad del acogimiento. Desde la asunción de un enfoque de derechos, como hacen las Directrices y la Resolución, no es posible mantener los mecanismos normativos e institucionales actuales más que se perfeccionen técnicamente los mecanismos existentes, no se van a obtener resultados diferentes. Es preciso transformar los últimos reductos de asistencialismo que quedan en el cuidado alternativo para reconstruirlo desde el marco de los derechos del niño. Y eso exige priorizar por encima de todo la promoción de la familia y la prevención de la separación. Este giro debe ser explícitamente contemplado en la legislación y acompañado de la correspondiente dotación presupuestaria y humana.»¹⁷⁵

3. EN RELACIÓN AL DERECHO A CRECER EN FAMILIA

Este es un punto que queremos resaltar de la Convención de los Derechos del Niño ya que desde un enfoque de derechos humanos es necesario un fortalecimiento de las familias biológicas y una actuación de retorno de los niños a sus hogares.

La Convención de los Derechos del Niño

« [...] reconoce el derecho de los niños a vivir en familia y no ser separados de ella salvo por exigencias de su interés superior. Correlativamente, para garantizar ese derecho se impone al Estado la obligación de asistir a los padres en su responsabilidad de crianza y desarrollo. Solo por exigencia de su interés superior podrá un niño ser separado de sus padres, como excepción a su derecho a vivir en familia. En tales casos, el Estado está obligado a procurarle la asistencia

¹⁷⁵ Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit., p. 53-54.

y protección necesarias, como puede ser mediante modalidades alternativas de cuidado de los niños»¹⁷⁶.

Tras la reforma 2015, La «ley reconoce como principio rector de la actuación administrativa la integración familiar y social del niño. Además, contiene algunas menciones a las familias biológicas a propósito de algunas actuaciones protectoras, por ejemplo, en relación con el riesgo». Lo que exige un fortalecimiento de la familia biológica.

La legislación estatal explícita que «la concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar» y, complementariamente, el artículo 18 LOPJM establece por su parte que «la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo».

«Por tanto, deja de ser posible entender en el ámbito del artículo 172 CC que si el niño queda privado de la necesaria asistencia material la decisión puede ser declararlo en desamparo, como prescribe dicho precepto, sino apoyar a la familia para mitigar o compensar esas carencias, así como fortalecerla en otros aspectos para que pueda cumplir con su responsabilidad parental. En este sentido cabe destacar la aprobación de la ley que aprueba el ingreso mínimo vital y otra serie de medidas económicas y sociales con las que combatir los efectos negativos que la pandemia ha tenido sobre las familias y, en particular, sobre los niños.»¹⁷⁷

Es de suma importancia para dar cumplimiento a las exigencias de la Convención de Derechos del Niño desde el enfoque de derechos humanos,

« [...] fortalecer los sistemas de bienestar y protección infantil y adoptar medidas eficaces para apoyar a las familias y prevenir las separaciones innecesarias. No basta con decir que la pobreza no es causa suficiente para justificar la separación

¹⁷⁶ Ob. cit., p. 64.

¹⁷⁷ Ob. cit., p. 61.

ración, hace falta poner los medios económicos y sociales que la combatan de raíz.»¹⁷⁸

Como síntesis de lo expuesto y a modo de Recomendaciones y propuestas¹⁷⁹ podemos señalar la necesidad de:

1. «Garantizar el interés superior del niño en todas y cada una de las decisiones que afectan a los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo».
2. «Incorporar plenamente el enfoque de derechos a la actuación protectora respecto de los niños privados de los cuidados parentales o en riesgo de estarlo».
3. «Prevenir la necesidad de cuidado alternativo: fortalecimiento de las familias biológicas, el cuidado parental y prevenir la separación de la familia».
4. «Elaborar una estrategia integral, coordinada, multisectorial e interterritorial para el fortalecimiento sobre el cuidado alternativo».

¹⁷⁸ «Se deben elaborar y fortalecer políticas y programas de reducción de la pobreza inclusivos, receptivos y orientados a la familia. Diseñados también con el fin de promover y potenciar la capacidad de los padres para cuidar de sus hijos y de hacer frente a la pobreza de las familias y la exclusión social; que reconozcan los aspectos multidimensionales de la pobreza, se centren en la educación inclusiva y de calidad y en el aprendizaje permanente para todas las personas. Hay que incluir también iniciativas que promuevan una parentalidad implicada y positiva, la salud y el bienestar de todas las personas a cualquier edad, la igualdad de acceso a los recursos económicos, el empleo pleno y productivo, el trabajo decente, la seguridad social, los medios de vida y la cohesión social, y promuevan y protejan los derechos humanos de todos los miembros de la familia.

De igual forma, es preciso proporcionar información amplia, servicios y apoyo a los niños con discapacidad y sus familias con miras a prevenir la ocultación, el abandono, la falta de cuidados, la discriminación y la segregación, así como garantizar que tengan los mismos derechos con respecto a la vida familiar.» Ob. cit, p. 55.

¹⁷⁹ Véase Martínez García, C.: Informe. El Derecho a crecer en familia...ob. cit., p 60 a 62.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Akhtar, RC., Nyamutata, C., y Faulkner, E., *International Child Law*, 4th ed., Londres: Routledge, 2020 pp. 275-304. Disponible en: <https://www.routledge.com> › book
- Álvarez Vélez, M^a. I., «La protección de los derechos del niño (En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español)». *Estudios Jurídicos* núm. 6, Ediciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1996.
- Ariés, Ph., *Centuries of Childhood*, London: Penguin Books, 1960.
- Bifulco, R., Cartabia, M., & Celotto, A. (a cura di). (2001). *L'Europa dei diritti – Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea*. Bologna : Il Mulino.
- Campo Izquierdo, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia desde el punto de vista de un juez de familia» En *LA LEY* Derecho de familia, 18 de noviembre de 2014.
- Cantwell, N., «The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child», in: DETRICK S. (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the «Travaux Préparatoires*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 19-30.
- CELCIS, *Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Escocia, 2012.

- De Pablo Contreras, P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en Mayor Del Hoyo, M.^a V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- Droux, J., L'internationalisation de la protection de l'enfance: acteurs, concurrences et projets transnationaux (1900-1925). En: *Critique Internationale*, 52, 2011, 17-33. Disponible en: <https://www.cairn.info › journal-crit...>
- Eekalaar, J.; Tobin, J., «Article 3. The best interest of the Child», in: TOBIN, J. (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, Oxford: OUP, 2019, 73-107.
- Fernández Martínez, J.M., «Protección a la infancia. Una visión desde el Consejo General del Poder Judicial respecto de las últimas reformas». En Mayor del Hoyo, M.^a V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 67-86.
- Fortin, J., *Children's Rights and Developing Law*, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 33-77.
- Freeman, M., «Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously», in: *International Journal of Children's Rights*, 15, 2007, 5-23.
- Gómez Bengoechea, B.; Berástegui Pedro-Viejo, A., «El derecho del niño a vivir en familia». En *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, Núm. 130 (2009), 175-198.
- Goldstein, J., Freud, A. y Solnit, A. J., *Beyond the Best Interest of the Child*, Nueva York: The Free Press, 1973, 105-11.
- Guggenheim, M., *What's Wrong with Children's Rights*, Cambridge: Harvard University Press, 2005, 1-16.
- Hierro Sánchez-Pescador, L. L., « ¿Tienen los Niños Derechos?». En *Revista de Educación*, 294, 1991, 221-233.
- Huete Nogueras, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», en Mayor del Hoyo, M.^a V., *El nuevo régimen*

jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

- Infancia Cali. Convención de los Derechos Humanos. Marzo, 17. 2006. Disponible en: <http://infanciacali.blogspot.com/2006/03/convencion-de-los-derechos-del-nio.html>
- Lázaro González, I, E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia» núm. 11, 2015, p. 6 (versión electrónica).
- Levesque, JRJ., «Geraldine Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child» en *Fordham International Law Journal*, Vol. 19-2, 1995, 28. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu>
- Macleod, C. M., «Are Children's Rights Important?», in: BRAKE, E.; FERGUSON, L. (eds.), *Philosophical Foundations of Children's and Family Law*, Oxford: OUP, 2018, 191. Disponible en: <https://oxford.universitypressscholarship.com>
- Mayor del Hoyo, M.^a V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- Martínez García, C. (Coord.). *El sistema de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y situación de desamparo. Acogimiento familiar y acogimiento residencial* Madrid, Dykinson, 2007. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=288758>
- *Tratado del Menor. Protección jurídica de la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters, Navarra, 2017.
- Informe. El Derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España. Madrid. Aldeas Infantiles SOS de España. 2020. Disponible en: <https://cms.aldeasinfantiles.es/uploads/2020/07/Informe-el-derecho-a-crecer-en-familia.pdf>.
- Martínez García, C., y Del Moral Blasco, C.; *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*.

Madrid. El Ministerio de Economía, Industria y competitividad financia la elaboración de esta Guía en el marco del proyecto de I+D DER2013-47866-C3-2-P, 2017. Disponible en: https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determinacion_A4_online_version-illovepdf-compressed.pdf

- McGlynn, C., «Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights». En *European Public Law*, 8, 2002, 38-400.
- Minow, M., «What Ever Happened to Children's Rights», en: *Minnesota Law Review*, 80, 1995, 267-298.
- Moody, Z., «The United Nations Declaration on the Rights of the Child (1959): Genesis, transformation and dissemination of a treaty (re)constituting a transnational cause» in: *Prospects*, 45, 2015, 15-29.
- Moreno Torres-Sánchez, J. *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005,
- Murtuna Lafuente, V., «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género», En Mayor del Hoyo, M.^a V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- Pérez Álvarez, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en Mayor del Hoyo, M.V. (dir.). *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.
- Picornell-lucas, A., «La realidad de los derechos de los niños y de las niñas en un mundo en transformación. A 30 años de la Convención». En *Revista Direito e Práxis*, 10, 2019, pp. 1176-1191.
- Riondino, M., «Protection of children's rights in the international community and in the catholic church: a comparative analysis». En *Revista Española de Derecho Canónico*. REDC 77 (2020) 987-1046, ISSN: 0034-

9372. Disponible en: <https://summa.upsa.es › high › attachment=Revista+>
- *Famiglia e Minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano: Lateran University Press, 2011, 93-106.
 - «Il superiore interesse del minore nell'ordinamento della Chiesa e degli Stati», in: *CpR*, 100, 2019, 271-295.
 - «La Convenzione di Lanzarote. Aspetti giuridici e canonici in tema di abuso sui minori», in: *Apollinaris*, LXXXVI, 2013, 149-176.
 - Rodham, H., *Children Under the Law*, in: *Harvard Educational Review*, 43, 1973, 487.
 - Summer, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, Oxford: OUP, 1990, 1.
 - Tobin, J., «Justifying Children's Rights», in: *International Journal of Children's Rights*, 21, 2013, 395-441.
 - UNICEF Comité Español. Convención de los Derechos del Niño. Resumen no oficial de las disposiciones principales. Junio 2006. Disponible en: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html
 - Vázquez-Pastor, L.: «EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. Estudio doctrinal». En *Boletín del Ministerio de Justicia*. Año: LXXIII. Núm. 2.221. Julio 2019. Disponible en: www.mjusticia.es/bmj
 - Verhellen, E., *Convention on the Rights of the Child*, Coronet Books; 3rd edición, 2000.
 - Worsfold, V. L., «A Philosophical Justification for Children's Rights», in: *Harvard Educational Review*, 44, 1974, 142-157.

LEGISLACIÓN

- ACNUDH: Convención de los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de

1989. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 2019 (A/C.3/74/L.21/Rev.1) sobre Promoción y protección de los derechos de la Infancia. Disponible en: <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino>
 - Resolución 64/142, de 18 de diciembre de 2009, en cuyo anexo figuran las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños. Disponible en: <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino>
 - Observaciones Finales 2018, sobre los informes periódicos V y VI combinados de España Aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 77^o período de sesiones (14 de enero a 2 de febrero de 2018). Disponible en: <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino>
 - España. Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
 - España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904 (8 págs.). Disponible en: BOE-A-1990-31312
 - España. 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 17/01/1996. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>
 - España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la ado-

- lescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889 (19 págs.) Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>
- España. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. «BOE» núm. 134, de 05/06/2021. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>
 - España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>
 - España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)
 - OUA. Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño. Disponible en: <https://www.acnur.org>.
 - UE. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza el 18 de diciembre del 2000. DOCE: (2000/C 364/01). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

GRACIAS POR CONFIAR EN NUESTRAS PUBLICACIONES

Al comprar este libro le damos la posibilidad de consultar gratuitamente la versión ebook.

Cómo acceder al ebook:



- ☞ **Entre en nuestra página web**, sección Acceso ebook (www.dykinson.com/acceso_ebook)
- ☞ **Rellene el formulario** que encontrará insertando el código de acceso que le facilitamos a continuación así como los datos con los que quiere consultar el libro en el futuro (correo electrónico y contraseña de acceso).
- ☞ Si ya es **cliente registrado**, deberá introducir su **correo electrónico y contraseña habitual**.
- ☞ Una vez registrado, **acceda a la sección Mis e-books de su cuenta de cliente**, donde encontrará la versión electrónica de esta obra ya desbloqueada para su uso.
- ☞ Para consultar el libro en el futuro, ya sólo es necesario que se identifique en nuestra web con su correo electrónico y su contraseña, y que se dirija a la sección Mis ebooks de su cuenta de cliente.

CÓDIGO DE ACCESO

Rasque para ver el código

Nota importante: Sólo está permitido el uso individual y privado de este código de acceso. Está prohibida la puesta a disposición de esta obra a una comunidad de usuarios.

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales