



EL MODELO COMUN PARA LA INTERVENCIÓN CON MENORES EN RIESGO Y DESAMPARO PROPUESTO POR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

Belén Sainz-Cantero Caparrós

Catedrática de Derecho
Civil Universidad de Almería

RESUMEN: El Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, aprobado el pasado 25 de abril de 2014 por el Consejo de Ministros, aborda, entre otras, la reforma de los instrumentos de protección de menores en territorio español (y de menores españoles en el extranjero) atendiendo (según expone en sus motivos) a los importantes cambios sociales verificados en los casi veinte años de vigencia de la LOPJM. No obstante, y aunque no lo exprese, resulta evidente en esta propuesta la intención de reforzar y desarrollar el modelo común de protección de menores en todo el territorio, al objeto de homogeneizar y coordinar, además de mejorar, los instrumentos que articulan los sistemas autonómicos. Esta importante y profunda reforma, del sistema común de protección de menores que propone el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, es el objeto de este estudio.

ABSTRACT: *The draft bill on the Protection of the Infancy, was passed last April 25 of 2014 by the Cabinet. It treats mainly on the reform of the minors' protection instruments in Spanish territory and on Spanish minors abroad. As explained in the motivation introduction, the bil is due to the important social changes checked in almost twenty years of force of the Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (Juridical Protection of the Minor Organic Act). Nevertheless, and though it does not express it, there turns out to be evident in this offer the intention of reinforcing and developing the common model of minors' protection in the whole territory, in order to homogenize and to coordinate, and improving the instruments that articulate the regional autonomous systems. This important and deep reform, of the common system of minors' protection proposed by the Protection draft bill of the Infancy, is the object of this study.*

PALABRAS CLAVE: Protección de menores; riesgo y desamparo; guarda y tutela administrativas; acogimientos familiares y residenciales; sistemas autonómicos de protección de menores.

KEY WORDS: *Protection of minors; child custody; guardianship; helplessness; regional systems of protection of minors.*

1. LA REFORMA DEL MODELO ESTATAL COMÚN DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA COEXISTENCIA DE PLURALIDAD DE SISTEMAS AUTONÓMICOS. 2. LAS SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO: LA CALIFICACIÓN PREVIA DEL MENOR NECESITADO DE PROTECCIÓN. LA CUESTIÓN DE LOS MENORES EN DIFICULTAD SOCIAL. 2.1. *La situación de riesgo.* 2.2. *Desamparo.* 2.3. *Menores en dificultad social.* 3. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA TUTELA Y LA GUARDA ADMINISTRATIVAS DE MENORES. 3.1. *La guarda voluntaria.* 3.2. *La tutela ex lege sobre menores en protección.* 4. LOS ACOGIMIENTOS. 4.1. *La reforma de los acogimientos familiares.* 4.2. *El acogimiento residencial.* BIBLIOGRAFÍA.

1. LA REFORMA DEL MODELO ESTATAL COMÚN DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA COEXISTENCIA DE PLURALIDAD DE SISTEMAS AUTONÓMICOS

Desde la entrada en vigor de la Constitución española vigente, el sistema de protección pública de menores español se integra por un importante conjunto de normas civiles y administrativas, fruto de varias fuentes de producción, internacionales, estatales y

autonómicas¹, cuyas bases generales para todo el territorio, —además de las que proporciona la misma Constitución y los convenios internacionales relativos a menores suscritos por España²—, vinieron a establecerse fundamentalmente por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM).

Este modelo general tenía que disponerse forzosamente pues la protección pública constituye un derecho constitucional (art. 39 CE) para todos los menores nacionales o extranjeros en territorio español. Y dicha protección, también en todo el territorio, debe atender a unos mismos principios y garantizar los mismos derechos, sin que

¹ Aunque en la Constitución se señala a los padres como primeros obligados de velar por sus hijos, el Estado se convierte en el garante último de la protección integral de los menores; función que ha de llevar a cabo por medio de todos los poderes públicos. En cumplimiento de esa función y al amparo de la propia Constitución Española, se producen, desde su entrada en vigor, importantes cambios en la regulación jurídica de la infancia, por la aprobación de numerosas leyes posteriores que modificaron sustancialmente el Código Civil, el Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 13/1983, de 2 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados arts. del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional). De entre ellas especial mención merece aquí la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados arts. del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción: Con esta Ley se reconoce a la familia como el medio más idóneo para la formación integral y desarrollo armónico del menor. Se regula el acogimiento familiar como una nueva institución de protección del menor, regida por los principios de mantenimiento de la unidad familiar, de reinserción en la propia familia, desjudicialización y revisión de las medidas de protección (como mínimo cada 6 meses) y, por supuesto, el del interés superior del menor, que en la actualidad inspira todas las actuaciones administrativas o judiciales en relación con los menores. Esta Ley sustituye el concepto de abandono por el de desamparo, como supuesto de hecho determinante de la tutela automática por parte de la Entidad pública que corresponda según el territorio donde se encuentre el menor desamparado. Por último, se destaca en ella el incremento de las facultades y obligaciones del Ministerio Fiscal en relación con el menor. Sobre su aplicación: CABEDO MALLOL, V., *Marco Constitucional de la protección de menores*, Madrid, 2008. También: DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Los menores de edad en el Derecho español*, Granada, 2000.

² Para empezar, el art. 39 de la Constitución (en adelante CE) viene a declarar vigentes en territorio español los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños, y, de entre ellos, resultan normas fundamentales la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU 1989), suscrita por España en 1991, y la Carta Europea de los derechos del niño (Parlamento europeo 1992). Pero entre la normativa internacional aplicable a menores, se han multiplicado en los últimos años otros muchos instrumentos importantes para su protección como 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o el Reglamento (CE) número 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Vid. Aranda Álvarez, E., «Sinopsis del artículo 39» (2003) (en www.congreso.es/constitucion).

puedan producirse diferencias de trato, derivadas de la convivencia en territorio español de diversos sistemas autonómicos de protección de menores³.

Efectivamente, las competencias relativas a protección de menores, en el reparto competencial derivado de la organización territorial del Estado, han sido asumidas en su mayoría por las Comunidades Autónomas, en virtud de los artículos 148.1.20 y 149.1.3CE. Y aunque los distintos sistemas de protección autonómica, entre los que hay semejanzas y diferencias, responden a un modelo común gracias a la LOPJM, la variada legislación autonómica en materia de protección de menores, ha producido disfunciones y deficiencias que se han venido poniendo de manifiesto por los agentes responsables de la eficacia y las garantías de los sistemas de protección. A ello se han sumado la diversificación y la disgregación de los servicios de las administraciones públicas que, unidas a una excesiva burocratización de los sistemas, ha repercutido lógicamente de forma negativa, en la asistencia que se ha prestado a los menores en los dieciocho años de vigencia de la LOPJM.

Por esta razón, en estos años se ha venido reclamando insistentemente la delimitación de las amplias facultades de las Comunidades Autónomas en la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas para menores, con el fin de establecer y exigir unos criterios mínimos, a los que someter la gran diversidad de modelos organizativos. Se ha reclamado también la homogeneización, a nivel estatal, de los criterios que perfilan cada uno de las situaciones de desprotección en que puede encontrarse un menor, huyendo de la confusión a que conduce en ocasiones la diferente regulación autonómica⁴. Esa homogeneización permitiría, por otra parte, la coordinación entre cada uno de los sistemas autonómicos de protección y el resto de sistemas públicos. Se ha destacado, por último, que un marco legal común específico sobre medios asistenciales a menores, permitiría poner al alcance de todos los que los necesiten una amplia red de recursos competentes y dispuestos para atender adecuadamente las necesidades que se presenten⁵.

³ La CE apenas hace referencia a los derechos específicamente «de los menores», aunque lógicamente el niño es titular de todos los derechos del Título 1º de la Constitución. En el Capítulo III del Título 1, «Principios rectores de la política social y económica», el art. 39, relativo a la protección de la familia, sostiene así mismo la protección de los menores, que se ordena inicialmente con la proclamación del deber de los padres de cuidar de sus hijos con independencia de su filiación; de modo que, la protección de los derechos del menor se produce para el legislador inicialmente en el ámbito familiar, pero tratándose de derechos inherentes a la persona, ha de protegerse a todo menor, al margen incluso de su integración familiar. MARTINEZ RUANO, P., «La capacidad iusfundamental del menor» en *Políticas Jurídicas para el menor*, Granada, 2010 pp.85 a 99

⁴ VILALTA VINUESA, A.E., «Cuadro normativo sobre menores y su protección en Cataluña», en *Políticas Jurídicas para el Menor*, cit., pp. 61 a 84. BELLO JANEIRO, D., «Competencia autonómica en materia de menores. El caso de Galicia», *ibid.*, pp. 25 a 48. PARDO MARTINEZ, E., «Los menores desprotegidos en Andalucía», *ibid.*, pp. 49 a 60. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B, *Políticas jurídicas para el menor*, Granada, 2010, pp. 4 y ss. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B, y PARDO MARTINEZ, E., *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Granada, 2010.

⁵ Por último, en el sistema de reforma, resulta llamativo que en la organización de los entes competentes mientras unos se mantienen dentro de los servicios sociales y de infancia, otros han pasado a depender

El Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, aprobado el 25 de abril de 2014 por el Consejo de Ministros, aborda, entre otras, la reforma de los instrumentos de protección de menores en territorio español (y de menores españoles en el extranjero) atendiendo (según expone en sus motivos) a los importantes cambios sociales verificados en los casi veinte años de vigencia de la LOPJM. Pero así mismo, y aunque no lo exprese, resulta evidente en esta propuesta la intención de reforzar y desarrollar el modelo común de protección de menores en todo el territorio, al objeto de homogeneizar y coordinar, además de mejorar, los instrumentos que articulan los sistemas autonómicos. Buena muestra de ello es, por ejemplo, la orden dirigida a las Comunidades Autónomas y a la Administración General del Estado para que creen un sistema de información estatal compartido sobre protección de menores «*que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia en España, y de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, tanto a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección de menores como a efectos estadísticos.*» (art. 22 ter).

La importante reforma que propone el Anteproyecto se articula en cinco artículos, ocho disposiciones finales, una adicional y tres disposiciones transitorias. El artículo primero recoge las modificaciones a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. El segundo las del Código Civil (en adelante, CC). El tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. El cuarto y el quinto a la Ley de Enjuiciamiento Civil; La disposición final primera afecta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la disposición final segunda a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la disposición final tercera, a 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; en la disposición final cuarta se contienen las reformas al Estatuto de los Trabajadores, en la disposición final quinta las que afectan a la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, y finalmente en la disposición final sexta las correspondientes a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre de protección a las familias numerosas. Las dos últimas disposiciones finales se refieren al título competencial y a la entrada en vigor.

Como ha quedado anotado, las modificaciones de la LOPJM que propone el Anteproyecto se justifican por los cambios sociales y los retos a que deben responder la actuación de los poderes públicos y la normativa a la que se someten estos en lo que respecta a menores. La Exposición de Motivos del anteproyecto menciona algunos de esos nuevos retos sociales como la situación de los menores extranjeros o la violencia que sufren niños y adolescentes en el ámbito doméstico y escolar, precisamente los medios que asumen en primer término la educación y protección de un menor.

La reforma incorpora también modificaciones en la regulación de los derechos y deberes de los menores, considerados ahora como ciudadanos; perspectiva

de los servicios de justicia, lo que genera no pocos problemas. MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías*, Madrid, 2007.

imprescindible para el estatuto jurídico de los menores y que trae a consideración los deberes que les afectan. Por último, se produce una profunda reforma del sistema común de protección de menores, materia que será el objeto de este estudio.

Se inicia esta reforma con la del artículo 12 LOPJM, que contiene sus principios rectores y que son los establecidos en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010 y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional. Dice este artículo que

«La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, las consensuadas frente a las impuestas y las nacionales frente a las internacionales.»⁶

La Exposición de Motivos destaca así mismo, como eje de la reforma, el deber de las Entidades Públicas competentes de revisar las medidas de protección que vayan adoptando con cada menor, en los plazos que se señalan. Lo que presupone el seguimiento personalizado de cada menor para el continuo examen y revisión de las medidas de protección que se adopten con él. Y todo ello, lógicamente, en interés del menor: principio que informa toda normativa y toda actuación judicial o administrativa dirigida a menores, en el que no necesitaba insistir la reforma, aunque lo cita en el párrafo segundo, por haber alcanzado total centralidad en el sistema de protección⁷.

⁶ Y continúa: Art. 12. 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 la familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés. c) Su integración familiar y social. d) La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. e) La sensibilización de la población ante situaciones de indefensión. f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten. g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social de los menores. h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas. i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico, el maltrato psicológico, el descuido o trato negligente, la explotación, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género, la violencia en el ámbito familiar, educativo, sanitario o social, la trata de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso. j) La inclusión y la accesibilidad de los menores con discapacidad.»

⁷ El principio del interés superior del menor, no solo está recogido en la normativa estatal y autonómica, (Así, el art. 5 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y adolescencia establece que: «1. El interés superior del niño o el adolescente debe ser el principio inspirador y fundamentador de las actuaciones públicas. 2. Las normas y las políticas públicas deben ser evaluadas desde la perspectiva de los niños y los adolescentes, para garantizar que incluyen los objetivos y las acciones pertinentes encaminados a satisfacer el interés superior de estas personas. Los niños y los adolescentes deben participar activamente en esta evaluación. 3. El interés superior del niño o el adolescente debe ser también el principio inspirador de todas las decisiones y actuaciones que le conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los progenitores, por los titulares de la tutela o de la

La LOPJM en su redacción original consagró como principios fundamentales a las actuaciones de protección el carácter prioritario del interés del menor, ya consolidado en la normativa internacional y nacional inmediatamente anterior a su aprobación, y el de la conveniente desjudicialización de las mismas, pues dichas actuaciones de protección se encomiendan fundamentalmente a la Administración, aunque bajo el control y la garantía judicial de todo el estatuto jurídico del niño. En lo que se refiere a los derechos que revisten mayor importancia en relación con las actuaciones llevadas a cabo en el sistema de protección de menores, se destacaban el derecho del menor a ser oído en todas las decisiones que le afecten y el derecho del menor al mantenimiento en su medio familiar de origen⁸.

guarda, por las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerle y asistirle o por la autoridad judicial o administrativa. 4. Para determinar el interés superior del niño o el adolescente deben atenderse sus necesidades y sus derechos, y debe tenerse en cuenta su opinión, sus anhelos y aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar y social». Y en términos semejantes se describe en las siguientes normas autonómicas: Art. 3.1 de la LEY 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor; art. 3.3 a) de la LEY 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; art. 6.2 c) de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor; art. 4 a) 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 Illes Balears; art. 4.1 a) LEY 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores; art. 4.1 de la LEY 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y adolescencia; art. 4 a) de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; art. 4 a) de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; art. 3.3 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia; art. 4 de la LEY 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.) sino que es constantemente invocado por nuestros Tribunales: Entre otras, la STS de 17 de septiembre de 1996 reconoce el interés superior del menor «como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social». La STC 141/2000, de 29 de mayo dispone lo que ha de entenderse por el principio de interés superior del menor proclamado en el art. 1.4 CC y en el art. 2 de la LOPJM. Dice así expresamente que «el interés del menor debe interpretarse no como una discriminación positiva, sino que se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos activos y perfectamente integrados en la sociedad». Se trata, por tanto, de un principio rector de toda actuación judicial y administrativa, que además permite dotar de uniformidad las decisiones adoptadas respecto de menores, provengan de donde provengan, tanto de la Administración (local, autonómica o estatal) como de los Jueces, pues todos ellos velarán siempre porque se resuelva en atención a lo que mejor convenga al menor. En este sentido se expresa siempre el TS y la Jurisprudencia consolidada de las audiencias. (STS de 20 de abril de 1987; SAP Asturias de 26 de septiembre de 2002; SAP de Huesca de 16 de noviembre 1993; SAP Málaga de 16 de enero de 2006; Auto AP Cádiz de 19 de mayo de 2001; Auto AP Granada de 18 de enero de 1994).

⁸ Vid. NÚÑEZ CASTILLO, A.: «El sistema de protección de menores», en GARCÍA GARNICA, M^a C (coord.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

En realidad, es el interés del menor el que explica la preferencia de las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, las consensuadas frente a las impuestas y las nacionales frente a las internacionales. Como explica igualmente, el interés superior del menor, la plena vigencia en el sistema de protección, de los derechos y deberes que al menor se le reconocen ya actualmente en los procesos que le afectan⁹. Entre ellos, muy señaladamente, el derecho a ser oído¹⁰;

⁹ Es conveniente recordar que junto al principio básico de interés superior del menor, el art. 2 de la LOPJM recogió, ya en su redacción inicial, otros dos principios rectores en las actuaciones de protección de menores y otros dos derechos que interesan especialmente a este estudio: Uno de aquellos principios es el que obliga a adoptar exclusivamente medidas de contenido educativo en la protección de menores y el otro, el que obliga a una interpretación restrictiva de las limitaciones relacionadas con la capacidad de obrar: «[...] cuantas medidas se adopten al amparo de esta Ley deberán tener un carácter educativo». «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

¹⁰ No sólo nuestro Ordenamiento, también a nivel internacional y en Derecho comparado, se reconoce al menor el derecho a expresar su opinión libremente en todos aquellos asuntos que le afecten, en todo procedimiento judicial o administrativo. Y esa opinión ha de ser tenida en cuenta en atención a la edad y las condiciones de madurez del menor. El principio del interés superior del menor, supone para los poderes públicos respetar su autonomía y decisiones en lo que se refiera a su vida y su persona. Tal y como afirma la Exposición de Motivos de la LOPJM: «[...] El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás». Se trata de un derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor: «El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. De este derecho se hace eco también la legislación autonómica. Y así aparece reflejado, entre otros, en el art. 14 de la Ley Andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, expresando que: «el menor que se vea incurso en un procedimiento administrativo que pueda afectar a su esfera personal, familiar o social sea oído en el mismo en la forma legalmente establecida, sin perjuicio de recabarse su consentimiento si fuere necesario»; las Administraciones promoverán que este derecho se «haga efectivo en el ámbito familiar y en los procedimientos judiciales» cumpliéndose las condiciones de «discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión». El derecho a ser oído es una necesaria manifestación de la nueva concepción del menor, no sólo como simple objeto de protección, sino también como sujeto de derechos y obligaciones y como tal, con derecho a que se le tenga en cuenta en toda actuación que le implique cualquier cambio en su situación personal, familiar o social. Sin embargo, hay que advertir que no es un derecho absoluto e incondicionado pues «cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente» (art. 9.2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor). Por otra parte, como viene reiterando de forma constante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho del menor a ser oído en cualquier proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva STC 22/2008, de 31 de enero y STC 178/2003, de 13 de octubre). Aunque la voluntad del menor, que manifieste en el ejercicio de este derecho, no vincula al Juez en la decisión que adopte pero si le aportará cierta información que deberá manejar en aras a alcanzar el interés superior del menor. Las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 71/2004, de 19 de abril y 152/2005, de 6 de junio, estimaron vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los

que aunque no haya merecido especial consideración en el Anteproyecto, no deja por ello de tener una importancia capital en el modelo común de protección de menores que se desarrolla. Así se deriva del análisis, que ahora se aborda, sobre la reforma de los instrumentos de protección en el modelo común, propuesta por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia.

2. LAS SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO: LA CALIFICACIÓN PREVIA DEL MENOR NECESITADO DE PROTECCIÓN. LA CUESTIÓN DE LOS MENORES EN DIFICULTAD SOCIAL

En la legislación estatal y autonómica vigente, hasta ahora, en materia de protección de menores, se pueden encontrar hasta tres situaciones de desprotección que pueden afectar a un menor: desamparo, riesgo y dificultad social. Y lógicamente, la actuación de las administraciones competentes en orden a su protección, se gradúa atendiendo a la gravedad de cada caso¹¹. No se interviene de la misma manera ante un menor en «situación de riesgo» o «dificultad social», que ante un menor que se encuentre «en desamparo». La calificación de la situación del menor determinará si se le separa o no de su familia, y en caso de ser separado, si se sujeta a «guarda administrativa» o a «tutela». Esta última implica la suspensión de la patria potestad o la tutela a que estuviera sometido el menor.

Cualquiera de estas situaciones ha de abordarse partiendo del derecho del menor al mantenimiento en su medio familiar de origen, reconocido por la normativa nacional e internacional y también por los Tribunales;¹² y en la actualidad, tanto el artículo 172.4 CC como el artículo 11.2 b) LOPJM, vigentes, reconocen este derecho del menor; salvo en los casos en los que «no sea conveniente para su interés»¹³.

Ello supone que cuando se adoptan medidas de protección que impliquen la separación del menor del seno familiar, dichas medidas irán siempre orientadas a facilitar la reintegración del menor en su familia de origen¹⁴. Y es así, porque se trata este de un

menores en la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia, por no haber sido oídos u explorados por el órgano judicial.

¹¹ Sobre el particular vid. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. *Los menores en protección*, Grupo Difusión. Madrid, 2007. También: ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia», *InDret* 4/2011 (http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf [consulta: 14 octubre 2014]).

¹² Algunas resoluciones procedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo reconocen son: SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto K.A. contra Finlandia, ap. 139; de 26 de febrero de 2002, asunto Kutzner contra Alemania, ap. 76; de 10 de mayo de 2001, asunto T.P y K.M contra Reino Unido.

¹³ Como en el Desamparo en el caso de riesgo de los menores debido a las condiciones personales de sus progenitores Sentencia T.S. 84/2011 (Sala 1) de 21 de febrero.

¹⁴ Asimismo, toda la legislación autonómica proclama la reinserción familiar como fin prioritario en el que se orientan las medidas de protección adoptadas en relación con el menor. Lo reconoce así expresamente el art. 19 de la LEY 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor; el art. 3.3 apartado d) de la LEY 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón o el art. 4 apartado g) de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León.

derecho de todo menor, pero también de su familia, que actúa como principio rector que guía cualquier decisión adoptada al respecto por los poderes públicos¹⁵. Este derecho revela, por otra parte, cómo interactúan sus deberes de protección sobre el menor los distintos sujetos implicados en la misma: la familia, la sociedad, y los poderes públicos. Pero, por esa razón, puede entrar en conflicto con otros derechos, lo que hace necesario estudiar su satisfacción en cada caso, buscando siempre el interés del menor¹⁶.

Consecuentemente con este derecho, las normativas estatal y autonómica han consagrado el principio de subsidiariedad progresiva de la intervención de la Administración, cuyo alcance dependerá del grado de desprotección sufrido por el menor dentro del núcleo familiar¹⁷. También la doctrina está de acuerdo en la necesaria subsidiariedad de la intervención administrativa.

2.1. *La situación de riesgo*

Con la reforma propuesta por el Anteproyecto, la LOPJM viene a regular detenidamente dos situaciones de desprotección: riesgo y desamparo. E incorpora, no solo las previsiones que se han mostrado más útiles en la dispersa normativa autonómica, sino también, la doctrina jurisprudencial creada al amparo de conflictos y deficiencias, generados y observados en la práctica de las Administraciones, en torno a esta calificación previa de un menor necesitado de protección:

La situación de riesgo no se contempla expresamente en la Convención de Derechos del Niño pero la doctrina entiende que se alude implícitamente a ella cuando en el artículo 27 se obliga a los Estados Parte a ofrecer ayuda suficiente dentro del seno familiar que garantice al menor un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. De acuerdo a ello, el artículo 17 LOPJM vigente se refiere a la situación de riesgo de un menor configurándola como aquella en la que

¹⁵ Interesa destacar que el Anteproyecto prevé así mismo, y en sintonía con lo expuesto para menores nacionales, la reagrupación familiar de los menores extranjeros no acompañados.

¹⁶ En este sentido, se pronuncia la STC 221/2002: «se ponderan el derecho de los padres a la vida familiar y el derecho del menor a la integridad moral y, la simple puesta en peligro de este último, lleva al Tribunal a anular la resolución impugnada por la que se había decidido el retorno de la menor con su familia y la revocación de la resolución de desamparo».

¹⁷ Aparece así en: art. 4 apartado f) de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, atención y protección a la infancia. Art. 6.2 apdo. d) de la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección de menores. Art. 58.1 apdo. h) de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la atención y los derechos de la infancia y adolescencia de las Illes Balears. Art. 4.2 apdo. g) de la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de Atención integral a los menores. Art. 8 de la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la infancia y adolescencia. Art. 8 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, Del menor. Art. 7.3 de la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de Protección jurídica, económica y social de la infancia y adolescencia. Arts. 4.2 y 43.2 de la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. Art. 5 apdo. a) de la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de los menores. Art. 48 de la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y protección de la infancia y adolescencia.

concurrer factores que atentan contra su desarrollo personal o social, aunque sin llegar a alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentase la declaración de desamparo y con esta, la separación del menor de su familia, la asunción de la tutela *ex lege* por la Administración y la suspensión de la patria potestad¹⁸.

Las diferencias entre esta figura y el desamparo, a la vista de la LOPJM vigente, radican primordialmente en dos aspectos: la mayor gravedad de la situación en la que se encuentra el desamparo frente a la de riesgo, y la, normalmente, necesaria separación del núcleo familiar en caso de desamparo, al resultar imposible el trabajo con el menor y la familia sin esa previa separación. Y es claro que, una vez que la Administración aprecie la situación de riesgo de un menor, debe disponer medidas para reducir su situación de desprotección, garantizar el pleno disfrute de los derechos que le corresponden y actuar sobre los factores que perjudiquen su situación personal, familiar o social para evitar así que la situación acabe en desamparo. Pero el artículo 17 vigente no establece condiciones para la declaración de riesgo, y tampoco sobre el procedimiento o actuaciones, ni siquiera genéricas, a adoptar por la Administración competente¹⁹.

En el Anteproyecto, la nueva redacción del artículo 17 contiene un completo desarrollo de la situación de riesgo, la competencia para apreciarla y el procedimiento para ser declarada, disponiendo, por seguridad jurídica, que dicha declaración se formalice en resolución administrativa en casos de especial gravedad, con la información a los padres de cómo deben actuar para evitar una eventual declaración de desamparo posterior.

Prevé el Anteproyecto (art. 1 Ocho) que el artículo 17 de la LOPJM quede redactado como sigue:

«Artículo 17. *Actuaciones en situación de riesgo*. 1. Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares o sociales, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar y social, de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la

¹⁸ En su redacción actual, dispone el art. 17: En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

¹⁹ Dispone este art.: «apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia» (art. 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor).

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.

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.

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.

4. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención socio-familiar que deberá recoger las actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su entorno familiar. Se comunicará a los padres, tutores, guardadores o acogedores la valoración de la situación de riesgo y el proyecto de intervención y serán oídos y tenida en cuenta su opinión, así como la del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los 12 años, para que, si es posible, pueda consensuarse dicho proyecto, recogiéndose en un convenio suscrito entre el órgano competente y los padres, tutores, guardadores o acogedores.

5. Los padres, 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 esta colaboración podrá dar lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor.

6. En el caso de que se observen indicadores de riesgo que, de no corregirse, pudieran derivar en una situación de desamparo pero exista posibilidad de que el menor permanezca en el seno familiar y no haya suficiente colaboración de la familia, se procederá a la declaración de situación de riesgo. Dicha declaración será dictada por la Administración Pública competente y deberá formalizarse por medio de una resolución administrativa con audiencia a los padres, tutores, guardadores o acogedores e información al menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los 12 años.

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 Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención.

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, lo pondrá en conocimiento de la Administración Pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal.

En todo caso, el Ministerio Fiscal 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.

9. Las autoridades sanitarias competentes pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, de la Administración Pública competente, los supuestos de falta de consentimiento de padres, tutores, guardadores o acogedores a la atención sanitaria necesaria para el menor, siempre que dicha falta entrañe un riesgo cierto para la salud de éste o ponga en peligro la salud pública.»

Al comentar la nueva redacción del artículo 17, la Exposición de Motivos del Anteproyecto destaca tres particulares: el primero, la posibilidad de que las medidas que integren el proyecto de actuación, en caso de riesgo social, se acuerden con los padres: esto es acorde al principio de promover las soluciones consensuadas. De otro lado, la imprescindible flexibilidad con que deben contar los servicios sociales en cada Comunidad Autónoma para desarrollar eficazmente las medidas de protección. Por último, destaca la novedosa previsión del caso especialmente grave de atención sanitaria necesaria para el menor y no consentida por sus padres, para el que se disponen, después, previsiones específicas que implican la correspondiente modificación de la Ley de Autonomía del Paciente.

El tratamiento que en estos años han dado las Comunidades Autónomas a la situación de riesgo no ha sido homogéneo; es más, algunas normativas autonómicas sobre menores ni la mencionan.²⁰ Y entre las que la regulan están, por una parte, las que utilizan un concepto general y abierto²¹, y por otra, las que ofrecen una relación tasada de situaciones de riesgo²². Hay también legislación autonómica que recoge distintos

²⁰ Como es el caso de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a menores de Extremadura o la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia.

²¹ Art. 22.1 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y Atención al menor en Andalucía: «Se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar».

²² En Valencia, art. 16 del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor. En Navarra, art. 45 de la Ley de la Comunidad Foral de Navarra 15/2005, de 15 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. En Islas baleares, art. 60.2 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y adolescencia. En la Comunidad de Castilla y León, art. 48 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia. En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, art. 28 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor.

niveles de riesgo: leve, grave y muy grave²³. Y a ello hay que añadir que la mayoría de leyes autonómicas, han regulado expresamente el procedimiento administrativo por el que se declara la declaración de situación de riesgo,²⁴ pero otras trabajan con técnicas de trabajo social en ausencia de una declaración formal administrativa de la misma, y por tanto, sin soporte y sin garantías jurídicos.

Las medidas previstas en las normativas autonómicas son también diversas, pero todas parten de la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individual y temporalizado en el que se recogen ayudas de carácter económico y educativo a las circunstancias de cada caso.

Entre las medidas de protección para hacer frente a las situaciones de riesgo se incluyen: el apoyo a la familia con orientación técnica, educación o planificación familiar, prestaciones económicas o en especie en casos de insuficiencia de recursos, la asistencia sanitaria, la ayuda a domicilio, la asistencia acompañada del menor a centros de carácter educativo o a otras actividades, el apoyo psicológico, refuerzos al estudio, o la intervención técnica dirigida a restablecer y facilitar el adecuado ejercicio de las funciones parentales, promoviendo el desarrollo y bienestar de los menores y la mejora de las relaciones socio-familiares, por último son muy destacables los programas formativos de garantía social dirigidos a adolescentes que, abandonado el sistema escolar, requieran una formación profesional que favorezca su incorporación laboral. Las normativas autonómicas suelen contemplar también la guarda voluntaria para los menores en riesgo social de modo que la Administración asume la guarda del menor tras la solicitud de los padres o tutores²⁵.

Junto a estas medidas, normalmente previstas, siempre se ha entendido que la Administración competente debe contar con la posibilidad de adoptar cualquier otra, social o educativa, que contribuya a la formación de los padres, tutores o guardadores del menor y al desarrollo integral de éste, así como aquellas que permitan disminuir los factores de riesgo. La flexibilidad a que se refiere el Anteproyecto ha sido, por tanto, una realidad ya en la práctica.

²³ Es el caso de la Comunidad de Castilla y León, art. 9 del Decreto 131/2003 por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo.

²⁴ Art. 15 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y adolescencia (Islas baleares); art. 44 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (Canarias); art. 16 y ss. del Decreto 58/2002, de 30 de mayo (Cantabria); art. 30 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor (Castilla La Mancha); arts. 47 y ss. de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia (Castilla y León); art. 4.2 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, regulador de la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (Galicia); art. 41 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores (La Rioja).

²⁵ La primera Comunidad Autónoma en contemplar la guarda voluntaria como medida en situación de riesgo social fue Castilla y León: Art. 52.2 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León).

También está previsto en las normativas autonómicas que cuando los padres u otros responsables del menor no colaboren ni cooperen con la administración para alcanzar el adecuado nivel de desarrollo del menor y la mejora de sus condiciones de vida, se inicie la tramitación del procedimiento de desamparo²⁶. Aunque el principio del mantenimiento del menor en su medio de origen, determina que solo se les declara en desamparo en los casos más graves²⁷.

Lógicamente, si el primer objetivo es la reintegración del menor en su entorno familiar de origen, siempre que sea posible, en todos los casos en que la Administración asume la tutela o la guarda de un menor, debe de contar con la colaboración de la familia; y cuando la familia no muestre interés en la integración del menor, hay que plantearse seriamente su conveniencia. La administración debe dar a los padres o tutores la oportunidad para que demuestren su compromiso en el cumplimiento de sus deberes legales. Solo si fracasan y es manifiesta su falta de colaboración, o su comportamiento en lugar de mejorar la situación de desprotección del menor la empeora, la Administración debe resolver declarando el desamparo y asumiendo la tutela del menor²⁸. Pero si el problema es que los padres disponen de insuficientes medios económicos para ofrecer a su hijo el sostenimiento que requiere, la respuesta de la Administración no ha de ser la asunción de la tutela; ya que los padres no están haciendo dejación de sus funciones y obligaciones legales y sería injusto suspenderles en la patria potestad por una cuestión económica. En este caso, la respuesta de la Administración ha de ser la asunción de la guarda administrativa del menor hasta que la situación mejore. Es la guarda voluntaria que también el Anteproyecto contempla.

2.2. Desamparo

El artículo 18 de la LOPJM, dedicado al desamparo, experimenta con la reforma un cambio sustancial en su redacción. En primer lugar, describe expresamente las circunstancias que determinan la declaración de desamparo, lo que implica una unificación de los criterios que, al respecto, se venían utilizando en las Comunidades Autónomas. Quedan reguladas, también en este artículo, la competencia de las Entidades Públicas respecto a la protección de los menores españoles desprotegidos en un país extranjero²⁹ y el procedimiento en caso de traslado de un menor protegido

²⁶ Art. 58 de la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia y en el art. 45.2 de la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, entre otros.

²⁷ El art. 172.1º, párrafo 2º del Código civil señala que el desamparo: «se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

²⁸ Así el Auto de la Audiencia Provincial de Soria, de 7 de octubre de 1998, ante una de estas situaciones, entendió que no era procedente la declaración de desamparo y decidió a favor de la constitución de la guarda administrativa de un menor respecto del cual la Administración había procedido a asumir la tutela.

²⁹ Continúa así el art. en su párrafo 5: «En los supuestos en los que se detecte una situación de posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional,

desde una Comunidad Autónoma a otra distinta; cuestiones ambas que carecían de previsión normativa³⁰.

El Anteproyecto afecta así mismo, de modo sustancial, al artículo 172 CC, que se divide para crear tres: el 172 CC, referido a las situaciones de desamparo, el 172 bis, que contempla la guarda voluntaria a solicitud de los padres o tutores, y el 172 ter, que contempla el acogimiento residencial o el familiar al que se somete al menor en cualquiera de los dos casos.

Según el propuesto artículo 18. 2 LOPJM,

«De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 del Código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La situación de pobreza de los padres, tutores o guardadores no será en ningún caso la única circunstancia para valorar la situación de desamparo.

para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los padres o tutores del menor. En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos. Cuando, conforme a tales criterios, no pudiere determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual.

«En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela. Los posibles conflictos de competencia que pudieren originarse habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad y de interés superior del menor, evitando dilaciones en la toma de decisiones que pudieren generar perjuicios al mismo. La Administración General del Estado se encargará del traslado del menor a España. La Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España.

«6. En los supuestos en que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero convenga que se cumplan en España, o las adoptadas por las autoridades españolas que se cumplan en el extranjero, se atenderá a lo previsto en 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o al Reglamento (CE) número 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.»

³⁰ Y en el número 4 del precepto: «En caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida jurídica de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses. No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de éste. Tampoco será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección en los casos de traslado temporal de un menor, a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella, con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas.»

Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque 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 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 padres, 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 padres, 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. d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato emocional continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de padres, 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 padres, tutores o guardadores o falta de colaboración suficiente durante el mismo³¹. 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 análoga naturaleza. g) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia³².»

³¹ Señala la Exposición de Motivos que a «los efectos del apartado d) que establece como causa de desamparo, el consumo habitual de sustancias con potencial adictivo por parte de padres, tutores o guardadores, se entiende como habitual los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia según las definiciones de la Organización Mundial de la Salud o de la Asociación Americana de Psiquiatría».

³² En STS 2131/2014 de 06/06/2014 se disponen los criterios de privación de la patria potestad a raíz de la declaración de desamparo.

También, en la actualidad, detectada la posible situación de desamparo, la Administración competente incoa y tramita el correspondiente procedimiento administrativo, previsto en las normativas autonómicas, para conocer la efectiva situación del menor y declararlo formalmente «desamparado». No obstante, en caso de urgencia y necesidad de atención inmediata, las legislaciones autonómicas suelen habilitar a la Administración para que declaren provisionalmente el desamparo como medida cautelar³³.

La Jurisprudencia ha sido unánime respecto a los requisitos que han de darse para la declaración de desamparo: 1. Incumplimiento de los deberes, no sólo apreciable en los casos de un abandono absoluto del menor, carente de personas que se hagan cargo de su guarda, sino que comprende también aquellos supuestos en que los guardadores incumplen de hecho, ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevar a cabo aquellos deberes; 2. Privación de asistencia moral o material del menor; y 3. Nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la inasistencia del menor. No obstante, para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor³⁴.

Por otra parte, se ha entendido que «la privación de la asistencia debida, moral y material» de los menores, en orden a la declaración de desamparo, merece una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales. De tal manera, que sólo se estima la existencia del desamparo cuando se acredita efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común³⁵. En definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar también la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación³⁶.

³³ Sobre la figura vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B., *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007; GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona, 1995; LÓPEZ SÁNCHEZ, F., et. al. *Necesidades de la infancia y protección infantil*, vol. II. *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995.

³⁴ Sentencia 310/2007 de 14 junio AP de Cádiz, Auto 49/2008 de 11 junio AP de Almería, Sentencia 21/2000 de 15 febrero AP de Cádiz, Sentencia 165/2009 de 3 julio AP Cuenca.

³⁵ En STS de 27 de octubre de 2014 (recurso número 2762/2013) se dispone: cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

³⁶ En este sentido se manifestó el TC en ss. 143 de 1990 y 298 de 1993.

La situación legal de desamparo tiene como fin mediato la búsqueda de la reinserción social del menor en su propia familia (art. 172.4 CC), o su inserción en otro ámbito familiar, mediante la figura jurídica del acogimiento³⁷. Pero de modo inmediato, y contrariamente a lo que ocurre con los menores en situación de riesgo que siguen permaneciendo en el seno familiar, la separación de la familia suele ser el primer efecto que produce la declaración de desamparo ya que resulta imprescindible para trabajar con el menor. Lo que no obsta que se puedan seguir adoptando medidas de apoyo a la familia, para lograr en un futuro la reintegración familiar, con independencia de los factores y circunstancias que provocaron la situación de desprotección³⁸.

Lo normal es que tal separación sea temporal, aunque en ocasiones puede ser definitiva porque se entienda que, atendidas las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, lo más aconsejable sea la adopción o el acogimiento familiar permanente. Pero dado que la familia se considera el contexto más adecuado para el desarrollo integral del menor, aun en el caso en que sea declarada la situación de desamparo, el fin perseguido con la separación es mejorar la situación del menor, librándole de las posibles carencias que padece, para conducirlo a la reintegración en su familia de origen una vez que ésta se haya normalizado y siempre que no le resulte perjudicial. En este sentido, se han pronunciado también nuestros tribunales³⁹.

Si la familia se considera el mejor entorno para el desarrollo integral del menor, mientras no se demuestra lo contrario, todas las medidas protectoras que adopte la Administración darán lugar en principio a una separación temporal y deberán ir encaminadas a la reintegración del menor en su familia de origen o, cuando las circunstancias lo aconsejen, y valorado el interés superior del menor, a su incorporación en otra. Sólo así se respeta el derecho a la vida familiar proclamado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y reconocido ampliamente por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos⁴⁰. Así ha de ser, también, de acuerdo al principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en la

³⁷ TSJ Galicia 10/2012 de 22 de febrero y antes SAP Granada 362/2001 de 12 de mayo.

³⁸ En este sentido STS 84/2011, de 21 de febrero de 2011.

³⁹ Así se pronuncia la AP de Sevilla, en s. de 3 de febrero del 2000 (AC 2000\56) «toda la normativa de protección al menor destaca la necesidad de procurar la reinserción con la familia original, por lo que el «hallazgo» de una familia ideal no tiene por qué contraponerse a la posibilidad de reinserción en su familia original, pues es sabido que el grado de bienestar material y afectivo no se da en todas las familias por igual hacia sus hijos y no por ello se piensa en promover mutaciones familiares en aras de colocar a los hijos en la que sea posible alcanzar para él pues en procurarle, «encontrarle» el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas, sino en su mantenimiento en el núcleo familiar de pertenencia por razón de nacimiento que es el naturalmente llamado a proporcionar los mayores lazos afectivos y donde naturalmente ha de desarrollarse con mayor potencialidad su personalidad».

⁴⁰ STC 221/2002, de 25 de noviembre; STEDH de 22 de noviembre de 1992, asunto Olsson contra Suecia; STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K.A contra Finlandia; STEDH de 9 de mayo de 2003, asunto Covezzi y Morelli contra Italia; STEDH de 13 de julio, asunto Scozzari y Giunta contra Italia.

Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 diciembre 1986 en su artículo 9 y que viene a reconocer, el artículo 172.4 de nuestro Código Civil.

La reforma que propone el Anteproyecto es fiel al principio de la prioridad de la familia de origen, tanto en las disposiciones relativas a la situación de riesgo, como cuando se declara el desamparo; por lo que obliga en todo caso a la Entidad Pública que asume la guarda o tutela del menor, a elaborar un plan individual de protección y un programa de reintegración familiar cuando ésta sea posible. Se prevé así mismo, y en sintonía con lo expuesto para menores nacionales, la reagrupación familiar de los menores extranjeros no acompañados.

El Anteproyecto incluye así un nuevo artículo 19 bis en la LOPJM, que establece las siguientes:

«Artículo 19 bis. *Disposiciones comunes a la guarda y tutela.* 1. Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor, elaborará un plan individual de protección que establecerá los objetivos, la previsión y plazo de las medidas de intervención a adoptar con la familia de origen, para una mejor reintegración del menor.

2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública elaborará un programa de reintegración familiar con una previsión temporal, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados. Dicho programa contemplará un proyecto de intervención.

3. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible una evolución positiva de la misma y su propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente. Además, será necesario que esta evolución sea objetivamente suficiente para restablecer la unidad familiar debiendo acreditarse que se mantienen las referencias parentales del menor con dicha familia y que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor. Por otra parte, se tendrá en cuenta, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

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

5. En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responda a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad.»

A la vista de este artículo, cabe afirmar que el Anteproyecto recoge la posición mayoritaria actualmente en nuestros tribunales, en relación a la deseable reintegración familiar tras el programa individualizado que sigue a la declaración de desamparo. Ciertamente, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales han dado total relevancia a la evolución positiva de los padres, reconociendo la reinserción en la familia biológica como una prioridad impuesta por la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres biológicos y de los restantes impli-

cados, y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia biológica⁴¹. Sin embargo, en una posición que puede calificarse de mayoritaria, se ha considerado que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno; es necesario que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor, y compensen su interés en mantener la situación de acogimiento familiar en que se encuentre.

Para valorar esto último tienen en cuenta el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su integración en ella, 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 psíquico⁴². Esta es la posición que refleja el Anteproyecto.

2.3. Menores en dificultad social

A la vista de la configuración que hace el Anteproyecto de las situaciones de riesgo y desamparo, es preciso plantearse cual de ellas corresponde a los menores que las Comunidades Autónomas han venido calificando en situación de «dificultad social», pues no ha merecido en el anteproyecto consideración expresa. Hablamos en este caso de menores que, sin haber llegado a cometer un ilícito penal, tienen comportamientos agresivos o violentos que comportan un claro riesgo de causar daños a ellos mismos o a terceros y con una difícil adaptación en el entorno social, familiar y educativo.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor no prevé expresamente esta situación de desprotección, sin embargo, la mayoría de Comunidades Autónomas la regulan en sus respectivas normativas (Cataluña, Madrid, Valencia, Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia y Navarra) y mientras que algunas leyes autonómicas (Cataluña, Madrid y Valencia) identifican a estos menores por su conducta

⁴¹ SAP Toledo de 21 de noviembre de 2006; SAP Castellón, Sección 2.ª, 25 de noviembre de 2008; SAP Sevilla, Sección 2.ª, 31 de octubre de 2006.

⁴² SAP Sevilla, Sección 6.ª, 12 de junio de 2000; SAP Valencia, Sección 10.ª, 29 de noviembre de 2002; SAP Sevilla, Sección 2.ª, 11 de julio de 2008; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, 21 de abril de 2008; SAP León, Sección 1.ª, 30 de enero de 2008; SAP Barcelona, Sección 18.ª, 15 de mayo de 2007; SAP Alicante, Sección 6.ª, 21 de febrero de 2007; SAP Barcelona, Sección 18.ª, 25 de enero de 2007; SAP Orense, Sección 1.ª, 27-07-06; SAP Cádiz, Sección 2.ª, 20 de enero de 2006. También el Tribunal Supremo en STS 2 de julio de 2001, que estimó razonable el mantenimiento del acogimiento residencial «a la vista de que el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero». La STS 565/2009, de 31 de julio, dispuso como criterios para decidir si sería procedente la reintegración familiar el paso del tiempo y el grado de integración en la familia de acogida; y estos criterios han sido incorporados por el nuevo art. 19 bis.

antisocial, otras, destacan su situación de inadaptación (Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia y Navarra.).

Algunas Comunidades Autónomas prevén centros específicos para estos menores como medida de protección y prevención (Ley de Castilla y León 1472002, de 29 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia o la Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores) pero las medidas previstas para ellos suelen consistir en: la atención especializada socioeducativa o terapéutica; el asesoramiento educativo; programas de socialización complementarios; la formación ocupacional de carácter prelaboral o la ayuda profesional para la inserción en el mundo laboral; la atención en centros abiertos, talleres u otros servicios. Incluso la conciliación, la mediación y la reparación del daño, respecto de aquellos que se encuentran en dificultad social por haber cometido un ilícito penal siendo menores de 14 años.

Algunas Comunidades Autónomas entienden que el ingreso de estos menores en un centro especializado con atención socioeducativa o terapéutica es lo más adecuado y debe primar sobre el resto de medidas de protección. Se admite, incluso, que cuando no se cuente con este tipo de centros o no existan plazas, el menor pueda ser ingresado en un centro especializado de otra Comunidad. Otras, por el contrario, prevén el ingreso como última opción, sólo cuando el resto de recursos hayan fallado. Disponen así, en primer lugar, el acogimiento familiar cuando se pueda contar con una especial colaboración de la familia, y sólo cuando ésta o el acogimiento familiar especializado fallen, se ingresa al menor en un centro.

Lo que no parece posible en ningún caso, es introducir a estos menores en los recursos previstos por la Administración de «reforma». Ciertamente, aplicando medidas de protección a estos menores se ejerce una labor preventiva de la delincuencia juvenil. Pero ello no significa que pueda asimilarse su tratamiento al de los menores infractores, como han hecho algunas Comunidades Autónomas, (Aragón o Galicia). La primera, en efecto, ha utilizado el término «menores en conflicto social» para referirse a «aquellos niños y adolescentes que pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como aquéllos a los que les fuera aplicable la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores» (art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón)⁴³. La segunda, ha destinado a los centros de reeducación tanto a los menores con problemas de conducta como a los internados por sentencia firme de condena en la Justicia Juvenil (art. 40 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia)⁴⁴.

⁴³ El art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón define a los menores en conflicto social como «aquellos niños y adolescentes que pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como aquéllos a los que les fuera aplicable la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores».

⁴⁴ El art. 40 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia dispone: «Son centros de reeducación aquellos equipamientos residenciales que prestan una atención

Hace tiempo que la doctrina venía pidiendo la desaparición de las normas autonómicas que han previsto expresamente la posibilidad de aplicar a menores en dificultad social medidas de reforma. La privación de libertad en un centro de internamiento solo es posible en los términos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, y en virtud de sentencia recaída en el procedimiento correspondiente. Ingresar a un menor en un centro de reforma fuera de estas condiciones, es una actuación gravemente contraria a Derecho. Hoy no cabe ninguna duda de ello y, por tanto, de la ilegalidad de las normas autonómicas mencionadas.

Los menores en dificultad social tienen que ser tratados exclusivamente a través de medidas protectoras (previa declaración de riesgo o desamparo) y a la vista del Anteproyecto, como con el resto de menores, habrá de considerarse en adelante, opción preferente, el mantenimiento en su familia de origen o por lo menos el acogimiento familiar profesionalizado. También podría disponerse el acogimiento residencial. Pero siempre que el centro al que se destine el menor se dedique a otros menores de características similares, esté especializado y tenga programas que sean apropiados para dicho perfil. En ningún caso cabe convertir a los centros de reforma en el último eslabón de la red de protección por falta de recursos.

Tratándose de menores en dificultad social, la Administración deberá en primer lugar elaborar un programa de intervención que se dirija a corregir los problemas de conducta, marginación, inadaptación o exclusión social, (se trata de prevenir que se conviertan en delincuentes). Pero siempre que sea posible y en interés del menor, debe desarrollarse dentro del entorno socio-familiar.

3. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA TUTELA Y LA GUARDA ADMINISTRATIVAS DE MENORES

Como ha quedado expuesto, la situación de riesgo o desamparo en que se califica al menor necesitado de protección determina en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, como sucede también ahora, si se le separa o no de su familia; y en caso de separación, si se le sujeta a guarda administrativa o a tutela de la entidad pública competente.

Tanto la tutela *ex lege* como la guarda administrativa son relaciones jurídicas nacidas ante la necesidad de protección de un menor y para que la administración actúe su acción protectora. Ambas tienen en común la previa y necesaria separación del menor de su núcleo familiar y el ejercicio de las funciones de guarda por la Administración, pero se diferencian sustancialmente en cuanto a los efectos civiles que produce cada una: La tutela *ex lege* implica la suspensión de la patria potestad o tutela civil por la declaración de desamparo de un menor, y entre otras funciones comporta la de su «guarda». La guarda administrativa, también llamada asistencial, mantiene intacta la

socioeducativa especializada a menores con problemas de conducta o internados en virtud de resolución judicial».

patria potestad, dejando únicamente en manos de la Administración la obligación de los padres de «velar de ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral» (154.1 CC). En ambos casos, tanto en la guarda administrativa como en la tutela, la Administración delega el ejercicio de la guarda por vía de acogimiento familiar o residencial, de acuerdo con el artículo 172.3 CC al acogedor o al director del centro que acoge al menor. Pues bien, la amplia regulación y la profunda reforma que opera el Anteproyecto sobre las instituciones de protección de menores afectan sustancialmente a la tutela y guarda previstas en la LOPJ y el Código Civil:

Para empezar, se separa la regulación de la tutela de menores y la que se ejerce sobre personas con la capacidad judicialmente complementada en situación de desamparo del artículo 239 CC. El artículo 303 CC permite, por otra parte, que se otorguen facultades tutelares a los guardadores de hecho, y se dispone en qué casos de guarda de hecho procede la declaración de desamparo y en cuales la privación de la patria potestad y nombramiento de tutor.

Con carácter inmediato, el artículo 14 LOPJ que propone el Anteproyecto, también el artículo 172.4 CC, de nueva redacción, permite que la Entidad Pública competente territorialmente asuma una guarda provisional en la atención que se preste a un menor, *«durante un plazo máximo de tres meses, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar la situación real de desamparo»*. Se trata esta de una guarda sin declaración previa de desamparo, ni solicitud expresa de los progenitores, que responde a una situación de urgencia, pero que, por llevar aparejada una cierta inseguridad jurídica, se limita en el tiempo, y se disponen obligaciones específicas durante esa situación encomendando al Ministerio Fiscal especialmente la vigilancia en el cumplimiento de los plazos.

El texto del artículo 172.4 propuesto es el siguiente:

«En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública asumirá 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 la situación real de desamparo.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, que no se extenderá más allá de tres meses, durante los cuales 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 de tres meses y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adecuada protección del menor por parte de la Entidad Pública.»

3.1. *La guarda voluntaria*

A la guarda voluntaria regulada detenidamente en el artículo 19 LOPJM, y que remite, a su vez, al artículo 172 bis CC, se le atribuye también una naturaleza esencialmente temporal. Transcurrido el plazo máximo previsto en la ley, el menor debe regresar con sus padres o tutores, o debe dictarse una nueva medida de protección. Y es que, a pesar de que en el caso de la guarda administrativa la entidad pública se hace cargo del menor a solicitud de quienes tienen la patria potestad sobre él, no se puede pretender que ante una situación permanente de desamparo la Administración asuma la guarda y no la tutela a la que se refiere el párrafo 1º del artículo 172 del Código civil. Siempre se ha entendido, por ello, que no cabe una guarda que se prolongue indefinidamente en el tiempo⁴⁵. Y de ahí la limitación temporal ahora prevista.

Según la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 19 de la LOPJM dispondría:

«Artículo 19. *Guarda de menores*. Además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Entidad Pública podrá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. La guarda voluntaria tendrá una duración máxima de 2 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. En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia a someterse, en su caso, a la intervención profesional.»

A su vez, el artículo 172 bis CC, tras la reforma, establecería:

«Artículo 172 bis. 1. Cuando los padres 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 el previsto por la ley como plazo máximo de cuidado temporal del menor. Transcurrido el mismo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus padres o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

La entrega de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración 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.

⁴⁵ En este sentido, SAP de Madrid de 21 de enero de 1992.

La asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los padres, tutores y al Ministerio Fiscal.

2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, acordando la medida de protección correspondiente.»

El artículo 19 de la LOPJM prevé, ya en la actualidad, la guarda administrativa caracterizada por requerir solicitud frente a la tutela *ex lege* que opera automáticamente por ministerio de la ley (art. 172.2 CC). La guarda administrativa recibe así también el nombre de «guarda voluntaria», ya que es solicitada por los propios padres o tutores que no pueden seguir cuidando de sus hijos o tutelados. La LOPJM contempla la guarda administrativa, para los casos en que, por circunstancias graves y transitorias, padres y tutores no puedan cuidar del menor a su cargo. Y requiere para su constitución, un documento escrito en el que quede constancia de «[...] *que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración*».

Con esta guarda se pretende en realidad, evitar una futura declaración de desamparo cuando son los padres o tutores los que, siendo conscientes de las graves circunstancias que les rodean, solicitan el auxilio de la Administración pública. Se evita así castigar doblemente a las familias que social y económicamente se hallen en desventaja, y por ello, suele venir acompañada de un sistema de ayudas técnicas y económicas para paliar esta penosa situación, así como la posible intervención transitoria y parcial de la Administración, que asume únicamente la guarda de los hijos (o pupilos), cuya patria potestad (o tutela) conservan sus padres (o tutores).

Las legislaciones autonómicas, en su totalidad, han recogido en sus disposiciones la regulación de esta guarda administrativa⁴⁶, y siempre concurren dos características esenciales en ella: la imposibilidad de padres o tutores de ocuparse de los menores únicamente por causas graves y transitorias y su asunción por la entidad pública competente solo por el tiempo estrictamente necesario.

⁴⁶ Así se contempla, por ejemplo, en los arts. 24 y 25 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor; art. 119 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y adolescencia: «Los progenitores o las personas titulares de la tutela, si concurren circunstancias graves y ajenas a su voluntad que les impiden cumplir temporalmente las funciones de guarda, pueden solicitar al departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes que asuma la guarda del niño o el adolescente mientras se mantenga aquella situación. Esta guarda se realiza mediante el acogimiento en un centro o por parte de una persona o una familia»; son semejantes los arts. 64 y 65 de la Ley aragonesa 12/2001, de la infancia y adolescencia; art. 40.1 b) de la Ley asturiana 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores; arts. 85 b) y 87 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, atención y protección a la infancia de Castilla-León.

Las causas de imposibilidad material para el cuidado y protección de los hijos deben, en efecto, estar suficientemente justificadas con el fin de impedir que se utilice la guarda administrativa como medio caprichoso para abdicar temporalmente de los deberes que como padres o tutores les corresponde. Justificadas aquellas causas, la guarda administrativa finalizará cuando hayan desaparecido las mismas, recuperando los padres o tutores los deberes de guarda. Pero también podrá finalizar, cuando proceda la asunción de la tutela administrativa a consecuencia de la grave persistencia de las circunstancias que en su día imposibilitaron a los padres o tutores el ejercicio de sus funciones.

En los últimos años se han multiplicado las guardas voluntarias de los menores con trastornos de comportamiento o conductas antisociales y que anteriormente hemos considerado como menores en dificultad social. Menores con «comportamientos agresivos, disruptivos y violentos que comportan un grave riesgo o un riesgo evidente de causarse daños a ellos mismos o a terceros», y con problemas de adaptación en el entorno social, familiar y educativo⁴⁷. Según se ha expuesto, hay que tener en cuenta que en muchos casos se trata de menores a los que no correspondería el sistema de protección, pero se ven obligados a ingresar en él porque el sistema público de salud no contempla la existencia de centros y de tratamientos específicos para ellos. No debería, por tanto, condicionarse su tratamiento sanitario o terapéutico a la aceptación por los padres sobre la asunción de la tutela o guarda por parte de la Administración.

Estos menores no deberían ser objeto de la Administración de protección de menores, sino de la sanitaria. Pero, en todo caso, según los principios en que se inspira el Anteproyecto, procederá preferentemente también con estos la declaración de riesgo, en lugar de la de desamparo, y siempre que sea posible, se articularán medidas de apoyo y protección con la intervención en el propio núcleo familiar. Colaborando en todo momento la Administración en el cumplimiento de las obligaciones legales de los padres o tutores respecto a los hijos, pero intentando, así mismo, evitar la separación del menor de su entorno socio-familiar. Para los casos en los que el menor necesita ser tratado fuera de su entorno, sería preferible que se ordenasen recursos específicos.

3.2. *La tutela ex lege sobre menores en protección*

Como hasta ahora, el art. 18 LOPJM proyectado, que remite al art. 172 del Código civil, también objeto de reforma, encomienda a la Entidad Pública territorialmente competente la protección de los menores que se encuentren en desamparo. A ella se atribuye la tutela de los mismos y la potestad para la adopción de medidas de protección con el deber de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificárselo en cuarenta y ocho horas a los padres, tutores o guardadores:

⁴⁷ De este modo los describe el Informe del Defensor del Pueblo sobre Centros de Protección de Menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, de 2009

«Artículo 18. *Actuaciones en situación de desamparo.* 1. Cuando la Entidad Pública considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. 3. Cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento.»

La seguridad jurídica de los implicados en el procedimiento y el interés del menor afectado informan rotundamente, también, la nueva redacción del art. 172 CC (apartados 1 y 2):

«Artículo 172. 1. La Entidad Pública cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, asumirá 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.

Se notificará en legal forma la adopción de esta medida a los padres, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara y comprensible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada y en el caso del menor adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial.

[...]

La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean en interés de él.

La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y este último también la remoción de la tutela.

2. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1 de este artículo, o los tutores que, conforme al mismo apartado tengan suspendida la tutela, 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 están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los padres o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

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 de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen, siempre que no esté pendiente de resolverse la oposición contra la resolución administrativa que acordó la declaración del desamparo.»

Nada afirma el Anteproyecto, objeto de este estudio, sobre la naturaleza de la tutela *ex lege* sobre menores desamparados, aunque esta cuestión ha generado abundante debate doctrinal desde su incorporación al Código Civil como instrumento protector, a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Adopción⁴⁸. Precisamente, dicha incorporación, llevada a cabo por el legislador estatal al amparo del título competencial «legislación civil», es la desencadenante de la confusión y diversidad de posturas doctrinales al respecto: Por un lado, la de los que fundamentan la naturaleza civil de la tutela administrativa en su expresa regulación en el artículo 172 del Código Civil. Por otro, la de los que rechazan completamente la naturaleza civil de esta tutela, por su función sustancialmente administrativa. Dentro de la primera postura, a su vez, hay quienes identifican completamente la tutela civil y la administrativa, y quienes, sin embargo, entienden que la tutela administrativa es una tutela civil revestida de ciertas peculiaridades como su carácter automático o la no intervención judicial para su constitución. No obstante, ambas coinciden en entender que la tutela *ex lege* tiene naturaleza civil y no administrativa, defendiendo está postura por lo dispuesto principalmente en los artículos 172 y 222 CC.

El artículo 172 CC establece que vendrá atribuida, por ministerio de la ley, a la Entidad Pública competente en la protección de menores, la tutela administrativa del menor que se encuentre en situación de desamparo; a continuación, dispone que la asunción de dicha tutela por parte de la Entidad, trae consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria., produciendo, por tanto, efectos civiles. El artículo 222 CC habla simplemente de «tutela». Y dada su redacción, parece que las equiparara, ya que entiende que estarán sujetos a tutela tanto los menores desamparados, como los menores no emancipados que no estén bajo patria potestad, los incapacitados por sentencia y los sujetos a patria potestad prorrogada al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. Sin embargo, para ser precisos, tampoco el Capítulo II del Título X, bajo el que se encuentra este artículo, especifica que se refiera a la tutela civil. Es más, la Sección II del mismo Capítulo tiene por rúbrica «De la tutela en general», lo que conduce a pensar que lo que pretendía realmente el legislador con la inclusión de la tutela *ex lege* de la administración en el Código civil era, más que atribuirle naturaleza civil, dotar de un régimen jurídico general y unitario a la tutela en materia de protección de menores,

⁴⁸ Sobre el debate doctrinal y sus causas vid., por todos, ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M^a L, «Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los Centros de Protección Administración de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 80, 2011, pp. 305 a 340.

evitando eventuales regulaciones y prácticas divergentes de cada una de las Comunidades Autónomas⁴⁹.

Así lo han entendido las legislaciones autonómicas⁵⁰ y los tribunales⁵¹ que en múltiples ocasiones han tratado la cuestión de la naturaleza de la tutela administrativa⁵². Y en

⁴⁹ Éstos son los argumentos que, entiende De Pablo Contreras, permiten concluir que la tutela administrativa no es tutela civil sino «potestad reglada» o «potestad función» que concede el ordenamiento a la administración exclusivamente para cumplir determinadas finalidades objetivas de interés público. (DE PABLO CONTRERAS, «Artículo 172», *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, Madrid, 1993). Según De Pablo, las intenciones del legislador estatal se reflejan en el Preámbulo de la Ley de 1987 al considerar el acogimiento familiar como una figura que posee sustantividad necesaria para ser «digna de incluirse en el Código Civil» con lo que se conseguiría «unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación». Con la Ley de 1987 se habría insertado «artificialmente» en el Código Civil la regulación de la tutela administrativa, cuyo origen se encuentra en la acción pública de protección de menores asumida por los Tribunales Tutelares (instituciones administrativas), con la única intención de evitar la dispersión normativa al convertirla en competencia exclusiva del Estado en base al título competencial de «legislación civil» de acuerdo al art. 149.1.8 CE. Pero si la asistencia y protección que brinda la Administración es un «servicio público de asistencia social» que tiene como destinatarios a los menores desamparados, la relación jurídico-pública que se produce con la tutela sobre el menor tiene naturaleza pública, administrativa. Del mismo parecer, mucho antes: Mendizábal Oses (MENDIZÁBAL OSES, L., *Derecho de menores. Teoría general*, Madrid, 1977). Así se recoge expresamente, también, en el Preámbulo de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia y por ejemplo, en la SAP de Orense de 31 de mayo de 1995. Vid. También: DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección de la infancia: En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006.

⁵⁰ Por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la adolescencia se declara que la protección de menores en situación de riesgo y desamparo se incardina en el marco del sistema público de servicios sociales. La Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales, en su art. 27, párrafo 11º entienden el acogimiento residencial, como medida que puede adoptar la administración en calidad de tutora, como prestación de los servicios sociales.

⁵¹ La SAP de Orense de 31 de mayo de 1995 (AC 1995/1059).

⁵² Un ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 159/2008, de 15 de abril, donde se afirma: «Si la Administración Pública está bajo la esfera del Derecho Administrativo en lo que se refiere a organización de medios para atender a las necesidades del menor, no puede olvidarse que cuando inicia actividades de investigación y tratamiento de supuestos de desamparo con significación jurídica, se encuentra sometida al Derecho Civil sin ostentar una posición de preeminencia ni facultades exorbitantes, sin perjuicio, desde luego, de las importantes potestades “tuitivas” que se atribuyen a la Administración y las especiales modalidades al ser desempeñadas por sujetos públicos, pero sin olvidar que las instituciones asistenciales (tutela automática, guarda, etc.) están dentro del campo del Derecho Privado, de forma que la frecuente intervención administrativa en la materia no hace decaer su carácter eminentemente civilístico, siendo así la tutela pública una función social de Derecho Privado orientado a satisfacer necesidades familiares. Por ello las resoluciones y procedimientos previos de la administración estarán sometidos al Derecho Administrativo, pero el producto de esa actividad lo están al Derecho Civil con plena sumisión a las normas del Código Civil y de Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos preceptos no pueden modificar, y a los que las Comunidades Autónomas se tienen que supeditar, con frecuentes remisiones a su articulado, sirviendo de complemento o especificación de sus preceptos» (SSAP de Alicante de 5 y 12 de mayo de 2003, 3 de mayo de 2004 y de 4 de julio de 2005).

ese mismo sentido, se ha manifestado sobre la cuestión la Dirección General de los Registros y del Notariado, para considerarla no inscribible⁵³.

Realmente, más que su naturaleza, lo que interesa destacar en la tutela de la Entidad Pública sobre menores son sus características esenciales. Especialmente su carácter automático y su provisionalidad⁵⁴:

La tutela *ex lege* sobre menores desamparados, lleva aparejada la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, sin perjuicio de los actos patrimoniales realizados por los padres o tutores en representación y beneficio del menor. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo, los progenitores están legitimados para promover su revocación. Pero en este periodo, las entidades públicas competentes, podrán adoptar cualquier medida de protección que consideren necesaria, incluida la propuesta de adopción, si pueden pronosticar la irreversibilidad de las circunstancias que determinaron el desamparo. Transcurridos esos dos años, sólo el Ministerio Fiscal podrá impugnar la resolución que sobre el menor dicte la Entidad Pública.

Estamos en presencia de una tutela pública que se produce *ope legis*, y su carácter automático, se explica por el deseo de que la Administración ofrezca la atención más inmediata posible a los menores desamparados⁵⁵. A diferencia de la tutela civil que requiere de resolución judicial para su constitución, la tutela administrativa es asumida por la administración automáticamente, sin intervención de la autoridad judicial, desde el momento en que la misma aprecie la situación de desamparo una vez examinadas las circunstancias personales y sociofamiliares del menor. Es por ello que la declaración de desamparo, que no es otra cosa que una resolución administrativa fruto de un procedimiento de la misma naturaleza, constituye presupuesto necesario para la asunción de la tutela *ex lege* de un menor.⁵⁶

⁵³ En Resolución de 22 junio 1996 afirmó: «la situación que se produce cuando una entidad pública asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente» por imposición de la Constitución Española (art. 39). Continúa diciendo esta resolución que tal situación de hecho exige la previa apreciación por parte de los poderes públicos de la situación de desamparo del menor, lo cual dista mucho de la tutela civil propiamente dicha que surge como consecuencia de una resolución judicial (acto expreso de constitución) que por afectar al estado civil de las personas (art. 218 CC) deberá inscribirse en el Registro Civil, «faltando dicha resolución, por definición, en la tutela legal del Código Civil». Y concluye diciendo que «son las notas de provisionalidad, la de venir impuesta por la realidad de los hechos más que por un acto de autoridad y la carencia de un mandato legal, las que llevan forzosamente a la conclusión de que no es inscribible la llamada tutela asumida por ministerio de la Ley».

⁵⁴ ORDÁS ALONSO, M., *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008.

⁵⁵ En este sentido, SAP de Sevilla de 23 de noviembre de 1999.

⁵⁶ De esta manera lo entienden pronunciamientos judiciales como la SAP de Cuenca 165/2009, de 3 de julio, que dice expresamente que «el desamparo se configura como base imprescindible para una inmediata intervención administrativa de protección»; la SAP de Alicante 159/2008, de 15 de abril, y la SAP de Málaga 202/2003, de 4 de abril, entienden que la situación de desamparo ha de considerarse

Asumida automáticamente la tutela *ex lege* por la Administración competente, no es necesario, a diferencia de lo que ocurre con el tutor civil, constituir por la administración tutora una fianza con el fin de asegurar sus obligaciones, pero tampoco le corresponde constituirla cuando, en lugar de asumirla por ministerio de la ley, la desempeñe por resolución judicial. Así se desprende del párrafo 2º del artículo 260 C.c.

De acuerdo con el artículo 172 CC, la tutela administrativa y la suspensión provisional del ejercicio de los deberes de guarda por parte de los padres o tutores, son efectos que se generan automáticamente y bien podrían ser retroactivos, con el fin de favorecer el interés superior del menor, especialmente en algunos casos, como el de los menores extranjeros no acompañados. Pero si la situación *de facto* en que se encuentra el menor desencadena todo el procedimiento protector, la tutela debe cesar tan pronto como desaparezca la causa que la motivó. Es esta otra nota característica de la tutela *ex lege*: su provisionalidad.⁵⁷

Es lógico que si la familia se considera el mejor entorno para el desarrollo integral del menor, tanto la tutela administrativa como la guarda estén concebidas como algo provisional. Y esta característica, tanto de la tutela como de la guarda, se ha querido intensificar en el Anteproyecto, por comprometer el fin último de las medidas de protección sobre el menor: su reintegración familiar, si es posible.

Todas las actividades de las administraciones públicas han de proporcionar recursos adecuados para evitar el desarraigo familiar y social del menor, procurando al mismo tiempo, el mantenimiento de la unidad familiar. A ello responde, por ejemplo, el ingreso de los hermanos en el mismo centro o familia. Siempre que sea posible y en interés del menor, se ha de establecer, también, un régimen de relaciones personales para que no se rompan los vínculos afectivos familiares con el menor.

Pero sobre todo, la guarda o la tutela administrativa no pueden ser indefinidas en el tiempo. Sólo se prolongan lo estrictamente necesario para acabar con las causas que motivaron la declaración de riesgo o desamparo.

«una situación fáctica, en la que se encuentran los menores que determina, por Ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores».

⁵⁷ Reflejada ya expresamente en la legislación autonómica. Así aparece en el art. 35 del Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa; art. 124 apartado e) de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia; Art. 72 apartado a) de la Ley 14/2002, de 25 de julio de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; Art. 74 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha o el art. 23.1 del Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

La tutela de la Administración es provisional aun en el caso de que su actuación consista en promover el nombramiento de un tutor civil cuando, concurriendo los presupuestos, existan las personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la misma en su beneficio, cumpliendo, una vez más, con su misión de mantener al menor en el medio familiar de origen (art. 239 CC). La tutela *ex lege*, en este caso, dura el tiempo estrictamente necesario para el nombramiento del tutor civil. Pero si no existen personas susceptibles de ser nombradas tutor civil, y cuando sea imposible o inconveniente el mantenimiento del menor en su familia de origen, la Administración debe impulsar la adopción y, si prospera, la tutela administrativa finaliza entonces con la adopción.

Por último, y a pesar de lo expuesto, hay que advertir, sin embargo, que en ocasiones la tutela administrativa sobre los menores acaba siendo permanente hasta la mayoría de edad del menor o su emancipación. Esto es lo que sucede cuando las circunstancias del menor y su familia aconsejan la constitución del acogimiento familiar permanente al que se refiere el vigente artículo 173 bis apartado 2º CC.

4. LOS ACOGIMIENTOS

Cuando una Administración constata que un menor se encuentra necesitado de protección, deberá acordar la medida que, inspirada en el principio del interés superior del menor y en los de reinserción o integración familiar, mejor se adapte a las circunstancias del menor que tutela o guarda, notificándosela al Ministerio Fiscal⁵⁸.

Las opciones de la Administración básicamente son dos: mantener al menor en su entorno familiar, lo que resulta prioritario si en su familia de origen puede procurársele la atención que necesita, o separarlo de su familia, y debe entonces la entidad pública acordar su acogimiento, bien familiar o bien residencial, según convenga al interés de menor y los recursos disponibles.

El Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia propone que el artículo 172 ter CC disponga:

«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

⁵⁸ Art. 18.1 LOPJM: «Cuando la Entidad Pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el art. 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal». Sobre este instrumento de protección vid. CAPARRÓS CIVERA, N. Y JIMÉNEZ-AYBAR, I., *El Acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, 2001.

responsable del centro donde esté acogido al menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.

2. Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

No podrán ser acogedores los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en la ley.

3. La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor acogido, cuando sea conveniente para su interés, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas o instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor.

La delegación de guarda para salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal o el Juez. Dicha medida será comunicada a los padres o tutores, siempre que no tengan suspendido el ejercicio de la patria potestad o de la tutela. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor.

4. En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los padres 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.»

Siempre se ha entendido que la Administración competente debe estudiar caso por caso y decidir en interés superior del menor que medidas serán las convenientes. Pero como principio general, se considera el acogimiento familiar como opción preferente frente al acogimiento residencial. Así lo dispone ya el artículo 21.1 LOPJM al establecer que: *«Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor»*, que parte de que la familia está considerada el mejor entorno para el desarrollo de la personalidad del menor. Y, por la misma razón, dentro del acogimiento familiar, se recomienda el acogimiento por familia extensa, siempre que las circunstancias sean propicias, frente al acogimiento en familia ajena. No obstante, algunas normas autonómicas entienden por familia extensa las personas que tienen una especial relación afectiva con el menor, sin necesidad de parentesco, mientras que otras acogen un concepto estricto, limitando el acogimiento a las personas que tienen relación de parentesco como los abuelos y los tíos.

Además del acogimiento familiar y residencial contempla actualmente el artículo 173.2.6º CC el acogimiento en «hogar funcional» en el que la guarda de los menores es ejercida a través de pequeños centros que tratan de funcionar como verdaderos

hogares familiares⁵⁹. Habla también este artículo del llamado «acogimiento profesional», que se produce, cuando quienes ejercen la guarda de los menores son profesionales que poseen una preparación específica para tratar con menores que presentan problemas necesitados de atención especializada.

4.1. *La reforma de los acogimientos familiares*

Actualmente la LOPJM distingue tres tipos de acogimiento familiar: el acogimiento simple (de carácter temporal, para las situaciones en que es previsible el retorno del menor a su familia); acogimiento permanente (cuando «[...] *por la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor*»); y el acogimiento preadoptivo⁶⁰.

El acogimiento familiar simple se constituye con carácter transitorio y se utiliza en los casos en los que se prevea la inserción del menor en su propia familia o mientras se decide otra medida de carácter más estable. El acogimiento familiar permanente es una medida estable de protección por la que se opta cuando la edad u otras circunstancias, ya sean del menor o de la familia biológica, aconsejen que la guarda de aquel sea ejercida de forma permanente por la familia acogedora. Esta medida es propicia cuando resulta inconveniente el regreso del menor a su familia y la adopción no atienda al interés superior del menor. Por último, el acogimiento familiar preadoptivo es la medida que adopta la perspectiva de una futura adopción del menor cuando se entiende que el regreso a su familia de origen es inadecuado o imposible, y los acogedores reúnen los requisitos para adoptar han sido seleccionados y han prestado ante la entidad pública su consentimiento para ello.

La regulación del acogimiento familiar experimenta una sustancial reforma en el Anteproyecto, empezando por sus modalidades, que se distinguen según la duración del acogimiento que se ordena: acogimiento de urgencia, acogimiento permanente y acogimiento temporal. Este durará como máximo 2 años, a menos que se prorrogue en atención al interés del menor. Se distingue también entre el acogimiento del menor en la propia familia extensa, o el que se produce en familia ajena, lo que resulta relevante a efectos de su constitución. Quedan, por último, suprimidos con la reforma, el

⁵⁹ La Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores define el hogar funcional como «un núcleo de convivencia permanente similar al familiar, en el que su responsable o responsables residan de modo habitual en el mismo».

⁶⁰Sobre el contenido de los acogimientos familiares tal y como está previsto ahora mismo vid. MARTOS CALABRÚS, M. A., «Ejercicio de la facultad de guarda de los menores desamparados: acogimiento familiar», en *Políticas Jurídicas para el Menor*, cit., pp. 215 a 236. También: TORRES MATEOS, M. A., *La adopción y acogimiento de menores*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

acogimiento familiar provisional y el preadoptivo, que se configura ya como lo que, en realidad, ha supuesto siempre: una fase del proceso de adopción⁶¹.

Según el artículo 20.1 LOPJM propuesto:

«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. Se entiende por este último, 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.»

Otra importante novedad es que la constitución de los acogimientos familiares se simplifica, y al efecto, se modifica el artículo 173 que contempla también la remoción de la guarda de los acogedores y las causas por las que cesa el acogimiento.

«Artículo 173.

[...]

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 12 años.

3. 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 padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o cualquier persona interesada podrá solicitar a la Entidad Pública la remoción de ésta.

4. El acogimiento familiar del menor cesará: a) Por resolución judicial. b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los padres, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus padres o tutor.

5. Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva.»

Ya antes de la entrada en vigor de la LOPJM, para constituir el acogimiento familiar era necesario el consentimiento de los padres del menor y sin él, sólo se podía constituir por vía judicial. Esto provocó una tendencia de las Entidades públicas tutoras o guardadoras de los menores a ordenar el internamiento de estos en centros de protección, privándoles de constituir un núcleo familiar, incluso en aquellos casos en

⁶¹ Sobre el acogimiento preadoptivo vid. STS de 28 noviembre 2012, que resuelve reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución que disponía el acogimiento preadoptivo de un menor.

los que la familia extensa estaba dispuesta a acoger al menor. Con la LOPJM, se puso fin a tal práctica, permitiendo el acogimiento familiar provisional sin el consentimiento de los padres e incluso con la oposición de los mismos. Pero los demás acogimientos familiares si lo necesitan, de modo que se formalizan en la actualidad por escrito, con el consentimiento de la Entidad Pública, de los acogedores, del menor mayor de doce años y de los padres no privados de patria potestad o del tutor civil.

La reforma prevé que puedan constituirse acogimientos familiares sin previo consentimiento de los padres, aunque el control judicial debe aportar la seguridad jurídica necesaria. Por otra parte, las Entidades públicas competentes para constituir un acogimiento permanente, podrán atribuir a los acogedores las funciones tutelares sin previa intervención judicial. Se observa así que en su constitución, el acogimiento familiar viene a equipararse con el residencial, con ciertas particularidades lógicas que ya se seguían en la práctica: Se hace, por ejemplo, mención expresa de la necesidad de valorar (como en la adopción) la aptitud de los acogedores de acuerdo a una serie de criterios. También se contempla la posibilidad de que en los acogimientos familiares constituidos por desamparo o por guarda voluntaria, los titulares de la patria potestad o los tutores, deban abonar una cantidad a los acogedores por los alimentos y la atención que estos procuren al menor. Se dispone, por otra parte, que la Entidad Pública prevea, para el menor, salidas o vacaciones con otras familias o en instituciones adecuadas⁶².

Conforme al texto que se propone para los apartados 2 y 3 del artículo 20 LOPJM:

«2. 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.

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

3. A la resolución de formalización del acogimiento familiar, a que se refiere el apartado anterior, acordada conforme a los términos previstos en el Código Civil, se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos: a) La identidad del acogedor y del acogido. b) Los consentimientos y audiencias necesarias. c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor

con la familia o persona acogedora. d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1º El régimen de visitas por parte de la familia de origen que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor. 2º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública, o de otros responsables civiles, de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. 3º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria. e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora. f) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores. g) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada. La resolución y el documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal.»

Naturalmente, cuando la Entidad competente acuerda el acogimiento familiar de un menor, los acogedores asumen la obligación de «*velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo*» (art. 173.1 CC). Pero respecto del contenido de los acogimientos familiares, lo que resulta más novedoso en el Anteproyecto es la previsión de un estatuto de los acogedores (art. 20 bis LOPJM) y de los menores acogidos (art. 20 ter LOPJM), ampliando así la seguridad jurídica y la cobertura legal necesarias, para que las familias acogedoras puedan desarrollar las funciones a las que están llamadas, con plenas garantías de sus derechos para los menores acogidos.

«Artículo 20 bis. *Derechos y deberes de los acogedores.* 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. 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 con la familia de origen. c) Ser informados de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento que se adopten respecto al menor acogido, de las revisiones periódicas y a obtener información del expediente de protección del menor, a excepción de aquellas cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de terceros y a la protección de datos. d) Ser escuchados en los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido. Ser parte procesal en los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada. e) Cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento establecidos para el acogimiento. f) Disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor que acogen. g) Ejercer todos los derechos inherentes a la guarda. h) Ser respetados por el menor acogido. i) Recabar el auxilio de la autoridad 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 la compensación económica u otro tipo de ayuda que se hubiera estipulado, en su caso. l) Incluir al menor acogido en las mismas condiciones que 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 consintiere ella,

la familia de origen y el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, si es mayor de 12 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.

2. Los acogedores familiares tendrán los siguientes deberes: a) Velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. b) Oír al menor siempre antes de tomar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si es mayor de 12 años, sin exclusión alguna por discapacidad, y a transmitir a la Entidad Pública las peticiones que éste pueda realizar dentro de sus capacidades. c) Asegurar la plena participación del menor en la vida de familia. d) Informar a la Entidad Pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor. e) Respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso. f) Colaborar activamente con las Entidades Públicas en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y seguimiento de la medida, observando las indicaciones y orientaciones de la misma. 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.»

«Artículo 20 ter. *Derechos de los menores acogidos*. 1. El menor acogido tendrá derecho a: a) Ser oído y ser parte del proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo. b) Participar en la vida familiar del acogedor. c) Dirigirse directamente a la Entidad Pública y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento. d) Solicitar información o pedir, por sí mismo si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar. e) Relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas establecido por la Entidad Pública. f) Mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento siempre que esta y la familia de origen lo consienta y convenga a su interés superior. g) Conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas.»

El artículo 21 LOPJM contempla expresamente el carácter prioritario del acogimiento familiar respecto al residencial, por entenderse más adecuado al desarrollo de la personalidad del menor. En la actualidad el artículo 21 también lo dispone: «*Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor*». Esto es así, porque, hay que insistir, la familia se considera de forma unánime como el instrumento social más idóneo para la transmisión de valores y pautas de conducta, para la formación, y el pleno desarrollo personal del menor. Sin embargo, en ocasiones, el acogimiento residencial puede

resultar la medida indicada cuando así se desprenda del interés superior del menor, una vez valoradas sus circunstancias personales, familiares y sociales.⁶³ Es por lo que en la práctica, las Administraciones han distinguido dos grandes grupos de menores: aquellos para los que el acogimiento residencial es apropiado y a los que, por el contrario, les resulta más adecuado el acogimiento familiar. No obstante, el actual perfil del menor en acogimiento residencial es tan diverso como variado es el conjunto de centros de protección, y los programas que en ellos se desarrollan para cada menor, según sus necesidades y características personales.

En el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia la prioridad del acogimiento familiar es absoluta para los menores de tres años, incluso para los menores de seis años, aunque se admite que se ordene el acogimiento residencial cuando no exista otro recurso o cuando sea el que conviene al interés del menor cualquiera que sea su edad.

Según el artículo 21.3 LOPJM propuesto: *«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 6 años. No se acordará el acogimiento residencial para menores de 3 años salvo en supuestos muy excepcionales 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. Con carácter general, el acogimiento residencial de menores de 6 años no tendrá una duración superior a tres meses.»*

4.2. El acogimiento residencial

El acogimiento residencial implica que la Administración atribuya el ejercicio de los deberes de tutela o guarda del menor al director de un centro, procurando, de este modo, todas las atenciones necesarias para su correcto desarrollo y evolución, bajo la vigilancia de la Administración titular de la tutela o guarda y la superior del Ministerio Fiscal⁶⁴.

Consiste el acogimiento residencial en alojar al menor en un centro adecuado a su perfil, donde pueda recibir la atención, educación y formación de la que carece en su propio seno familiar. A tal fin, se programan los recursos y medios necesarios para el retorno del menor a su familia o para la adopción de otras medidas. Pero hay que admitir que, aunque no sea lo más recomendable, las circunstancias concretas del menor obligan en ocasiones a que la estancia del menor en el centro se prolongue hasta su mayoría de edad o emancipación.

⁶³ En esta dirección: STS (Sala 1) de 17 de febrero 2012.

⁶⁴ ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M^a L., «Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los Centros de Protección Administración de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 80, 2011, pp. 305 a 340.

A través de esta medida, se trabaja de forma individual con cada menor, atendiendo a las necesidades personales, familiares, escolares y sociales del mismo, y planificando las actuaciones necesarias para el pleno desarrollo de su personalidad e integración social, sin dejar de promover alternativas, preferentemente de tipo familiar, ya sea con su familia extensa o con familia ajena⁶⁵.

La medida de acogimiento residencial se adoptará subsidiariamente respecto a la de acogimiento familiar cuando ésta sea inviable o inconveniente o cuando, atendiendo siempre al interés superior del menor y por el tiempo estrictamente necesario, resulte apropiado el ingreso en un centro. También se prevé como medida provisional y urgente, mientras se dispone otra medida más adecuada. De hecho, algunas legislaciones autonómicas no consideran acogimiento residencial la estancia del menor en un centro cuando es por tiempo inferior a cuarenta y cinco días⁶⁶.

Hay que insistir en que constituye una medida de carácter residual y sólo se adopta cuando hayan fallado el resto de medidas o cuando en atención al perfil del menor, —principalmente aquellos que se encuentran en edades muy tardías—, sea lo más recomendable. Por otra parte, aun acordada esta medida, los principios del sistema obligan a trabajar por la futura reintegración del menor con su familia propiciando el contacto con el exterior, por lo que, en ocasiones, se ha utilizado como instrumento de transición entre el acogimiento familiar y la reintegración a núcleo familiar biológico⁶⁷.

Durante el acogimiento, los centros deben dar al menor la adecuada cobertura de sus necesidades físicas, psíquicas, emocionales y sociales, y fomentar la autonomía personal y la integración del menor en el ámbito comunitario a través de programas adecuados que posibiliten el desarrollo de sus capacidades. En los centros se ha de procurar a los menores una atención y una educación integral e individualizadas, en un marco de convivencia adecuado, durante el tiempo estrictamente necesario hasta

⁶⁵ Art. 11, apartado g), del Decreto 139/2002, de 8 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento de los Centros de Acogida de Menores dependientes de la Consejería de Bienestar Social (Junta de Andalucía).

⁶⁶ Art. 59.2 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección a la Infancia y la Adolescencia de Cantabria.

⁶⁷ Al respecto el Auto 64/2001, de 8 marzo, de la Audiencia Provincial de Sevilla señaló, por ejemplo, que: «al acordarse de que se deje sin efecto el acogimiento, ha de decirse simultáneamente que la menor ha de volver con su madre, cuya recuperación de guarda y custodia ordenamos, y que por ello, y a fin de evitarle un daño derivado del tiempo que lleva conviviendo con los acogedores y separada de su madre, es procedente seguir un régimen transitorio consistente en transformar el acogimiento familiar en residencial provisional a fin de que al separarla de la familia acogedora e ir propiciando el acercamiento a su madre, no se le induzca a confusión entre ambas familias, duración residencial por el tiempo que aconsejen los informes y evaluaciones que deberá ir haciéndose respecto de la evolución de las visitas que la madre ha de hacerle en tal centro; y para acordar esto el tribunal ya cuenta con que este régimen transitorio lógicamente alguna perturbación temporal va a ocasionar en la menor, pero que queda supeditada al mayor beneficio que la recuperación de su madre le producirá en el futuro, de ahí que el tribunal no haya considerado necesario un informe pericial que valore la repercusión en la menor de tal medida».

conseguir la reintegración en su familia de origen. Para alcanzar tal fin, el menor ejerce el derecho a comunicarse con su familia de modo que han de estar los centros organizados y preparados para llevar a cabo las visitas familiares que permitan la colaboración de los padres con la Administración. Además, deberán estar abiertos a la comunidad para que los menores participen de los recursos normalizados de su entorno.

Del acogimiento residencial, la nueva regulación contempla sus características esenciales, la primera de ellas su duración mínima. Y establece prescripciones específicas relativas a los centros donde se lleven a cabo esos acogimientos, exigiendo a todos, de entrada, una habilitación administrativa

Pero el centro es también la sede jurídica de cada menor acogido, por lo que en su organización y sistema, debe garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes del menor, así como la actuación de todas las garantías jurídicas que derivan tanto de su estatuto jurídico como menor, como de la relación jurídica de tutela o guarda que le une con la Administración protectora. A este respecto la Entidad Pública tiene una función esencial de vigilancia en la que la reforma insiste:

«Art. 21.

[...]

4. A los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias.

5. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial.

6. Los menores que se encuentren en acogimiento residencial tendrán los mismos derechos y deberes establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 20 ter en lo que les sea aplicable.»

El acogimiento residencial implica, en todo caso, que la Entidad Pública competente atribuya el ejercicio de los deberes de tutela o guarda del menor al director del centro público o privado, y dicho ejercicio se somete a la vigilancia de la Administración titular de la tutela o guarda y a la superior del Ministerio Fiscal. El hecho es que la relación jurídica de tutela o guarda que se establece entre la Entidad Pública y el menor, con eficacia *erga omnes*, se convierte en el necesario y preciso marco jurídico de cada acogimiento residencial. La Administración titular de la guarda, deberá colaborar y vigilar a las personas que bajo la medida de acogimiento familiar o residencial encomendó su ejercicio, y el Ministerio Fiscal tendrá la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores; de modo que habrá de ponerse en su conocimiento, cualquier situación que atente contra los derechos de los menores, con el fin de que aquel promueva las acciones oportunas.

Respecto de los centros dispone la reforma:

«Artículo 21. *Acogimiento residencial*. 1. Los servicios y centros de acogimiento residencial deberán ajustar su actuación a los principios inspiradores de esta ley y tendrán las siguientes características básicas. a) Asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana de los menores adaptando su proyecto general a las características personales de cada menor, mediante un proyecto socio-educativo individual, que persiga el desarrollo físico, psicológico y social en el marco del plan individual 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. 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 y velarán por su preparación para la vida plena, de manera especial su escolarización y formación. g) Poseerán un reglamento de funcionamiento interno que responda a las necesidades educativas y de protección y tendrán articulado un procedimiento de formulación de quejas y reclamaciones. h) Administrarán medicamentos a los menores bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria. 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 con familias alternativas en fines de semana y períodos vacacionales.»

De las normas que reglamentan los acogimientos residenciales se destacan dos aspectos: En primer lugar, el relativo al derecho del menor a recibir visitas en el centro, y que está vinculado al derecho del menor a mantener contacto directo y regular con ambos progenitores y a relacionarse con sus parientes salvo que sea contrario a su interés superior (art. 161 CC)⁶⁸.

Son las entidades públicas las que deben señalar el régimen de visitas correspondiente a cada menor en tutela o guarda, informando de ello al Ministerio Fiscal. En ese régimen cabe que se disponga la prohibición de aproximación y de comunicación de determinados parientes, incluidos los progenitores con la patria potestad suspendida, cuando se estime necesario. Pero lógicamente, esta medida debe sujetarse al principio de proporcionalidad y jurisdiccionalidad (art. 158 CC).

⁶⁸ Derecho que puede ser suspendido en su interés; vid. STS 4 noviembre 2013.

En segundo lugar, se contempla la obligación de la Administración de preparar para una futura vida independiente a los menores que se han sujetado a tutela. Dice el texto que se propone para el Artículo 22 bis LOPJM:

«Artículo 22 bis. *Programas de preparación para la vida independiente.* Las Entidades Públicas ofrecerán programas de preparación para la vida independiente para los jóvenes mayores de edad que hayan estado bajo una medida de protección y lo necesiten. Los jóvenes podrán estar incluidos en estos programas desde dos años antes del cese de la medida y continuarán una vez cumplida la mayoría de edad, con el compromiso de participación activa y aprovechamiento por parte de los mismos. Los programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas.»

En los últimos años, la práctica de las Administraciones autonómicas al respecto ha sido muy rica y de resultados destacables:

Según el párrafo 2 del artículo 21 LOPJM que introduce el Anteproyecto:

«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, sin perjuicio de lo dispuesto en los capítulos IV y V de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, relativos a las garantías al libre establecimiento y circulación y al principio de eficacia en todo el territorio nacional. Además, deberán existir estándares de calidad 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.»

Esta pormenorizada y completa regulación, que se encomienda a las Entidades Públicas, responde, sin duda, a la ausencia de una normativa básica y común a los centros de menores, última causa de importantes deficiencias denunciadas desde hace tiempo, incluso por el Defensor del Pueblo; quien ha puesto de manifiesto que junto a los problemas técnicos, la falta de garantías jurídicas «taran» los modelos de intervención y los acogimientos residenciales de los menores⁶⁹.

⁶⁹ Informe del Defensor del Pueblo sobre Centros de Protección de Menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, Madrid, 2009. Afirmaba el Defensor del Pueblo tras su investigación que «los resultados del sistema de protección que se viene desarrollando no siempre son satisfactorios para los educadores, y en muy pocos casos para los educandos». Estos últimos se muestran muy insatisfechos, tanto durante su permanencia en los centros, como cuando han de abandonar el centro por cumplir dieciocho años, en algunos casos aún sin haber superado su programa de intervención. Sobre los acogimientos residenciales, vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B, y PARDO MARTINEZ, E., *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Granada, 2010.

Ciertamente, el informe del defensor del Pueblo, a que se está haciendo referencia, se centraba en los establecimientos de protección de menores con trastornos de conducta o en situación de dificultad social; cuya existencia constata en la mayoría de las Comunidades Autónomas aunque, las que no los poseen han manifestado su disposición a crearlos⁷⁰. Pero muchas de las denuncias que incorpora el Defensor del Pueblo sobre estos centros, suelen ser comunes a los centros de protección con independencia de su tipología.

Precisamente puso de relieve en su informe el Defensor del Pueblo, que la variedad de denominaciones referentes a los distintos tipos de centros existentes en España produce problemas de identificación y caracterización de cada uno de los recursos residenciales. También la gran variedad de proyectos desarrollados y de programas de intervención que se aplican a los menores, que van desde los más restrictivos hasta los más abiertos y socializadores. Todo ello sin que exista unanimidad en lo que se refiere a su estructura y su ubicación. Pero, como deficiencia grave, destacó la falta de seguimiento frecuente de la situación del menor en los centros por parte de las administraciones competentes, cuando son estas las responsables de asegurar la protección de los derechos de los menores⁷¹.

Existe hace tiempo pleno consenso en la necesidad de proveer al sistema de protección de un modelo de acogimiento residencial que cumpla con una adecuada calidad técnica de los recursos humanos y materiales de los centros, y que reúna en lo posible las características generales de «una familia común». Pero es imprescindible que este modelo residencial se sostenga sobre unas garantías jurídicas claras y accesibles a los menores y a los órganos de colaboración, control y vigilancia, particularmente de la Administración que ha delegado la guarda o tutela del menor acogido. Cada programa de acogimiento y de intervención debe considerar los aspectos jurídicos de la medida y estos ser supervisados e inspeccionados. En primer lugar porque así lo exige el estatuto jurídico del menor, vinculante para todo menor, no importa su condición o su ubicación. Pero también porque el éxito de la medida de protección o del programa de intervención y acogimiento, depende en gran medida de las garantías jurídicas con las que cuente, y estas garantías podrán ser distintas, nuevamente, en cada sistema autonómico⁷².

⁷⁰Alrededor del 80% de estos recursos residenciales empezaron a funcionar en el año 2000, principalmente gestionados por entidades privadas que mantienen conciertos con las administraciones públicas competentes, y de la lectura del informe resulta evidente que algunos no reúnen las condiciones necesarias para albergar a menores con trastornos de conducta, pero sobre todo, que las garantías jurídicas para los menores ingresados en ellos son muy cuestionables

⁷¹ La vigilancia de la situación de los menores en los centros, al menos semestralmente, que los fiscales deberían realizar por orden del art. 174 CC es muy escasa, según lo constatado por el Defensor del Pueblo, aunque es más frecuente cuando, lamentablemente, se hace convivir a menores en régimen de protección junto con menores que cumplen medidas de Justicia juvenil.

⁷²Así, una cuestión no menor, y que igualmente recibe distinta regulación, es la necesidad o no de autorización judicial para el ingreso de los menores conflictivos o en dificultad social en un centro, ya sea

BIBLIOGRAFÍA:

ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia», InDret 4/2011 (http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf [consulta: 14 octubre 2014]).

ARANDA ÁLVAREZ, E., «Sinopsis del artículo 39» (diciembre 2003), actualizado por Sara Sieira (enero 2011), en la web. Del Congreso de los Diputados (www.congreso.es/constitucion [consulta: 14 octubre 2014]).

BELLO JANEIRO, D., «Competencia autonómica en materia de menores. El caso de Galicia», en SAINZ-CANTERO CAPARROS, M^a B. (ed.), *Políticas Jurídicas para el Menor*, Comares, 2010, pp. 25 a 48.

CABEDO MALLOL, V., *Marco Constitucional de la protección de menores*, La Ley, Madrid, 2008.

CAPARRÓS CIVERA, N., y JIMÉNEZ-AYBAR, I., *El Acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, 2001.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre Centros de Protección de Menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, Madrid, 2009, 2008, 2007, 2006, 2005, 2004, 2003, 2002.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre el primer año de vigencia de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid, 2002.

DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Los menores de edad en el Derecho español*, Comares, Granada, 2000.

de protección o específico para su tratamiento. Mientras algunas Comunidades Autónomas prevén la previa autorización judicial como requisito imprescindible para el ingreso de estos menores en un centro, especializado o de educación especial, otras no dicen nada y por tanto, permitirían eludirla; y hay Comunidades Autónomas, que sólo prevén la necesidad de autorización judicial cuando no se cuente con el consentimiento de los padres del menor. Por último, en efecto, está la controversia sobre la necesidad o no de contar con el consentimiento voluntario del menor y de sus padres. Y a este respecto, hay Comunidades Autónomas que ni siquiera hacen mención a dicho consentimiento. Otras, exigen la aprobación de estos menores y de sus padres para la adopción de las medidas de protección. Por último algunas permiten suplir la ausencia de consentimiento con la autorización judicial. Sobre el acogimiento residencial de estos menores y las garantías que deben acompañarle, es de interés consultar el *Informe sobre Menores en Centros terapéuticos «Si vuelvo ¡me mato!»*, diciembre de 2009 realizado por Amnistía Internacional (<https://www.es.amnesty.org/paises/espana/menores-en-centros/> [consulta: 14 octubre 2014]).

DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección de la infancia: En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B., *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona, 1995.

LÓPEZ SÁNCHEZ, F., et al., *Necesidades de la infancia y protección infantil*, vol. II. *Actuaciones frente a los malos tratos y el desamparo de menores*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007.

MARTINEZ RUANO, P., «La capacidad *iusfundamental* del menor» en *Políticas Jurídicas para el menor*, cit., pp. 85 a 98.

MARTOS CALABRÚS, M. A., «Ejercicio de la facultad de guarda de los menores desamparados: acogimiento familiar», en *Políticas Jurídicas para el menor*, cit., pp. 215 a 236

MENDIZÁBAL OSES, L., *Derecho de menores. Teoría general*, Pirámide, Madrid, 1977.

NÚÑEZ CASTILLO, A., «El sistema de protección de menores», GARCÍA GARNICA, M^a C. (coord.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ORDÁS ALONSO, M., *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2008.

PARDO MARTINEZ, E., «Los menores desprotegidos en Andalucía», en *Políticas Jurídicas para el menor*, cit., pp. 49 a 60.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, M^a L., «Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los Centros de Protección Administración de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 80, 2011, pp. 305 a 340.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B. (ed.), *Políticas jurídicas para el menor*, Comares, Granada, 2010.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B, y PARDO MARTINEZ, E., *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Comares, Granada, 2010.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Los menores en protección*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

TORRES MATEOS, M. A., *La adopción y acogimiento de menores*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

VILALTA VINUESA, A.E., «Cuadro normativo sobre menores y su protección en Cataluña», en *Políticas Jurídicas para el Menor*, cit., pp. 61 a 84.

Fecha de recepción: 25.10.2014

Fecha de aceptación: 17.11.2014