

LA GUARDA VOLUNTARIA COMO HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN PREFERENTE EN SITUACIONES DE DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE REINTEGRACIÓN *

Una propuesta de revisión y actualización de su función

Neus Cortada Cortijo

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Lleida

TITLE: *Voluntary care as a preferential protection tool to temporary foster care. A proposal to review and update its role*

RESUMEN: El estudio propone la revisión de la institución de guarda voluntaria como medio de protección preferente en situaciones de desamparo con pronóstico de reintegración ante las que procede la adopción de la medida de acogimiento temporal. El mecanismo anticipatorio y consensuado de la guarda voluntaria, que no suspende la patria potestad, se adecua mejor a los principios que rigen la protección de la infancia y adolescencia. Su carácter voluntario favorece, además, la participación familiar en la mejora del entorno, incrementando las opciones de retorno del menor de edad con su familia.

ABSTRACT: *The study proposes the review of the institution of voluntary guardianship as a preferred means of protection in situations of neglect with a prognosis for reintegration, in cases where the measure of temporary foster care is applicable. The anticipatory and consensual mechanism of voluntary guardianship, which does not suspend parental authority, aligns better with the principles governing the protection of children and adolescents. Its voluntary nature also promotes family participation in improving the environment, increasing the options for the children to return to their family.*

PALABRAS CLAVE: Protección de menores, Participación familiar, Reintegración familiar, Guarda voluntaria, Desamparo, Acogimiento temporal

KEY WORDS: *Child protection, Family participation, Family reunification, Voluntary care, Voluntary care agreement, Abandonment, Temporary foster care*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. EL DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE REINTEGRACIÓN. 2. LA GUARDA VOLUNTARIA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN PREFERENTE A LA SEPARACIÓN FORZOSA EN SUPUESTOS DE DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE REINTEGRACIÓN 3. LA CONFIGURACIÓN DE LA GUARDA VOLUNTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 3.1. *La voluntariedad como elemento sustancial: el consentimiento de los progenitores.* 3.2. *Las causas que justifican la cesión de la guarda a la Administración.* 3.3. *La transitoriedad y temporalidad intrínseca de la institución: el plazo de dos años.* 3.4. *El principio de prioridad familiar: la finalidad del retorno.* 4. EL ACOGIMIENTO TEMPORAL COMO FORMA DE EJERCICIO DE LA GUARDA VOLUNTARIA. 5. LA FUNCIÓN DE GUARDA DE LA

* Esta publicación forma parte del Proyecto de investigación PID2023-153228NB-I00 “Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado” (IIPP Sofía de Salas Murillo/ M^a Victoria Mayor del Hoyo) financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE. También forma parte del Proyecto PID2022-137305NB-C21 “Investigación por pares con familias en situación de riesgo y desamparo para la evaluación del Triángulo P+: un recurso metodológico para la participación familiar” (IIPP M. Àngels Balsells y Aida Urrea-Monclús). Del mismo modo, integra las actividades del grupo GRIAF (Grup de Recerca en Infància, Adolescència i Famílies), financiado por la Generalitat de Catalunya 2021 SGR 00513.

ADMINISTRACIÓN Y SU ARTICULACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS PROGENITORES. 5. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA: LA CONVENIENCIA DE UNA REFORMULACIÓN DE LA GUARDA VOLUNTARIA A LOS EFECTOS DE SU APLICACIÓN PREFERENTE EN SUPUESTOS DE DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE REINTEGRACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN. EL DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE REINTEGRACIÓN

El artículo 172.1 del Código Civil considera como situación de desamparo «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores de edad, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Declarado el desamparo mediante resolución administrativa, la Entidad pública competente separará el menor de su familia de origen y asumirá su tutela de manera automática por ministerio de la ley¹ debiendo adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda (art. 18.1. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LOPJM—)². La asunción de la tutela por parte de la Administración

¹ SOLÉ RESINA, Judith, «La tutela de las personas menores después de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, 3, 2023, p. 44 asegura que: «Se dirige, como la patria potestad, a la protección integral de la persona menor y de su patrimonio y se caracteriza porque su ejercicio se realiza bajo el control y vigilancia de la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal». Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 375 y ss., destaca que el artículo 172.1 del Código Civil contiene una norma de carácter imperativo que tiene por objeto procurar la inmediata tutela del menor desamparado por parte de la entidad pública correspondiente. Añade que la consecuencia principal de esta tutela automática o *ex lege* es determinar la suspensión de la patria potestad vista la desatención de que es objeto el menor en cuestión y la situación de desamparo en que se encuentra.

² El artículo 162 ter del Código Civil señala que la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial.

comportará la suspensión del ejercicio de la patria potestad, aunque no su extinción³ ni la privación⁴ de su titularidad⁵.

Cuando la situación de desamparo que motivó la separación del menor de su familia se prevea transitoria porque permite pronosticar su retorno, la tutela de la Administración tendrá carácter temporal extinguiéndose cuando desaparezcan las circunstancias que lo motivaron. El artículo 173 bis 2 b) del Código Civil señala que la medida de protección será el acogimiento temporal cuando «de la situación del menor se prevea la reintegración en su propia familia».

La vocación transitoria de la tutela derivada de desamparo con pronóstico de retorno impone a la Administración la obligación de implementar medidas y llevar a cabo acciones destinadas, precisamente, a lograr la reintegración familiar⁶. Este objetivo de

³ Que solo proceden en supuestos de muerte de los progenitores, emancipación y adopción del hijo menor de edad (art. 169 del Código Civil).

⁴ Que procede en situaciones especialmente graves y precisa resolución judicial fundamentada que la declare. La sentencia del Tribunal Supremo 315/2014 de 6 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2131) señala al respecto que «la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo». Por su parte, la sentencia 621/2015, de 9 de noviembre del mismo tribunal (ECLI:ES:TS:2015:4575), hace una síntesis de la doctrina de la Sala sobre la privación de la patria potestad, señalando, a su vez que «la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma». La STS de 291/2019, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1661), priva de patria potestad a un padre por la desatención personal y económica reiterada, absoluta y sostenida en el tiempo.

⁵ MASSONS-RIBAS, Anna, CORTADA CORTIJO, Neus y BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, «El principio de prioridad familiar: el acogimiento temporal y su finalidad de retorno», *Revista de Derecho Privado*, 105, 2021, p. 102.

⁶ Art. 19 bis 2 LOPJM: «Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados». Así lo señalan LEIVA RODRÍGUEZ, Beatriz, GARCIA GARNICA, M. Carmen, «Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores: Y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (I)», *El Genio maligno, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, septiembre 2016, n.19, p. 101. También SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. Belén, «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre, 2014), Estudios, p. 146.

reintegración se basa en el principio de prioridad familiar⁷ que constituye uno de los pilares en que se sustenta la legislación protectora del menor⁸: la finalidad de la separación temporal debe ser tanto la protección inmediata del menor como su posterior reintegración a su familia (art. 172 ter 2 CC)⁹ siempre y cuando convenga a su interés¹⁰.

Para ello, y de conformidad con el artículo 19 bis 1 LOPJM, la Entidad pública que asuma la tutela del menor deberá elaborar un «plan individualizado de protección» que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen para eliminar las circunstancias que motivaron la separación y, en consecuencia, permitir el retorno del menor al hogar. Junto a este plan de trabajo personal y familiar, la Administración deberá adoptar también un «programa de reintegración familiar» que establezca las estrategias y cautelas para un retorno seguro.

De este modo, con el objetivo de la reintegración, la mejora de las condiciones familiares resulta ineludible¹¹, por lo que el trabajo con la familia constituye un requisito esencial

⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, *Principales modificaciones en las instituciones jurídicas del sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España*. Ed. Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2016, p. 28.

⁸ La Convención de los Derechos del Niño de 1989, (en adelante, CDN) señala en su Preámbulo: «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión». Además, en su articulado invoca de forma expresa este principio; concretamente en su artículo 9.1 recoge el derecho del niño a no ser separado de sus padres excepto en el supuesto de que fuese lo más conveniente atendiendo a su interés». Asimismo, en el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, se reconoce que «para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión» y se recuerda que «cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen».

⁹ En los mismos términos debe entenderse la guarda acordada judicialmente en los casos en que legalmente proceda, según dispone el artículo 172 bis del CC en relación con el artículo 158 del propio texto legal. En el mismo sentido, para VALLADARES RASCÓN, Etelvina, «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, nº 9, 1999, p. 35, parece razonable entender que pueda el juez acordar la separación del menor de sus padres y la asunción por la entidad pública de la guarda administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 CC, que autoriza a aquel para adoptar, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, en general, las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor y evitarle perjuicios.

¹⁰ Y también, siempre y cuando el tiempo necesario para ello no vaya en contra de su interés como añade de manera expresa el art. 81 k) de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía. De hecho, la temporalidad limitada a dos años así lo indica.

¹¹ Y, en concreto y especialmente, el ejercicio de la parentalidad. En este sentido, BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, CORTADA CORTIJO, Neus, BORREGO TARRAGÓ, Alicia y MASSONS-RIBAS, Anna, «La familia en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia desde el enfoque de la parentalidad positiva: la participación como eje del trabajo con la familia de origen» en *Parentalidad positiva: una mirada a una nueva época*, coord. por RIVAS BORRELL, Sonia, BELTRAMO ALVAREZ, Carlos, Ediciones Pirámide, Madrid, 2022, p. 192.

donde su participación e implicación se postula como clave del éxito en el proceso de mejora¹² y, por ende, en el resultado de la reunificación¹³. Se trata, en definitiva, de que el periodo de separación no sirva tan solo para dotar temporalmente al menor de edad de un espacio libre de daños, sino también para establecer las bases de un retorno seguro, dotando a la familia de los apoyos, recursos e instrumentos precisos para superar sus carencias y alcanzar los objetivos de cambio¹⁴.

Sin embargo, la separación impuesta que conlleva la declaración administrativa de desamparo, la asunción de la tutela *ex lege* por parte de la Administración competente y la cesión de la guarda a familias o centros, obstaculizan a menudo la posibilidad de retorno: una separación forzada, pocas veces comprendida¹⁵, dolorosa y percibida como un castigo¹⁶, no facilita la confianza necesaria para el trabajo de los profesionales con la familia en aras de la creación de un espacio libre de daño para al que pueda volver el menor¹⁷.

Junto a ello, la ausencia de un marco legal que prevea e incluso imponga la participación de la familia en este proceso de reconstrucción, cede a la sensibilidad de profesionales y

¹² MARTÍN GARCIA, M. Lirio, «Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores», *Revista de Derecho Privado*, n.6, 2017, p. 85.

¹³ BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, CORTADA CORTIJO, Neus; BORREGO TARRAGÓ, Alicia, MASSONS-RIBAS, Anna, «La familia en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia desde el enfoque de la parentalidad positiva: la participación como eje del trabajo con la familia de origen», op. cit., p. 200.

¹⁴ *Ibidem*, p. 195.

¹⁵ Apunta algún autor que, en ocasiones, la Administración adopta resoluciones de desamparo ante meras situaciones de riesgo que no deberían comportar la separación del menor de su familia, y que el paso del tiempo y la pérdida de lazos familiares convierten en irreversibles, BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *AFDUAM*, 15, 2011, p. 31; ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de julio», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, N. 9, 2016, p. 65.

¹⁶ SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, «Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Informe extraordinario*, noviembre 2023, p. 91, https://www.sindic.cat/site/unitFiles/9755/Informe%20centros%20de%20proteccion_ok_cast.pdf [Consulta: 1 de mayo 2024].

¹⁷ Debe tenerse en cuenta que gran parte de las familias que se encuentran en situación de protección y, en concreto, de desamparo «no alcanzan a entender las actuaciones que tienen que llevar a cabo para lograr que su hijo o hijos sean reinsertados en su propia familia, y más aun teniendo en cuenta [...] la ausencia de preceptos específicos que contemplen todas las posibles causas de oposición y los pasos concretos a observar por los progenitores que pretendan recuperar la guarda y custodia de sus hijos menores», ZAMORA SEGOVIA, M. Luisa, *Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen*, Ed. Observatorio de la Infancia en Andalucía, 2011, p. 9.

equipos la decisión de esta participación¹⁸. Lo cierto es que declarado el desamparo y separado el menor de su entorno «los progenitores, que ya no tienen la tutela del niño, experimentan muchas dificultades para participar en su vida»¹⁹.

Las cifras actuales de reunificación familiar en España son muy bajas, suponiendo menos de un 15% del total de las bajas del sistema de protección²⁰. Ello implica que en los desamparos con pronóstico de retorno que dan lugar a un acogimiento temporal, los iniciales pronósticos de retorno no se hacen realidad. Una mayor implicación de la familia, su cooperación en la reversión de las circunstancias dañinas para el menor conduciría, sin duda, a mejores cifras de reunificación²¹.

2. LA GUARDA VOLUNTARIA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN PREFERENTE A LA SEPARACIÓN FORZOSA EN SUPUESTOS DE DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE REINTEGRACIÓN

En aplicación de los principios que inspiran la legislación tuitiva del menor y en aras de una participación de las familias en la recuperación del entorno familiar en situaciones de desamparo con pronóstico de retorno, resulta interesante plantearse la existencia de mecanismos alternativos a la separación impuesta o forzosa.

El enfoque participativo²² propone un cambio de paradigma²³ que debe reflejarse tanto en el trabajo concreto con la familia de origen, como en las medidas, los instrumentos y

¹⁸ BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, CORTADA CORTIJO, Neus; BORREGO TARRAGÓ, Alicia, MASSONS-RIBAS, Anna, «La familia en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia desde el enfoque de la parentalidad positiva: la participación como eje del trabajo con la familia de origen», op. cit., p. 200.

¹⁹ SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, «Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Informe extraordinario*, noviembre 2023, p. 91.

²⁰ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, «Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia», Boletín n. 25, *Informes, Estudios e Investigaciones 2023*.

²¹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. Belén, «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, op. cit., p. 124: «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 Derechos Humanos».

²² LACHARITE, Carl, BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, MILANI, Paola, IUS, Marco, BOUTANQUOI, Michael y CHAMBERLAND, Claire, «Protection de l'enfance et participation des familles: cadre pour la transformation des cultures organisationnelles et l'adaptation des pratiques professionnelles» en AA.VV., *La maltraitance: Perspective développementale et écologique-transactionnelle*, Ed. Presses de l'Université du Québec, Québec, 2022, p. 16.

²³ De acuerdo con O'MAHONY, Conor, BURNS, Kenneth, PARKERS, Alison, SHORE, Caroline, «Representation and participation in child care proceeding: what about the voice of the parents?», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2017, p. 308, la focalización en el reconocimiento de los derechos de la

los procesos contemplados en la ley. De hecho, el artículo 2.5. c) de la LOPJM, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN)²⁴, exige la participación de los progenitores en la adopción de cualquier medida en interés del menor, ya sea de naturaleza judicial o administrativa²⁵.

Sin embargo, la legislación de protección española carece de este enfoque participativo. De hecho, en el desamparo, la participación de la familia de origen se limita a actos puntuales de notificación y audiencia, y en su caso, de oposición a ciertas resoluciones administrativas o judiciales por tiempo limitado. En este sentido, los términos en que se expresa el legislador para referirse a la participación de los progenitores —«notificación», «comunicación», «audiencia» e «impugnación»—, muestran ya el reducido alcance de su intervención, limitando sus derechos a simples trámites administrativos o procesales sin consecuencias vinculantes para las decisiones adoptadas por la Administración, evidenciando así la influencia limitada de su voz en el proceso de mejora²⁶.

Por ello, ante la falta de un marco general que regule e imponga la participación de los padres en supuestos de reunificación²⁷, la búsqueda de fórmulas que la fomenten debería considerarse como una prioridad.

Desde esta perspectiva cabe apuntar que existe un mecanismo de protección ante situaciones de desamparo con pronóstico de reintegración que, interpretado a la luz de

infancia -en particular del derecho a la participación- en las leyes a resultas de la presión internacional, ha relegado la protección legal de los derechos de los padres y madres, principalmente en su derecho a ser escuchados.

²⁴ Art. 9 CDN: «1. Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones».

²⁵ La Resolución de la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2009 en la que se aprueban las Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños (A/64/142, de 30 de noviembre de 2009) propone la participación activa, real y significativa de las familias mediante un trabajo conjunto a lo largo de todo el proceso de desamparo y reunificación. De igual modo, la «Recomendación *Rec (2006)19* del Comité de ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva» propone que en el marco de las políticas de intervención, se facilite idéntica participación de «hijos, hijas, padres y madres» entendiéndose que persiguen la misma finalidad.

²⁶ BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, CORTADA CORTIJO, Neus; BORREGO TARRAGÓ, Alicia, MASSONS-RIBAS, Anna, «La familia en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia desde el enfoque de la parentalidad positiva: la participación como eje del trabajo con la familia de origen, op. cit., p. 206.

²⁷ *Idem*.

los principios que inspiran la legislación protectora de menores, cumple con más acierto su función de protección y los objetivos de ésta²⁸. Este mecanismo es la denominada guarda voluntaria²⁹ recogida en los artículos 19 LOPJM y 172 bis del Código Civil.

De este modo, la guarda voluntaria permite a los progenitores solicitar a la Administración competente que, en circunstancias graves que les impidan cuidar del menor, asuma su guarda durante el tiempo que sea necesario para superar dichas circunstancias. Esta guarda voluntaria no conlleva la suspensión de la patria potestad permitiendo que los padres conserven sus facultades de decisión sobre aquellas cuestiones importantes relativas a la formación, educación o salud del menor³⁰.

Formulada de esta manera, la guarda voluntaria comparte con la tutela *ex lege* de la Administración en supuestos de desamparo con pronóstico de retorno, similitudes estructurales que les otorgan idéntica función:

- comparten la gravedad de la situación que los origina³¹,
- comparten su temporalidad o transitoriedad,
- comparten su ejercicio mediante medidas de acogimiento temporal³² y,
- comparten su finalidad de reintegración o retorno del niño a su hogar.

²⁸ VALLADARES RASCÓN, Etelvina, «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», op. cit., pp. 33 y 34, entiende que hay dos situaciones de desamparo, una que da lugar a la constitución de la tutela y otra que sólo implica la guarda del menor.

²⁹ ZURITA MARTÍN, Isabel, «Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3 (julio-septiembre) 2015, p. 120 se refiere a ella como «guarda legal administrativa» al entender que, aunque a solicitud de los progenitores, es automática y deriva directamente de la ley.

³⁰ DEL VAS GONZÁLEZ, Juana M., «Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil español», *Fundación Registral*, Madrid, 2009, p. 353.

³¹ De hecho, las situaciones que pueden originar la guarda voluntaria coinciden con las que originan el desamparo temporal: situaciones que por su gravedad requieren la separación del niño de sus guardadores, pero cuyo pronóstico permite contemplar un escenario de recuperación del entorno familiar que permita, en un plazo máximo de dos años, la vuelta al hogar.

³² El actual acogimiento temporal se corresponde con el llamado acogimiento simple. El Preámbulo (III) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, señala, en relación con el art. 173 del Código Civil, lo siguiente: «Tras algunas leves modificaciones en el artículo 173, el artículo 173 bis redefine las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración. Se suprime el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, así como el acogimiento preadoptivo que, en definitiva, es actualmente una fase del procedimiento de adopción. Con ello se introduce claridad en los verdaderos supuestos de acogimiento familiar, que quedarán concretados en acogimiento de urgencia, acogimiento temporal (hasta ahora denominado simple), con una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje una prórroga, y acogimiento permanente». La propia Disposición adicional segunda «Referencias al acogimiento preadoptivo y al acogimiento simple y a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», señala que «Todas las referencias que (...) se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil (...)».

Por otra parte, sus diferencias son sustanciales y les confieren una naturaleza dispar: el carácter forzoso de la separación y la suspensión de la patria potestad que derivan del desamparo, ocasionan diferencias sustanciales en el contenido, la gestión y los resultados de ambas instituciones.

Precisamente por ello, la guarda voluntaria constituye una herramienta de protección que, cumpliendo idéntica finalidad que el desamparo, responde con mayor acierto a los principios rectores del sistema: la separación forzosa y la suspensión de las funciones parentales ligada al desamparo encajan con dificultad con una medida temporal cuyo objetivo, junto con la protección inmediata, es el retorno del menor con su familia.

La medida voluntaria de guarda constituye el instrumento de protección idóneo para mejorar el entorno familiar mediante el trabajo con la familia y perseguir, con mayor probabilidad de éxito, la reunificación. Alejado el menor de un entorno familiar perjudicial y garantizando, en consecuencia, su protección, seguridad y cuidado, la voluntariedad en la decisión y el mantenimiento de las responsabilidades parentales convierte a la guarda voluntaria en un instrumento acorde con los principios que inspiran el sistema de protección del menor. Su misma configuración exige una mayor participación de la familia evitando, de este modo, la rotura de lazos y los efectos negativos de toda separación³³, propiciando la reparación y construcción o reconstrucción del vínculo positivo. Al contrario, declarado el desamparo, «no siempre se vela por garantizar y proteger el apego del niño con su núcleo familiar»³⁴.

De este modo, en situaciones de desamparo previsiblemente temporal, la formalización de una medida de protección consensuada concuerda mejor con el espíritu de la legislación de protección a la infancia, resulta menos lesiva y traumática para la familia y promueve una mayor y mejor relación de colaboración entre los progenitores³⁵ y los servicios sociales para subsanar la situación de desprotección.

En contraposición, la tutela *ex lege* impuesta ante una situación de desamparo con pronóstico de retorno, no constituye una medida apropiada para un sistema de protección que apuesta por la detección precoz o la prevención³⁶. Así, en un sistema que

³³ SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, «Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», op.cit., p. 90.

³⁴ SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, «Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», op.cit., p. 90.

³⁵ Especialmente en aquellos supuestos en que los progenitores no comparten la diagnosis de desamparo formulada por la institución competente y se oponen a la intervención del sistema de protección.

³⁶ Si lo sería para situaciones muy graves de maltrato que requieren soluciones inmediatas de separación que preserven al menor de un entorno perjudicial. En estos casos procedería adoptar medidas de carácter permanente e, incluso, la privación de la patria potestad.

prioriza el abordaje del riesgo frente al desamparo, la prevención frente a la intervención y las medidas voluntarias frente a las impuestas³⁷ parece lógico apostar por la institución de la guarda voluntaria en supuestos de desprotección temporal.

Si la actividad de prevención y detección en que se basa el sistema de protección español funciona, la anticipación a futuro y cierto debería conducir a una actuación consensuada, preferentemente de carácter asistencial, manteniendo al menor con su familia³⁸. Únicamente si ello no es posible, y la protección del niño lo requiere, se debería recurrir a la medida de separación, aunque también consensuada.

En definitiva, la guarda administrativa voluntaria se presenta como un instrumento de protección de menores que al igual que la tutela *ex lege* derivada de desamparo con pronóstico de retorno y en idénticas circunstancias, implica la separación del niño de su familia procediendo, en ambos casos, un acogimiento temporal. No obstante, atenúa la severidad³⁹ de la separación atendiendo a la voluntariedad de su constitución y al mantenimiento de la patria potestad de los progenitores, propiciando la colaboración de la familia en la reconstrucción familiar y propiciando, de este modo, la reintegración del menor.

3. LA CONFIGURACIÓN DE LA GUARDA VOLUNTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en material de adopción, introdujo en su artículo 172.2 Código Civil la figura de la guarda administrativa voluntaria como mecanismo de protección de menores. Este mecanismo consiste en la asunción de la guarda del menor de edad por parte de la Administración cuando los padres se encuentran temporalmente imposibilitados para su cuidado y solicitan de manera voluntaria su asistencia.

³⁷ El 12 LOPJM señala que «en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas (...) consensuadas frente a las impuestas». NORIEGA RODRÍGUEZ, Lidia, «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Anuario de Derecho Civil*, 1, 2018, p. 130, apunta que la declaración de desamparo ha de estimarse siempre de forma restrictiva, siendo únicamente procedente cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos en el ejercicio de la guarda sobre los menores pues, aunque es primordial y preferente el interés del menor, también lo son el derecho de los progenitores a tener consigo a sus hijos así como el derecho del propio menor a crecer en el seno de su familia de origen.

³⁸ BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», op. cit., p. 30, apunta la confusión de la Administración entre riesgo y desamparo cuando ambos, con sus respectivas consecuencias, deberían estar claramente diferenciados.

³⁹ MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 128, señala como uno de los objetivos de la guarda voluntaria atenuar la severidad que deriva del carácter objetivo del desamparo.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se hizo eco de esta medida recogiendo en su artículo 19 LOPJM⁴⁰ la referencia a la guarda voluntaria según lo establecido en el artículo 172.2 del Código Civil.

A su vez, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, acomete una regulación más completa y estructurada de la guarda en general y sus diversas modalidades incluyendo junto a la guarda administrativa derivada del desamparo y la guarda judicial, la guarda provisional y la guarda con fines de adopción⁴¹. En el caso específico de la guarda voluntaria, se incorpora un nuevo artículo 172 bis al Código Civil que concreta sus términos, aunque no los desarrolla, y añade a la escueta mención del artículo 19 LOPJM una especial referencia a su carácter eminentemente temporal y al «necesario compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional»⁴². De este modo, la reforma incide, junto a la voluntariedad de la transmisión de las facultades de guarda a la Administración, en dos de sus aspectos más relevantes: por una parte, en su carácter eminentemente temporal que impide una cesión *sine die* del cuidado de los hijos a la Administración «privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes»⁴³; por otra parte, y como consecuencia, en la finalidad de reunificación familiar exigiendo, para ello, el compromiso de participación activa de padres y madres en la construcción o reconstrucción de un entorno familiar favorable para el retorno del menor⁴⁴.

3.1. *La voluntariedad como elemento sustancial: el consentimiento de los progenitores*

La falta de una regulación detallada de la guarda voluntaria plantea el desafío de tratar de definir claramente su contenido y aplicación. Sin embargo, al mismo tiempo, representa una oportunidad para redirigir su función hacia una progresiva sustitución de las medidas forzosas de separación.

⁴⁰ En su redacción original, del año 1996, el art. 19 LOPJM señalaba lo siguiente: «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 del Código Civil, cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda».

⁴¹ Sin embargo, el art. 215 CC no señala la guarda como institución de protección, refiriéndose únicamente a la tutela, la curatela y el defensor judicial.

⁴² Art. 19 LOPJM.

⁴³ Preámbulo, II, Ley 26/2015.

⁴⁴ GARCÍA GARNICA, M. Carmen, «El papel de la guarda administrativa y de hecho en el sistema», en AA.VV., *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, p. 233.

La ausencia de una concreta previsión de las causas, características y efectos de la guarda, más allá de su naturaleza voluntaria y temporal, permite asignarle un papel interesante en la consecución de los objetivos de la separación causada por situaciones de desamparo temporal⁴⁵, sea únicamente la protección del menor o, junto a ella, la recuperación del entorno familiar a los efectos de reintegración.

En supuestos de guarda voluntaria, la actuación de los progenitores, que buscan la asistencia de la Administración al reconocer sus propias limitaciones en el desempeño de la función parental, constituye el factor determinante que genera un cambio significativo en la perspectiva del trabajo de recuperación. La naturaleza voluntaria de la medida, junto al mantenimiento de las responsabilidades parentales y el compromiso de colaboración asumido por los progenitores, favorece su participación en la reconstrucción de un entorno propicio para acoger nuevamente al menor.

La esencia de la institución reside en el consenso entre progenitores y Administración entendiéndose que la separación es, temporalmente, la mejor opción. Aunque la ley contempla la guarda voluntaria «a solicitud» de los padres⁴⁶, lo verdaderamente relevante no radica en la existencia de una previa petición, sino en la constatación de su voluntad de ceder a la Administración sus funciones de guarda por un tiempo limitado por la imposibilidad de ejercerla. La singularidad de esta institución, y su distinción de la tutela legal impuesta, se materializa en esta cesión voluntaria de la guarda.

Aceptada la guarda por la Administración⁴⁷, los términos del acuerdo deberán plasmarse por escrito en un documento en el que conste, como mínimo: que los padres ceden la guarda a la Administración, que conocen las responsabilidades que siguen manteniendo, que comprenden la forma en que la Entidad competente ejercerá la guarda y que se comprometen a someterse, en su caso, a la intervención profesional (art. 19 LOPJM).

⁴⁵ Y con una mínima injerencia de la Administración, como señala GARCÍA GARNICA, M. Carmen, «La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», op. cit., p. 1391.

⁴⁶ De hecho, la ley ni siquiera concreta cómo debe de articularse la solicitud, entendiéndose la doctrina que resulta suficiente como tal, una solicitud oral. En este sentido, DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, «Notas sobre el *affidamento* familiar en Derecho italiano y acogimiento familiar en el Código Civil español», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 263, 6 (diciembre), 1987, p. 1007.

⁴⁷ MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, op. cit., p. 247, señala que el precepto se refiere no a la solicitud en sí, sino al hecho de que se haya producido la asunción.

La existencia de este documento lleva a algunos autores a considerar la guarda como una relación negocial de Derecho de Familia⁴⁸ entre los padres y la Entidad competente debido, precisamente, al consentimiento prestado⁴⁹.

3.2. *Las causas que justifican la cesión de la guarda a la Administración*

La exigencia de circunstancias «graves»⁵⁰ que justifiquen la solicitud de cesión de la guarda, excluye la posibilidad de que la guarda voluntaria sirva para amparar que los padres pretendan abdicar temporalmente de los deberes inherentes a la patria potestad para tomarse un respiro. Así, el hecho de circunscribir la procedencia a circunstancias graves aleja la posibilidad de utilizar dicho instrumento con finalidades de gestión del tiempo de los padres o de sus necesidades de ocio, o incluso en supuestos de conducta problemática del menor⁵¹. Para ello existen otras opciones que no pasan por una declaración administrativa de cesión de guarda y por una separación del menor de su entorno familiar. Debe tenerse presente que la guarda administrativa voluntaria se configura como una institución de protección y no como la cesión habitual de la guarda material que en el ámbito de los menores se realiza constantemente (escuela, abuelos, monitores de actividades extraescolares, entidades deportivas, ...).

Sin embargo, la exigencia de gravedad en las causas resulta obvia si la consecuencia es la separación del menor de su familia: a tenor de la normativa de protección y de los principios que la inspiran, resulta evidente que únicamente causas graves que conlleven la inasistencia material y moral del menor, y le perjudiquen, pueden comportar la separación de su familia. En cualquier otro caso, de no concurrir circunstancias que lo justifiquen, la Administración no está facultada para asumir la guarda ni siquiera a petición de los progenitores: únicamente la constatación de un desamparo cierto puede dar lugar a la asunción de la guarda.

A estos efectos y aunque no se señale de este modo en la normativa vigente, previa a la asunción de la guarda, la Administración deberá elaborar un expediente administrativo

⁴⁸ RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, nº2-3, 1988, p. 73; RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Ed. Comares, Madrid, 1989, p. 152; IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Universidad de Santiago de Compostela, 1995, p. 269, entienden que la solicitud de los padres constituye una declaración de voluntad recepticia.

⁴⁹ VARGAS CABRERA, Bartolomé, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario Derecho Civil*, vol. 44, nº2, 1991, p. 641, lo considera un acuerdo de voluntades.

⁵⁰ Art. 172 1 bis CC.

⁵¹ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autónoma e internacional*, Ed. Comares, Granada, 1994, pp. 47 y 48.

que justifique tal asunción atendiendo a la gravedad y transitoriedad de la situación y, en todo caso, en base al interés superior del menor⁵².

Por ello, la guarda voluntaria únicamente procederá ante situaciones graves para evitar una privación «de la necesaria asistencia moral o material» del menor y sus consecuentes efectos perjudiciales (art. 18.2 LOPJM en relación con el art. 172 CC).

Por otra parte, y junto a ello, la exigencia del artículo 172 bis del Código Civil que justifica la guarda voluntaria en el hecho de que los padres «no puedan» cuidar al menor, carece de virtualidad alguna: ante la concurrencia de cualquier circunstancia grave⁵³ y transitoria que comporte una desatención del menor, también grave y transitoria, la Administración debe asumir la guarda que se le solicita, con independencia de la causa⁵⁴ que comporte tal imposibilidad⁵⁵. De concurrir las circunstancias que exige el precepto —causa grave, potencial situación de desamparo y transitoriedad— la solicitud de los padres justifica la adopción de una medida consensuada cuyos efectos tuitivos para el menor van a ser idénticos, en lo esencial, a los derivados de la tutela administrativa *ex lege*⁵⁶.

3.3. La transitoriedad y temporalidad intrínseca de la institución: el plazo de dos años

El artículo 19 LOPJM y el artículo 172 bis del Código Civil establecen claramente que la guarda voluntaria, como medida de protección, está diseñada para situaciones en las que circunstancias transitorias impiden a los padres cumplir adecuadamente con sus funciones parentales.

La guarda administrativa voluntaria es, de este modo, esencialmente temporal⁵⁷, prevista para hacer frente únicamente a circunstancias y necesidades graves pero

⁵² SALANOVA VILLANUEVA, Marta, «El derecho del menor a no ser separado de sus padres», *Revista Derecho Privado y Constitución*, n.7, 1995, p. 288.

⁵³ Resulta evidente que cuando la imposibilidad sea leve y, en consecuencia, los resultados también, procederá una declaración de riesgo y la adopción de las medidas de acompañamiento necesario para evitar el desamparo.

⁵⁴ El artículo 172 del Código Civil considera que existe desamparo «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».

⁵⁵ Excepto, como se ha señalado con anterioridad, cuando la gravedad de la situación imponga un alejamiento forzado del menor de su familia a los efectos de su protección.

⁵⁶ VARGAS CABRERA, Bartolomé, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», op. cit., p. 628, señala la idea objetivadora del resultado de inasistencia personal y moral del menor de edad frente a la irrelevancia de las causas que lo producen.

⁵⁷ El carácter temporal no ha supuesto motivo de discrepancia en la doctrina pese a que el art. 172.2 CC en su redacción anterior no establecía un plazo concreto, sino que utilizaba la expresión «durante el tiempo necesario» sin señalar el plazo máximo de dos años que prevé la ley en la actualidad. Pese a ello,

transitorias. Su previsión de reversibilidad significa que debe conducir al retorno del niño a su hogar. La fijación de un plazo máximo de dos años responde a la intención del legislador de evitar, precisamente, que se convierta en una medida permanente.

Transcurrido, pues, el plazo máximo de dos años o, en su caso, la prórroga⁵⁸, el menor deberá regresar con sus padres. Únicamente en el caso en que su interés no aconseje el retorno, deberá declararse el desamparo y dictarse una nueva medida de protección. En este contexto, el artículo 18.2 b) LOPJM establece que procederá la declaración de desamparo cuando transcurrido el plazo de guarda voluntaria «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».

En mi opinión, esta declaración de desamparo requiere ya de medidas de carácter permanente superado el plazo de dos años de guarda voluntaria⁵⁹. No procede, en consecuencia, dictar nuevas medidas temporales al amparo de esta declaración: considerar una nueva medida temporal con una duración adicional de dos años⁶⁰, constituiría un fraude a la ley al prolongar en contra de su espíritu una medida eminentemente temporal cuya finalidad no es otra que, en el plazo de dos años, superar la situación que la ocasionó⁶¹.

la doctrina interpretó de manera unánime su temporalidad, aunque la expresión ha suscitado dudas acerca de la concreción del plazo. Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol.45, nº4, 1992, p. 1480; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario al art. 172 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 77; PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores (Derecho de Familia, V)*, Lex Nova, Madrid, 1998, p. 68; IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, op. cit. p. 123 y ss., entre otros.

⁵⁸ En circunstancias excepcionales.

⁵⁹ El artículo 173 bis 2 c) del Código Civil así lo impone en supuestos en que el acogimiento temporal ha finalizado.

⁶⁰ Recordemos que la situación de desamparo con pronóstico de reintegración da lugar a la declaración del desamparo y a la adopción de una medida de acogimiento temporal por un plazo máximo de dos años.

⁶¹ El legislador es claro al respecto en el Preámbulo (III) de la Ley 26/2015, cuando señala: «En relación con la guarda voluntaria, en estrecha conexión con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en el artículo 172 bis se establece que la guarda a petición de los progenitores no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales, transcurrido el cual, o la prórroga, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores o ser dictada una nueva medida de protección permanente».

El tiempo, sobre todo en niños de corta edad, es un factor extremadamente relevante⁶² y decisivo en la adopción de cualquier decisión⁶³. Este plazo se justifica considerando tanto las necesidades del menor como las de su familia: dos años es el tiempo máximo de provisionalidad para el menor — aunque casi excesivo según la edad —; dos años debe ser tiempo suficiente para que la familia reconstruya un entorno sin riesgo relevante para el menor⁶⁴. El legislador parece sugerir, de este modo, que todas las carencias familiares que no puedan ser resueltas en un periodo de dos años deben dar paso, en interés del menor, a la adopción de medidas de separación definitivas⁶⁵.

En consecuencia, no procede prolongar una guarda voluntaria de dos años con un periodo adicional de dos años más en virtud de una declaración de desamparo de carácter temporal, manteniendo de esta manera la interinidad del menor durante cuatro años. La declaración de desamparo finalizada la guarda voluntaria debe conducir a la adopción de medidas permanente de protección.

En sentido contrario, no es necesario agotar el plazo máximo de dos años: cualquier variación en las circunstancias familiares que pueda conducir a una modificación de las medidas inicialmente propuestas debe traducirse en un ajuste inmediato de éstas⁶⁶. Así, cuando las revisiones obligatorias⁶⁷ de la guarda aconsejen la reintegración, deberá

⁶² SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, «Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Informe extraordinario*, noviembre 2023, p. 89, señala que «los niños y adolescentes son las personas más afectadas por el inexorable paso del tiempo».

⁶³ MASSONS-RIBAS, Anna, CORTADA CORTIJO, Neus, BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, «El principio de prioridad familiar: el acogimiento temporal y su finalidad de retorno», *Revista de Derecho Privado*, 105, 2021, p. 123.

⁶⁴ Como acertadamente considera MARTÍN GARCIA, M. Lirio, «Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores», *Revista de Derecho Privado*, op. cit., p. 90, no se puede «“esperar” indefinidamente a que los progenitores puedan evolucionar de la forma adecuada con el objetivo de recuperar el ejercicio de la patria potestad».

⁶⁵ Recordemos que el legislador legitima a la entidad pública competente para que modifique las medidas temporales de protección a otras de carácter definitivo cuando las preceptivas revisiones así lo aconsejen.

⁶⁶ Lo apunta de este modo, GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 18, 2004, p. 325, señalando que la administración competente «no debería tener problema alguno en adoptar inmediatamente una medida jurídica de protección que tuviera carácter estable».

⁶⁷ El art. 172 ter 2 CC dispone que «la situación del menor en relación con su familia de origen será revisada, (...) al menos cada seis meses.» Por su parte, el art. 12.5 LOPJM concreta lo siguiente: «Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.». VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista Derecho Privado*, nº 100, 2016, p. 55, valora positivamente la reducción del plazo de revisión en menores de tres años: «Ciertamente, el establecimiento de un plazo más breve para la revisión de las medidas de protección no permanentes en relación con menores de tres años debe

procederse con las debidas cautelas al retorno del niño a su hogar, incluso sin agotar el plazo establecido. La constatación de la reversión de las circunstancias que originaron la guarda voluntaria y la apreciación de la concurrencia de todos los requisitos exigidos⁶⁸, habilitan a la Entidad pública competente para poner fin a la guarda siempre velando por los intereses del menor⁶⁹. Así lo apunta el artículo 172.3 del Código Civil en supuestos de desamparo, cuando autoriza a la Entidad pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, «a revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés»⁷⁰.

A efectos de la reunificación, resulta decisivo contar con un adecuado pronóstico inicial y una acertada y continua valoración de las circunstancias que señalen la conveniencia o no de la reintegración. Por ello es fundamental contar con un detallado programa de actuación y valoración que evite decisiones basadas en criterios individuales o interpretaciones subjetivas⁷¹. La importancia del derecho que se protege requiere de un

considerarse acertado, por las necesidades específicas que requieren los niños de tan corta edad y por ser imprescindible que en estos casos las medidas provisionales no deriven de facto en medidas irreversibles por el mero transcurso del tiempo. »

⁶⁸ Art. 19 bis 3 LOPJM: «Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma». Dicho precepto exige, para que proceda el retorno del menor desamparado a su familia de origen, requisitos similares a los recogidos en la STS 5817/2009, de 31 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5817), que la doctrina criticaba por considerarlo de difícil cumplimiento, SANTOS MORÓN, M. José, «El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos», *RJUAM*, n.º 38, 2018-II, p. 225.

⁶⁹ De constatar el cambio en las circunstancias que originaron el desamparo, el cese de la guarda de la entidad no será automático, sino que requerirá la revocación expresa de la declaración y de la medida adoptada, de manera similar a lo que prevé el artículo 172.5 del Código Civil para la tutela *ex lege*.

⁷⁰ Revocación ligada a la solicitud de los progenitores de cese de la medida por cambio en las circunstancias. Así lo señala el art. 172.2 CC: «Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, 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.»

⁷¹ Así lo señala Resolución aprobada por la Asamblea General (A/64/434), de 24 de febrero de 2010 sobre Directrices para el acogimiento alternativo de cuidado de los niños cuando, bajo el título «Promoción de la reintegración en la familia», detalla lo siguiente: «49. Para preparar al niño y a la familia para su posible regreso a esta y para apoyar dicha inserción, la situación del niño debería ser evaluada por una persona o un equipo debidamente designado que tenga acceso a asesoramiento multidisciplinario, en consulta con los distintos actores involucrados (el niño, la familia, el acogedor alternativo), a fin de decidir si la

marco detallado y complejo que defina claramente los objetivos, las actuaciones y los resultados a alcanzar.

A estos efectos, y aunque se refiera al desamparo, es esencial atender al contenido del artículo 19 bis 3 LOPJM cuando señala que:

«Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico (...)».

De este modo, la ausencia de riesgos «relevantes», la evolución «objetivamente suficiente» del entorno y el propósito de desempeñar «adecuadamente» las responsabilidades parentales son los elementos que conllevan el cese de la separación y el retorno del niño a su hogar. La temporalidad y la reversibilidad caracterizaran tanto la guarda voluntaria como el desamparo con pronóstico de retorno, manteniendo únicamente la separación del menor en la medida en que subsista la causa que la motivó y siempre en consideración a su interés superior⁷².

reintegración del niño en la familia es posible y redundante en favor del interés superior de este, qué medidas supondría y bajo la supervisión de quién. 50. Los objetivos de la reintegración y las tareas principales de la familia y el acogedor alternativo a este respecto deberían hacerse constar por escrito y ser acordadas por todos los interesados».

Ver, en este sentido, MASSONS-RIBAS, Anna, BALSELLS, M. Àngels y CORTADA, Neus, «The Participation of Children and Adolescents in the Protection System: The Case of the Spanish Legislation», *Social Sciences*, 10, 2021, p. 9.

⁷² La sola desaparición de los factores que motivaron la declaración de desamparo debería ser suficiente para revocar la declaración y por ende, poner fin a la separación. Lo mismo puede argumentarse para la guarda voluntaria: desapareciendo las causas que la motivaron debería extinguirse de inmediato. Los requisitos que exige el art. 19 bis 3 LOPJM suponen un endurecimiento de las circunstancias de retorno y, en consecuencia, una violación del principio de prioridad familiar que debe inspirar la normativa de protección. La finalización de la separación debería proceder, en general, en cualquier caso de desaparición de los factores que la motivaron: así, acreditando que los padres ya no se encuentran incurso en las causas que justificaron el desamparo y que el retorno no supone «riesgos relevantes» para el menor, debería procederse a la revocación de la declaración de desamparo — o a la conclusión de la guarda voluntaria —, poniendo fin a la separación. Introducir en la normativa circunstancias adicionales para el retorno, supone alterar los principios rectores de protección. La Administración está legitimada para intervenir separando forzosamente al niño de su familia o asumiendo la guarda solicitada de manera voluntaria, únicamente en atención a circunstancias especialmente graves y/o persistentes. Cuando estas circunstancias pierden su gravedad y/o persistencia, cesa, a su vez, la legitimación de la Administración: el menor deberá reintegrarse en su familia de origen adoptando las medidas necesarias de protección, asistencia, formación y apoyo, propias de la situación de riesgo. El retorno puede ser tan complejo y difícil como lo fue la separación: la propia ley reconoce la fragilidad de la situación y establece medidas de apoyo

Al contrario, si las preceptivas y periódicas revisiones de la medida no constatan mejora alguna en las circunstancias que originaron la asunción de la guarda por la Administración y, en su caso, descartan una posible reintegración, deberá avanzarse hacia medidas estables de separación definitiva⁷³. De hecho, la prioridad de la familia, y por ello la finalidad de reintegración familiar, no tiene carácter absoluto, ya que «cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas»⁷⁴. Únicamente cuando el retorno sea posible y responda al interés del menor estará justificado el mantenimiento de una medida de protección transitoria y provisional⁷⁵. De no ser así, la entidad pública competente está legitimada para, ponderando en todo momento las circunstancias familiares, modificar la medida de protección acordada adecuándola a las necesidades reales y actuales del menor⁷⁶: el pronóstico fundado de irreversibilidad en las circunstancias de la familia biológica que originaron la separación justificará la modificación de la medida hacia medidas de carácter permanente descartando la reunificación. El artículo 172.2 del Código Civil apunta este aspecto en relación con la tutela *ex lege* derivada de desamparo, al señalar que:

“Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.»⁷⁷.

La modificación de la medida se alinea con la orientación de la LOPJM⁷⁸ hacia soluciones

después de la reunificación imponiendo a la Entidad Pública «un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor» (art. 19 bis 4 LOPJM).

⁷³ Del mismo modo BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», *La Ley Derecho de Familia*, 60/46, 2015, p. 15, señala que en la actual regulación se adoptará un acogimiento permanente “cuando finalice el plazo de dos años de acogimiento temporal y no sea posible la reintegración en la familia de origen o en los casos de menores con necesidades especiales o cuando la situación del menor y su familia así lo aconsejen».

⁷⁴ STS (1ª) 4911/2011 de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4911).

⁷⁵ El Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia 5817/2009 de 31 de julio, op.cit., apuesta por promover el retorno del menor con su familia «(...) siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor».

⁷⁶ Debiendo ser notificada al Ministerio Fiscal como dispone el último apartado del artículo 172.2 CC.

⁷⁷ A salvo queda la facultad de los padres a oponerse, en virtud del art. 172.2.7 CC, a las decisiones de la entidad competente que puedan colisionar, durante esos dos años, con el deber general de primar la reintegración del menor en su propia familia biológica. Recordemos que cualquier actuación de la Administración en el ámbito de la protección de menores está sujeta a un doble control: la vigilancia del Ministerio Fiscal, la revisión judicial en caso de oposición de los progenitores.

⁷⁸ El art. 2.3 d) LOPJM señala como elemento a ponderar en la toma de decisiones por parte de la Administración: «La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva

estables: la interinidad de una situación temporal que no va a cumplir su objetivo —el retorno— debe modificarse sin demoras innecesarias. Descartada la opción de retorno, por constatarse la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente a sus hijos, no tiene sentido mantener una provisionalidad que no beneficia en ningún extremo al menor⁷⁹.

Asimismo, en relación con el plazo, y en el contexto de la guarda voluntaria, cabe añadir a los anteriores un supuesto de extinción que surge de su propia naturaleza consensual: su constitución consensual implica que, independientemente de la decisión de la Administración sobre la temporalidad de la guarda, y pese a que la ley no lo contempla expresamente, deba extinguirse ante la revocación del consentimiento inicial de los padres. De este modo, y atendiendo a los acuerdos iniciales, la guarda administrativa voluntaria debería decaer cuando los padres retiren su consentimiento a la cesión y/o incumplan el acuerdo de colaboración con la Administración⁸⁰.

En ambos escenarios, siempre priorizando el interés del menor, procederá concluir la guarda mediante una nueva resolución administrativa. En caso de que las circunstancias lo aconsejen, se procederá a la reintegración del menor a su familia; de no ser así, se adoptaran medidas de protección de carácter permanente. De esta manera, finalizada la guarda a instancias de los progenitores, pero no siendo posible la reintegración familiar procederá la declaración de desamparo, manteniendo, de este modo, la separación.

Ante la falta de concreción legal del contenido del documento administrativo de compromiso que origina la asunción de la guarda por la Administración, nada impide que se incluya en su clausulado las causas de extinción y, por ende, los efectos de posibles desacuerdos e incumplimientos.

integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.».

⁷⁹ Con anterioridad a la reforma de 2015 de la LOPJM y del Código Civil, ya se había apuntado dicho extremo en la Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, para supuestos de enfermedades graves y crónicas, problemas de drogadicción, etc., que apuntaban a la irreversibilidad. En dicha Circular, se insistía en que «no se debiera esperar el transcurso de los dos años para instar la constitución de la adopción o en su caso, el acogimiento familiar preadoptivo.»

https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2008.html

⁸⁰ Resulta ilustrativo al respecto el art. 107.9 de la Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad (Comunidad Foral de Navarra), cuando señala al respecto que: «Si, durante la guarda voluntaria, las personas titulares de la responsabilidad parental o tutela impidiesen el adecuado cuidado del o de la menor, obstaculizaran la acción protectora, incumplieran de forma sistemática los compromisos adquiridos o rehusasen la intervención profesional, la entidad pública podrá dictar resolución declarando la situación de desamparo del o de la menor.»

3.4. El principio de prioridad familiar: la finalidad del retorno

Producida la separación del niño de su familia mediante cesión voluntaria de la guarda, el principio de prioridad familiar mantiene su vigencia⁸¹. Así se desprende del artículo 172 ter 2 del Código Civil⁸² cuando, acordada la guarda administrativa, sea voluntaria o impuesta, establece que: «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.»⁸³

La prioridad de la reintegración debe guiar, de este modo, la actuación de la Administración⁸⁴. Los términos imperativos en que se expresa el legislador no dejan lugar a las dudas sobre la obligación que se impone a las Administraciones públicas en relación con la adopción de medidas dirigidas al retorno del menor de edad con su familia⁸⁵. La reintegración es, de este modo, la prioridad de la separación temporal⁸⁶.

Para ello, el artículo 19 bis 1 y 2 LOPJM, en sede de disposiciones comunes a la guarda y tutela, señala que cuando la entidad pública asume la tutela y/o la guarda del menor,

⁸¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, *Principales modificaciones en las instituciones jurídicas del sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España*, op. cit., p.28.

⁸² También el art. 172.3 CC en supuestos de desamparo cuando afirma que, sin perjuicio del interés del menor «se priorizará su reintegración en la propia familia».

⁸³ GARCÍA AGUACIL, M. José, «Nuevas cautelas en el ámbito de la protección de los derechos del menor tras las leyes del 2015», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, noviembre-diciembre 2016, p. 38 señala que “se intentará siempre que proceda el retorno del menor a su familia de origen y el mantenimiento de las relaciones entre los hermanos».

⁸⁴ Como indica ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de julio», op. cit., p. 87 «el interés del menor no consiste en procurar “encontrarle” el mejor núcleo familiar posible 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».

⁸⁵ Así lo recoge la reciente sentencia del Tribunal Supremo STS 106/2024, 30 de enero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:433), de la que es ponente PARRA LUCÁN, M. de los Ángeles.

⁸⁶ Esto concuerda con las orientaciones que provienen del acuerdo científico, social y profesional que defienden que cuando se separa a un niño de su familia de origen, y siempre que ello concuerde con su interés, la prioridad debe de ser retornar lo antes posible a la misma. De hecho, existe acuerdo unánime sobre la preferencia de la propia familia como medio idóneo para el desarrollo del menor, preferencia que comporta mantenerlo en su familia siempre que sea posible adoptando aquellas medidas prestacionales que resulten convenientes a tal fin. BALSELLS, M. Àngels, MATEOS, Ainoa, URREA-MONCLÚS, Aida, VAQUERO, Eduard, «Positive parenting support during family reunification», *Early Child Development and Care*, 188 (11), 2018, p. 1589.

debe adoptar una actitud activa y positiva⁸⁷ elaborando «un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar», que aplicará en caso de que del pronóstico realizado se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen⁸⁸.

De este modo, ante la separación del menor de su familia, tanto en los casos de desamparo temporal como de guarda voluntaria, también temporal, procederá la elaboración del plan individualizado de protección y de un programa de reintegración familiar⁸⁹. De este modo, toda separación temporal debe perseguir dos resultados: el primero, la protección inmediata del menor de edad alejándolo de un entorno familiar perjudicial; el segundo, la recuperación de ese entorno para permitir el retorno del niño a su hogar⁹⁰.

Por consiguiente, el plan individualizado de protección y el programa de reintegración no deberán limitarse a contemplar las herramientas de intervención precisas para la atención del menor, sino, y de manera expresa, deberán reflejar todas aquellas actuaciones que permitan la asistencia a la familia para hacer posible la recuperación de su entorno⁹¹. El trabajo con la familia, su colaboración, es una condición indispensable para alcanzar el objetivo de reintegración familiar⁹².

La intervención deberá dirigirse prioritariamente a la familia del menor, proponiendo a

⁸⁷ MARTÍN GARCÍA, M. Lirio, «Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores», op. cit., p. 85.

⁸⁸ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. Belén, «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparó propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», op. cit., p. 137, señala: «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».

⁸⁹ De ahí la importancia de un cuidado y acertado pronóstico.

⁹⁰ MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, op. cit., p. 108.

⁹¹ El plan individualizado de protección y el programa de reintegración familiar deberán concretar «las medidas de intervención con la familia» estableciendo «los objetivos, la previsión y el plazo» de estas (art. 19.1 LOPJM).

⁹² *Vid.*, en este sentido, BALSELLS, M. Àngels, VAQUERO, Eduard, CORTADA, Neus, FUENTES-PELÁEZ, Núria, MATEOS, Ainoa, URREA- MONCLÚS, Aida, PONCE, Carme, PARRA, Belén, MATEO, Maribel, FERNÁNDEZ-RODRIGO, Laura, RODRÍGUEZ, Julio, ARMENGOL, Betlem, CROUS, Gemma, PADILLA, Paolo, PÉREZ, Sara, BORREGO, Aícia, FORNÉ, M. Alba, CASAS, Jéssica, MASSONS-RIBAS, Anna y ERTA-MAJÓ, Arnau, «FRAME+P: Un modelo de acción socioeducativa con familias en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia desde el enfoque de la parentalidad positiva» en AA.VV. *Colección FRAME+P: El trabajo con la familia de origen en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, vol. 1, 2023.

la par del control⁹³, medidas de carácter asistencial y educativo⁹⁴. El enfoque de los diferentes profesionales que intervienen debe estar orientado a restaurar un entorno familiar y a recuperar, o adquirir, competencias en el ejercicio de las funciones parentales⁹⁵. Se trata, en este último caso, de ofrecer a los padres orientación técnica para fomentar el desarrollo personal y parental, creando una dinámica familiar normalizada, capacitándoles para las funciones de atención, educación y cuidado de los menores a su cargo⁹⁶.

De hecho, la Resolución aprobada por la Asamblea General (A/64/434), de 24 de febrero de 2010 sobre «Directrices para el acogimiento alternativo de cuidado de los niños» (en adelante, Resolución A/64/434, de 24 de febrero de 2010)⁹⁷, recomienda que se hagan constar por escrito los objetivos de la reintegración y las tareas principales tanto de la familia como de los acogedores que deben de ser acordadas por todos los participantes⁹⁸. En este sentido, la formalización de un documento con los objetivos a conseguir y el trabajo a realizar clarificará la situación y facilitará la comprensión. Debe tenerse en cuenta que gran parte de las familias que se encuentran en situación de desamparo «no alcanzan a entender las actuaciones que tienen que llevar a cabo para lograr que su hijo o hijos sean reinsertados en su propia familia, y más aun teniendo en cuenta la parquedad de la regulación legal —pese a los importantes avances de las

⁹³ La falta de acompañamiento a las familias genera, en algunas ocasiones, desafección y desconfianza de los progenitores con la Administración competente, puesto que consideran que los profesionales no les ayudan para trabajar el retorno al núcleo familiar, sino que se limitan a controlarlos, SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, «Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Informe extraordinario*, op.cit., p. 95

⁹⁴ Las medidas que deben adoptarse respecto del menor deben contemplar el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (STS 565/2009, de 31 de julio de 2009, ECLI:ES:TS:2009:5817).

⁹⁵ En este ámbito son las CCAA quienes, a tenor de su competencia en asistencia social y/o protección de menores deberán procurar las herramientas pertinentes para el trabajo de recuperación de la familia. Existen herramientas interesantes dirigidas a esta finalidad como BALSELLS, M. Àngels, PASTOR, Crescencia, AMORÓS, Pere, FUENTES-PELÁEZ, Núria, MOLINA, M. Cruz, MATEOS, Ainoa y VÁZQUEZ, Noelia, *Caminar en familia: Programa de competencias parentales durante el acogimiento y la reunificación familiar*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Centro de Publicaciones, Madrid, 2015.

⁹⁶ BOCCIO SERRANO, M. Josefa de la Presentación, *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 141. Por su parte, NAVAS NAVARRO, Susana, «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada» en AA.VV., *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 693, sustenta el interés del menor sobre tres pilares, el bienestar físico, el psíquico y el social.

⁹⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (A/64/434), de 24 de febrero de 2010 sobre Directrices para el acogimiento alternativo de cuidado de los niños.

⁹⁸ Interesante ejemplo de ello encontramos en Andalucía, en la naturaleza vinculante del documento de compromiso que a los efectos de la reintegración familiar firman los titulares de la patria potestad suspendida con los Equipos de Tratamiento Familiar en el que se detalla los elementos del cambio, las acciones a realizar y sus consecuencias.

últimas reformas— y la ausencia de preceptos específicos que contemplen todas las posibles causas de oposición y los pasos concretos a observar por los progenitores que —no incursos en causa de privación de patria potestad— pretendan recuperar la guarda y custodia de sus hijos menores»⁹⁹.

Sin embargo, el trabajo con la familia biológica no es siempre eficaz, considerando tanto la capacidad limitada¹⁰⁰ de las Entidades públicas de protección para trabajar con aquellas familias biológicas que han perdido la tutela de sus hijos¹⁰¹, como la disposición de estas a participar en el proceso.

La guarda voluntaria puede contribuir notablemente a incrementar este factor de participación, atendiendo a su carácter voluntario, al compromiso parental de colaboración y, en particular, al mantenimiento de la patria potestad y su ejercicio.

4. EL ACOGIMIENTO TEMPORAL COMO FORMA DE EJERCICIO DE LA GUARDA VOLUNTARIA

El artículo 172 bis del Código Civil establece que la entrega voluntaria de la guarda se realizará por escrito, dejando constancia de que los progenitores han sido informados de las responsabilidades que continúan manteniendo respecto del menor, así como de «la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública». Entregada la guarda y elaborado el documento de cesión, la Administración, siguiendo los trámites administrativos correspondientes, emitirá una resolución de asunción de la guarda que notificará a los progenitores¹⁰².

Si atendemos al artículo 172 ter 1 Código Civil, tanto si la guarda administrativa deriva de cesión voluntaria como de tutela *ex lege* en casos de desamparo, la «forma»¹⁰³ en que se llevará a cabo será mediante la medida de acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante acogimiento residencial¹⁰⁴.

⁹⁹ZAMORA SEGOVIA, M. Luisa, *Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen*, Ed. Observatorio de la Infancia en Andalucía, 2011, p. 25.

¹⁰⁰MARTÍN GARCÍA, M. Lirio, op. cit., p. 82, señala «la situación de precariedad y escasez de medios, personales y materiales de la Administración pública en los últimos tiempos, así como de la ausencia de juzgados de familia, especializados en este tipo de materia, en muchas provincias españolas.».

¹⁰¹SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, «Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Informe extraordinario*, noviembre 2023, p. 95.

¹⁰² Se excluye de este deber de notificación al menor de edad, lo que supone una violación del artículo 9.1 de la LO 8/2015.

¹⁰³ FERRER VANRELL, M. Pilar, «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad de guarda”», *Anuario de derecho civil*, vol. 46, nº 1, 1993, p. 186, señala que el acogimiento no es otra cosa que la forma de ejercicio de la guarda.

¹⁰⁴ Especialmente para menores de seis años y en ningún caso – salvo imposibilidad – para menores de tres (art. 21.3 LOPJM).

Asumida la titularidad de la guarda por la Administración, y atendiendo al ámbito personal en el que incide, requerirá delegar su ejercicio a terceras personas designadas por la Administración para este propósito¹⁰⁵. De este modo, el acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad pública y, en caso de acogimiento residencial se ejercerá por el director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores¹⁰⁶.

Así, junto a la idoneidad del recurso elegido, para la designación del guardador o guardadora la Administración deberá tener en cuenta la ubicación geográfica de la familia de origen¹⁰⁷, favoreciendo de este modo las visitas y evitando, así, que se rompan los lazos familiares¹⁰⁸ a los efectos de cumplir los requisitos del artículo 19 LOPJM con el objetivo de la reintegración¹⁰⁹. En este sentido, la ya citada Resolución A/64/434, de 24 de febrero de 2010 en su § 11 señala que:

«Todas las decisiones relativas al acogimiento alternativo del niño deberían tener plenamente en cuenta la conveniencia, en principio, de mantenerlo lo más cerca posible de su lugar de residencia habitual, a fin de facilitar el contacto con su familia y la posible reintegración en ella y de minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social».

De igual modo, la Resolución n. 33 del Comité de Ministros del Consejo de Europa «Placement of Children»¹¹⁰ apunta que, teniendo en cuenta lo establecido por los principios 2, 5 y 6 de la Declaración de los Derechos del Niño¹¹¹ y por los artículos 16 y

¹⁰⁵ FERRER VANRELL, M. Pilar, «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad de guarda”», op. cit., p. 172.

¹⁰⁶ En relación con los arts. 173 CC y 20, 20 bis y 21 LOPJM.

¹⁰⁷ De igual modo, se procurará, también, que «la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos», priorizando el retorno a su propia familia siempre que no sea contrario a su interés superior (art. 172 ter 2 CC).

¹⁰⁸ MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, op. cit., p. 384; LLEBARRIA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 155 y ss., señala la importancia de las visitas a los efectos de la reintegración.

¹⁰⁹ FERRER VANRELL, M. Pilar, «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad de guarda”», op. cit., p. 210.

¹¹⁰ Resolution (77) 33 on placement of Children (Adopted by the Committee of Ministers on 3 November 1977, at the 277th meeting of the Ministers' Deputies), <https://rm.coe.int/res-77-33e-on-placement-of-children/1680a3b3f0> [Consulta: 1 de mayo 2024].

¹¹¹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Puede consultarse en <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/1-declaration-rights-child-1959> [Consulta: 1 de mayo 2024].

17 de la Carta Social Europea¹¹², las medidas de acogimiento de los menores deberían garantizar —siempre que ello fuera posible y siempre que fuera en interés del menor—, el mantenimiento de los vínculos con su familia.

Si bien el Código Civil establece que los progenitores serán informados de la forma en que se ejercerá la guarda voluntaria, no se prevé su participación en tal decisión. De este modo, conforme al artículo 172 bis 1 del Código Civil, en el documento que recoja la entrega voluntaria de la guarda se deberá dejar constancia de que los progenitores o tutores «han sido informados» de la forma en que va a ejercerse¹¹³ y que se les «comunicará» la resolución administrativa de asunción de la guarda donde constará dicha forma¹¹⁴ así como sobre cualquier eventual modificación. Además, será también la Administración quien, de forma unilateral, decidirá la persona o personas que la ejercerán¹¹⁵: el artículo 172 ter 1 del Código Civil señala que «el acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública», sin exigir previa conformidad de los progenitores¹¹⁶.

A la vista pues de los preceptos citados, los progenitores quedan excluidos de cualquier intervención en la decisión sobre el ejercicio de la guarda pese a la voluntariedad de la cesión¹¹⁷. Su única intervención al respecto se limita a la facultad de impugnación, bien contra la resolución que fija la medida de guarda¹¹⁸, bien con posterioridad, si «surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar» (art. 173 bis CC).

¹¹² Carta Social Europea (revisada), de 3 de mayo de 1996, del Consejo de Europa, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048b059> [Consulta: 1 de mayo 2024].

¹¹³ Art. 172 bis 1 CC.

¹¹⁴ Art. 172 bis CC: «La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades.»

Art. 172 bis 1 párrafo final: «La resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.»

¹¹⁵ O el centro en que se hará efectiva la medida, de optarse por un acogimiento residencial.

¹¹⁶ Como puede leerse en el Preámbulo (III) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, «En el artículo 20, a fin de favorecer la agilidad y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores, sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo».

¹¹⁷ MASSONS-RIBAS, Anna, BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, CORTADA CORTIJO, Neus, «The participation of parents in the protection system: the case of the Spanish legislation», op. cit., p. 8.

¹¹⁸ Disposición Adicional 1ª de la LOPJM.

Sin embargo, y atendiendo a las peculiares características de la guarda —temporalidad intrínseca y mantenimiento del ejercicio de la patria potestad¹¹⁹—, la previsión del legislador no parece, en absoluto, acertada:

- en general, porque en cualquier situación de separación temporal que tienda a la reintegración, no puede ignorarse la participación de los progenitores en la toma de decisiones que afecten a sus hijos;
- en particular, en el caso de la guarda voluntaria, porque los progenitores mantienen la titularidad y el ejercicio de la patria potestad cuya función de “velar” por sus hijos exige su intervención en la toma de decisiones relevantes¹²⁰;
- y además, desde la perspectiva de la Administración como titular de la guarda, porque en el cumplimiento de su deber de procurar al menor un entorno (educativo, social, cultural, etc.) lo más semejante posible a aquél del que proviene y al que debe volver, le conviene atender las eventuales indicaciones de los padres para procurar dicha semejanza¹²¹.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la concurrencia, en estas situaciones, de derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia —de hijos y padres— que obligan a dotar de sólidas garantías el proceso de adopción de medidas, ofreciendo a los interesados amplias facultades de participación y alegación a los efectos de obtener resultados que respondan adecuadamente a la finalidad que se persigue¹²². El propio Tribunal trae a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones (art. 9.2 CDN) »¹²³.

¹¹⁹ Como señala el art. 172.1 CC solo la asunción de la tutela por parte de la Administración, en supuestos de desamparo, comporta la suspensión de la patria potestad de los progenitores.

¹²⁰ Al respecto RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores», op. cit., pp. 72 y 73.

¹²¹ FERRER VANRELL, M. Pilar, El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad de guarda”, op. cit., p. 208.

¹²² *Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril, (ECLI:ES:TC:2008:58); STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6 (ECLI:ES:TC:1997:114), Sentencia del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3 (ECLI:ES:TC:1993:298).*

¹²³ *Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril, (ECLI:ES:TC:2008:58).*

Junto a ello, la Resolución A/64/434, de 24 de febrero de 2010¹²⁴ señala la necesaria participación de padres y madres en la decisión de la medida adecuada señalando al respecto:

«§57. La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión. Los Estados deberían poner el máximo empeño en proporcionar recursos y cauces adecuados para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar la mejor modalidad de acogimiento, a fin de facilitar el cumplimiento de estas disposiciones»¹²⁵.

Junto a ello, el párrafo §64 de la mencionada Resolución señala que: «El niño y sus padres o tutores legales deberían ser plenamente informados de las opciones de acogimiento alternativo disponibles, de las consecuencias de cada opción y de sus derechos y obligaciones a este respecto», y el párrafo §65 dispone que en la medida de lo posible, «la preparación, ejecución y evaluación de las medidas de protección del niño se deberían llevar a cabo con la participación de sus padres o tutores legales y la de sus guardadores y cuidadores familiares potenciales, tomando debidamente en consideración las necesidades particulares, creencias y deseos especiales del niño. A petición del niño, sus padres o tutores legales, en todo proceso de toma de decisiones podrá oírse también a otras personas importantes en la vida del niño, a discreción de la autoridad competente».

Por todo ello, en supuestos de guarda voluntaria, la resolución de la Administración sobre la asunción de la guarda y la forma de ejercicio no solo deberá «comunicarse» a

¹²⁴ Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (A/64/434), de 24 de febrero de 2010 sobre Directrices para el acogimiento alternativo de cuidado de los niños.

¹²⁵ La *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, ya señalaba en su artículo 12 que, «en todas las cuestiones relativas a la colocación de niños en hogares de guarda deberán tener participación adecuada la futura familia de guarda y, según proceda, el niño y sus propios padres».

los progenitores como señala el artículo 172 bis del Código Civil, sino que deberá ser fruto de un procedimiento administrativo con sus garantías y con la debida participación de los sujetos afectados: progenitores e hijos/as¹²⁶.

5. LA FUNCIÓN DE GUARDA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU ARTICULACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS PROGENITORES

Como se sabe, la patria potestad es el conjunto de derechos, facultades y obligaciones¹²⁷ que la ley atribuye a los padres respecto de sus hijos menores no emancipados para el cumplimiento de sus funciones, garantizando la protección integral de éstos y procurando el libre desarrollo de su personalidad (arts. 10.1 y 39.2 de la Constitución Española)¹²⁸. De hecho, el art. 154 del Código Civil señala que la patria potestad, basada en vínculos de filiación¹²⁹, es una responsabilidad parental¹³⁰ cuyas funciones tienen más de obligación que de poder o de derecho¹³¹ y que encuentra su fundamento en el deber natural que tienen los progenitores de velar por sus hijos menores: los padres son los responsables de la crianza y formación de sus hijos y están obligados a asegurar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo integral¹³².

Engloba tres grandes ámbitos: un ámbito personal, que incluye velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y darles una formación; un ámbito patrimonial referente a la administración, en su caso, de sus bienes, y, en tercer lugar, la representación legal de éstos.

¹²⁶ Y además de manera conjunta puesto que salvo en supuestos excepcionales, tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores corresponde conjuntamente a ambos progenitores (arts. 154.1 y 156 CC).

¹²⁷ Un «*officium*» en expresión de PARRA LUCAN, M. de los Ángeles, en la reciente STS 106/2024, 30 de enero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:433): «la patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor».

¹²⁸ GETE-ALONSO, M. Carmen, SOLÉ RESINA, Judith, *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 129; MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La guarda y custodia*, op. cit., p. 21.

¹²⁹ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil» en AA.VV. *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, Madrid, 2005, pp. 128 y 129; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en AA.VV. *Manual de derecho civil. Derecho de Familia*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 211.

¹³⁰ En su redacción por el número 2 de la DF 2ª de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

¹³¹ PÉREZ GIMÉNEZ, M. Teresa, «Incidencia de la Ley 8/2021 en la titularidad y ejercicio ordinario de las funciones parentales», en *Revista de Derecho, empresa y sociedad*, n.21-22, 2022, p. 66.

¹³² GETE-ALONSO CALERA, M. Carme, SOLÉ RESINA, Judith, *Filiación y potestad parental*, op. cit., p. 130.

La función de guarda de la Administración, como consecuencia de la asunción de la guarda voluntaria, se incardina en el ámbito personal de la patria potestad¹³³, estrechamente ligado con el deber de los padres de velar por los hijos pero, sobre todo, de tenerlos en su compañía¹³⁴. De hecho, las facultades de guarda únicamente cobran sentido cuando se disocian de las relativas al ejercicio cotidiano de la patria potestad, ya que, de no ser así, quedan subsumidas dentro de éstas y no procede su tratamiento autónomo¹³⁵.

Sin embargo, la guarda no absorbe todo el contenido personal de la patria potestad puesto que algunas de las facultades personales inherentes a esta no se ceden con la guarda. De este modo, si bien tener al hijo en compañía¹³⁶ es inherente a la guarda, no así la función de «velar» por él, que, aun siendo un deber muy vinculado al ejercicio de la guarda, mantienen los titulares de la patria potestad¹³⁷.

De este modo, la cesión voluntaria de la guarda a la Administración manteniendo los progenitores tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, comportará un complejo engranaje en el ejercicio de las respectivas facultades personales.

A diferencia de lo establecido en el artículo 172.1 del Código Civil en relación con la tutela administrativa, el legislador no se ocupa de precisar el alcance de las facultades que asumirá la Entidad pública como titular de la guarda voluntaria ni la incidencia de esta medida de protección en el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores que retienen su titularidad y ejercicio.

Pese a ello, resulta evidente que los padres mantendrán, como mínimo, idénticos derechos y deberes que los que se les atribuye en supuestos de asunción de la tutela por

¹³³ NORIEGA RODRÍGUEZ, Lidia, «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», op. cit., p. 129.

¹³⁴ MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, op. cit, p. 350. También DE PABLO CONTRERAS, Pedro «Comentario al art. 172 CC», op. cit., p. 79, señala que uno de los argumentos que avalan que el contenido de la guarda administrativa coincide con el contenido personal de la patria potestad o tutela «la exigencia de que los solicitantes justifiquen el no poder atender al menor por enfermedad u otras circunstancias graves».

¹³⁵ MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La guarda y custodia*, op. cit., p. 24.

¹³⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 269.

¹³⁷ MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La guarda y custodia*, op. cit., p. 22. De hecho, la reciente STS 106/2024, 30 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:433 (ponente, PARRA LUCÁN, M. Ángeles), señala que «el deber legal de velar por su hijo y prestarle alimentos» integra el más amplio contenido de la filiación y no de la patria potestad (arts. 39 CE y 110 CC).

parte de la Administración como son los derechos de visita¹³⁸, los deberes de alimentos¹³⁹, la representación y la administración de los bienes del menor¹⁴⁰.

Junto a estos, la doctrina entiende que la función de «velar» por los hijos inherente a la patria potestad¹⁴¹ no se extingue con la cesión de la guarda¹⁴², por lo que, aun cediendo la guarda, los progenitores deberán cooperar con el guardador proporcionando la orientación e indicaciones pertinentes en la adopción de decisiones relevantes sobre el cuidado del menor¹⁴³ y recabando información sobre los acontecimientos importantes que le afecten.

¹³⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Universidad de Navarra, Servicio de Publicaciones, 1997, p. 390.

¹³⁹ Cuando la guarda inherente a la patria potestad pasa a manos de la Administración en virtud del artículo 172 bis Código Civil, el deber de alimentos inherente a la guarda, pasa también a esta. Sin embargo y junto a ello, no debe olvidarse que los padres no pierden el deber de alimentar propio de la patria potestad (arts. 110 y 111 CC). Por ello, la Administración asume la función de alimentar, pero, siempre que los padres no se encuentren imposibilitados, la Administración recuperará lo gastado en aplicación de los artículos 110 y 111 Código Civil.

El documento de formalización de la guarda voluntaria debería contener las especificaciones pertinentes al respecto: por una parte el artículo 172 bis del Código Civil así lo establece exigiendo que conste en dicho documento las responsabilidades que mantienen los padres; por otra, el artículo 172 ter 4 del Código Civil señala que «podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos».

¹⁴⁰ PALACIOS GONZÁLEZ, M. Dolores y BERNAL DEL CASTILLO, Ángel Luis, «Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda y sus relaciones con el acogimiento», *Actualidad civil*, 1, 1994, pp. 234 y 325.

¹⁴¹ MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La guarda y custodia*, op. cit., p. 22; GETE-ALONSO CALERA, M. Carmen, «Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja» en AA.VV., *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 47.

¹⁴² Vid. DIEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Vol IV (Tomo I): Derecho de familia*, op. cit., p. 269. El paralelismo con aquellos supuestos de nulidad, separación o divorcio en que la guarda se atribuye a uno de los progenitores, resulta evidente. Así lo propone el artículo 103.1 del Código Civil que recuerda que el deber de velar por los hijos persiste aun cuando el ejercicio corresponda a uno de los padres. E incluso, y a tenor del artículo 10 Código Civil: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos».

¹⁴³ MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, op. cit., p. 392; RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores», op. cit., p. 73; LLEBARIA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, op. cit., pp. 71 y 72; EGEA FERNÁNDEZ, Joan «Comentario al art. 173» en AA.VV. *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 103 y en EGEA FERNÁNDEZ, Joan, *La protecció dels menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (propostes de nova regulació)*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1989, p.74; FERRER VANRELL, M. Pilar, «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad de guarda”, op. cit., pp. 206 y 207; VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autónoma e internacional*, op. cit., p. 60.

De hecho, el ejercicio de la patria potestad que mantienen los padres en supuestos de guarda voluntaria conlleva la intervención necesaria de los progenitores en las decisiones más relevantes¹⁴⁴ para la vida y el desarrollo de sus hijos¹⁴⁵. Y no solo eso, sino que el deber de velar por sus hijos como parte integrante de la patria potestad permite, a padres y madres, ejercer facultades de vigilancia y control sobre las personas que «en las más diversas circunstancias tienen competencias legales concurrentes sobre el hijo no emancipado»¹⁴⁶.

Especialmente en el caso de la guarda voluntaria, la temporalidad intrínseca de la institución avala, y exige, la participación de los progenitores en las decisiones significativas que afectan a sus hijos: si la finalidad de la medida es la reintegración del menor a su familia y supone únicamente un paréntesis en el pleno ejercicio de las responsabilidades parentales, interesa, en favor del propio menor, que con los ajustes pertinentes para su protección, la guarda «sea ejercida siguiendo las líneas en las que venía discurriendo la potestad aludida y de acuerdo al modo de hacer de sus titulares»¹⁴⁷. Así, la guarda ejercida por la Administración debe ser sustitutiva pero no antitética de la ejercida por los padres, por lo que resulta necesaria la colaboración y participación de los padres en el diseño de los planes y programas de actuación.

¹⁴⁴ RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores», op. cit., p. 73; VALLADARES RASCÓN, Etelvina, «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», op. cit., p.37; LLEBARIA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, op.cit., pp. 71 y 72.

¹⁴⁵ Elección o cambio de centro educativo, decisiones sobre la salud, actividades de tipo religioso, etc. Cabe recordar, con relación a la formación religiosa, que los artículos 27.3 y 39.3 de la Constitución Española garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Derecho que, por ser fundamental, puede hacerse valer frente a todos y, en consecuencia, también frente a la Administración titular de la guarda.

¹⁴⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al art. 154.2 CC», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 1049. De hecho, aunque en sede de atribución de la guarda en supuesto de separación o divorcio, resultan aplicables los argumentos de la STS de 2 de julio de 2004, STS 622/2004, 2 de Julio de 2004, ECLI ES:TS:2004:4734, (Fundamento de Derecho, 2º), aunque en supuestos de separación o divorcio en que se atribuye la guarda a uno de los progenitores, cuando afirma que «es deber de los padres el de velar por sus hijos sujetos a la patria potestad (art. 154.1 del Código Civil), deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en procedimiento matrimonial; por ello, la adopción del progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a comprobar que estos hijos se encuentren correctamente atendidos por aquel cuya guarda y custodia han sido confiados [...] encuentran plena justificación ya que, en otro caso, el padre o madre separado de sus hijos se vería imposibilitado de cumplir con este deber impuesto por la patria potestad de la que no ha sido privado e incluso, caso de tener que acudir a los tribunales para impetrar las medidas necesarias para el correcto cuidado de los menores, se vería impedido de utilizar medios de defensa legalmente admitidos.»

¹⁴⁷ MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, op. cit., p. 393.

De hecho, la propia ley contempla la participación de los padres constituido el acogimiento: por una parte, en virtud del compromiso de participación ligado a la cesión voluntaria de la guarda (art. 172 bis 2 del Código Civil ¹⁴⁸); por otra, en su contribución a la elaboración del plan individualizado de protección y del programa de reintegración familiar (art. 19 bis LOPJM en sede de «Disposiciones comunes a la guarda y la tutela»)¹⁴⁹.

Sin embargo, la ausencia de regulación concreta en este sentido parece abocar a los supuestos de guarda voluntaria a un régimen de participación de los progenitores tan limitado como sucede en el caso del desamparo con asunción de la tutela por parte de la Administración¹⁵⁰. No existe, al respecto, una regulación específica del acogimiento para los supuestos de guarda voluntaria, más allá del necesario compromiso de los progenitores de «someterse a la intervención» (art. 172 bis CC).

Pero precisamente, a la luz de la voluntariedad y, precisamente porque los progenitores continúan ostentando tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, su participación en las decisiones que se adopten con relación a sus hijos y, en concreto, en relación con el ejercicio de la guarda, debe ser diferente. La Administración, de manera más intensa en supuestos de guarda voluntaria, deberá escuchar a los padres e incorporar sus indicaciones en los planes y proyectos de protección, retorno y reintegración, razonando en todo caso los motivos que le impulsan a desestimar determinadas indicaciones.

En caso de desacuerdo, los padres podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, a quien corresponde la superior vigilancia sobre la guarda (art. 174 CC), o acudir directamente al juez con la finalidad de, a su entender, evitar a los hijos las perturbaciones dañosas (art. 158.3 CC) derivadas del ejercicio de la guarda por la Administración.

¹⁴⁸ El artículo 172 bis 1 Código Civil señala que la «entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor [...]», siendo además necesario un compromiso de la familia «de someterse, en su caso, a la intervención profesional» Expresión ciertamente poco adecuada tanto por el cariz del «sometimiento» como de la «intervención». Sería mucho más pertinente hablar de participación, implicación y acompañamiento, trabajo conjunto, etc.

¹⁴⁹ FERRER RIBA, Josep, «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas, para la protección de la Infancia y Adolescencia en Cataluña», *Derecho privado y Constitución*, n. 7, 1995, p. 75, señala al respecto que “cuando hay separación del entorno familiar pero es posible la reintegración posterior al mismo no parece sensato [...] excluir completamente a los padres, que tienen derechos de contacto con el menor, de participar en algunas funciones. El principio de proporcionalidad, que tiene base legal, debe prevalecer sobre una interpretación rigorista del efecto suspensivo de las potestades familiares».

¹⁵⁰ MASSONS-RIBAS, Anna, BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, CORTADA CORTIJO, Neus, «The participation of parents in the protection system: the case of the Spanish legislation», op. cit., p. 8.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTA: LA CONVENIENCIA DE UNA REFORMULACIÓN DE LA GUARDA VOLUNTARIA A LOS EFECTOS DE SU APLICACIÓN PREFERENTE EN SUPUESTOS DE DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE REINTEGRACIÓN

Como conclusión a lo expuesto, puede afirmarse que la institución de la guarda voluntaria reúne elementos suficientes para constituir una medida de protección especialmente adecuada en situaciones graves, pero temporales, de desprotección del menor de edad. Como sucede con las resoluciones de desamparo con pronóstico de retorno, la cesión voluntaria de la guarda persigue la protección del menor con la separación temporal de un entorno familiar perjudicial, se articula mediante un acogimiento y tiene por objetivo la recuperación de las condiciones mínimas ese entorno familiar a los efectos de su reintegración. Sin embargo, y frente a esta, la guarda voluntaria se adecua mejor a los principios inspiradores de la LOPJM¹⁵¹: su voluntariedad, el mantenimiento de las responsabilidades parentales y el necesario compromiso de la familia a colaborar en la mejora de su situación constituyen elementos que contribuyen en mayor medida a la finalidad de reintegración intrínseca a su temporalidad. De hecho, en la guarda, la participación e implicación de los progenitores en la reconstrucción del entorno no se plantea como una opción de política legislativa o una propuesta de intervención, sino que resulta inherente al mantenimiento de las responsabilidades parentales.

De este modo, los principios de prioridad familiar y subsidiariedad de la intervención de la Administración junto al cambio de paradigma en relación con la participación de los padres en supuestos de acogimiento temporal que se entrevé en las recientes leyes autonómicas de protección¹⁵² encajan perfectamente con esta propuesta. El acogimiento temporal ligado a la guarda voluntaria aparece, de este modo, como el paradigma del proceso participativo en supuestos de reunificación: el hecho de que sean los mismos progenitores, responsables del cuidado de sus hijos, quienes soliciten la

¹⁵¹ Inciden en la subsidiariedad y excepcionalidad de la medida de separación del menor de su familia de origen, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2017, p. 106; GARCÍA GARNICA, M. Carmen, «La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 21/2014 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 70, Núm. 4, 2017, p. 1411; MÚRTULA LAFUENTE, V., «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor*, Cizur, 2017, p. 157.

¹⁵² Para un estudio detallado del reconocimiento de la participación de los progenitores en las leyes autonómicas de protección a la infancia, *vid.*, MASSONS-RIBAS, Anna, BALSELLS BAILÓN, M. Àngels, CORTADA CORTIJO, Neus, «The participation of parents in the protection system: the case of the Spanish legislation», *op. cit.*, pp. 1-10.

guarda a la Administración, constituye la prueba evidente de la consciencia de sus carencias. La solicitud constituye, de este modo, el reconocimiento de la necesidad de apoyo y la exteriorización de su preocupación por la atención y el cuidado de sus hijos.

La guarda voluntaria es, pues, el sustrato idóneo para el trabajo con las familias a los efectos de reorientar las circunstancias transitorias que justifican la atribución de las funciones parentales de guarda a la Administración.

Asimismo, el carácter anticipatorio de la medida concuerda con la apuesta por la prevención de la legislación de protección¹⁵³: el trabajo de detección precoz y prevención del desamparo resulta prioritario, planteándose la separación forzosa derivada de la declaración de desamparo como una opción subsidiaria¹⁵⁴. Bien la detección precoz de situaciones de desamparo de carácter temporal por parte de la Administración, bien la solicitud de los progenitores, permiten consensuar una medida de protección menos invasiva que sirve, de igual modo, a su finalidad tuitiva. Únicamente en supuestos graves no detectados o en que falta la colaboración familiar, procederá una declaración administrativa de desamparo, la separación forzada del menor y la asunción de la tutela *ex lege* por la Administración competente.

A tenor, pues, de lo expuesto, la guarda voluntaria debería ser la medida de protección procedente ante toda situación de desamparo con pronóstico de retorno: si el pronóstico es de retorno, pese a la gravedad de la situación que aconseja la separación, la recuperación del entorno familiar resulta viable por lo que la colaboración consensuada entre familia y Administración parece la mejor solución.

Pese a sus bondades, no se oculta la dificultad que entraña la implementación de la guarda voluntaria como medio preferente a la tutela impuesta atendiendo al difícil engranaje entre la actuación de la Administración guardadora, la función de los

¹⁵³ No únicamente en la legislación estatal. La totalidad de las leyes autonómicas de protección de la infancia apuestan decididamente por la prevención y por el trabajo con la familia en situaciones de riesgo para evitar el desamparo.

¹⁵⁴ ROCA TRÍAS, Encarnación, *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 209 señala que el principio de prioridad familiar apuesta por la subsidiariedad de toda medida que comporte el alejamiento del menor su familia de origen.

Subsidiario, y de interpretación restrictiva: el propio Tribunal Constitucional ha determinado retiradamente que la declaración de desamparo ha de estimarse siempre de forma restrictiva, siendo únicamente procedente cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos en el ejercicio de la guarda sobre los menores pues, aunque es primordial y preferente el interés del menor, también lo son el derecho de los progenitores a tener consigo a su hijo así como el derecho del propio menor a crecer en el seno de su familia de origen, NORIEGA RODRÍGUEZ, Lidia, «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», op. cit., p. 130.

acogedores temporales y el derecho de los progenitores que, aun cuando ceden la guarda reconociendo su temporal incapacidad, conservan la facultad de manifestar e imponer sus opiniones en ejercicio de la patria potestad que mantienen.

Sin embargo, la adecuación de la guarda voluntaria a los principios que rigen el sistema de protección de menores bien merece ese esfuerzo.

BIBLIOGRAFÍA

BALSELLS BAILÓN, M. ÀNGELS, CORTADA CORTIJO, NEUS, BORREGO TARRAGÓ, ALICIA, MASSONS-RIBAS, ANNA, «La familia en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia desde el enfoque de la parentalidad positiva: la participación como eje del trabajo con la familia de origen», *Parentalidad positiva: una mirada a una nueva época*, coord. por RIVAS BORRELL, Sonia, BELTRAMO ALVAREZ, Carlos, 2022, 7, pp. 191-216.

BALSELLS, M. Àngels, MATEOS, Ainoa, URREA-MONCLÚS, Aida, VAQUERO, Eduard, «Positive parenting support during family reunification», *Early Child Development and Care*, 188 (11), 2018, pp. 1567–1579.

BALSELLS, M. Àngels, PASTOR, Crescencia, AMORÓS, Pere, FUENTES-PELÁEZ, Núria, MOLINA, M. Cruz, MATEOS, Ainoa y VÁZQUEZ, Noelia, *Caminar en familia: Programa de competencias parentales durante el acogimiento y la reunificación familiar*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Centro de Publicaciones, Madrid, 2015.

BALSELLS, M. Àngels, VAQUERO, Eduard, CORTADA, Neus, FUENTES-PELÁEZ, Núria, MATEOS, Ainoa, URREA-MONCLÚS, Aida, PONCE, Carme, PARRA, Belén, MATEO, Maribel, FERNÁNDEZ-RODRIGO, Laura, RODRÍGUEZ, Julio, ARMENGOL, Betlem, CROUS, Gemma, PADILLA, Paolo, PÉREZ, Sara, BORREGO, Alícia, FORNÉ, M. Alba, CASAS, Jéssica, MASSON-RIBAS, Anna y ERTA-MAJÓ, Arnau, «FRAME+P: Un modelo de acción socioeducativa con familias en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia desde el enfoque de la parentalidad positiva», *Colección FRAME+P: El trabajo con la familia de origen en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, vol. 1, 2023.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 15, 2011, pp. 15-62.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al art. 154.2 CC», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1034-1052.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», *La Ley Derecho de Familia*, 60/46, 2015, pp. 12-38.

BOCCIO SERRANO, M. Josefa de la Presentación, *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, «Notas sobre el “*affidamento*” familiar en Derecho italiano y acogimiento familiar en el Código Civil español», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 263, 6 (diciembre), 1987, pp. 959-1007.

DEL VAS GONZÁLEZ, Juana M., «Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil español», *Fundación Registral*, Madrid, 2009.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro «Comentario al art. 172 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 35-88.

DÍEZ GARCIA, Helena, «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 7, marzo-abril 2003, p. 166-208.

DIEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Vol IV (Tomo I): Derecho de familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan,

- *La protecció dels menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (Propostes de nova regulació)*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1989.
- «Comentario al art. 173» en AA.VV. *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., «Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana» en AA.VV. *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava (tomo II)*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 293-326.

FERRER RIBA, Josep, «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas, para la protección de la Infancia y Adolescencia en Cataluña», *Derecho privado y Constitución*, n. 7, 1995, pp. 31-85.

FERRER VANRELL, M. Pilar, «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad de guarda”» *Anuario de derecho civil*, vol. 46, nº 1, 1993, pp. 163-218.

GARCÍA ALGUACIL, M. José, «Nuevas cautelas en el ámbito de la protección de los derechos del menor tras las leyes del 2015», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, noviembre-diciembre 2016, pp. 3-42.

GARCÍA GARNICA, M. Carmen,

- «El papel de la guarda administrativa y de hecho en el sistema», en AA.VV., *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 221-241.
- «La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de

protección a la infancia y a la adolescencia», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 70, N. 4, 2017, pp. 1375-1421.

GETE-ALONSO CALERA, M. Carmen, «Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja» en AA.VV., *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2015.

GETE-ALONSO CALERA, M. Carmen, SOLÉ RESINA, Judith, *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina,

- «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil» en AA.VV. *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, Madrid, 2005, pp. 113-184.
- «La configuración del interés del menor ex art. 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta», *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, (dir.), 2017, pp. 485-518.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 18, 2004, pp. 171-341.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Universidade de Santiago de Compostela, 1995.

LACHARITE, Carl, BALSELLS, M. Àngels, MILANI, Paola, IUS, Marco, BOUTANQUOI, Michael y CHAMBERLAND, Claire, «Protection de l'enfance et participation des familles: cadre pour la transformation des cultures organisationnelles et l'adaptation des pratiques professionnelles» en AA.VV., *La maltraitance: Perspective développementale et écologique-transactionnelle*, Ed. Presses de l'Université du Québec, Québec, 2022, pp. 15-17.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, revisada y actualizada por LÓPEZ PELÁEZ, Patricia y DE LAS HERAS HERNÁNDEZ, M. del Mar, ed. Marcial Pons, Madrid, 2023.

LEIVA RODRÍGUEZ, Beatriz, GARCÍA GARNICA, M. Carmen, «Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores: Y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (I)», *El Genio maligno, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, septiembre 2016, n.19, pp. 96-119.

LLEBARIA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en AA.VV. *Manual de derecho civil. Derecho de Familia*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y

protección de menores en nuestro Derecho civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, nº 4, 1992, pp. 1391-1498.

MARTÍN GARCÍA, M. Lirio, «Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores», *Revista de Derecho Privado*, nº6, 2017, pp.77-91.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La guarda y custodia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, *Principales modificaciones en las instituciones jurídicas del sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España*. Ed. Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2016.

MASSONS-RIBAS, Anna, BALSELLS BAILÓN, M. Àngels y CORTADA CORTIJO, Neus,

- «The Participation of Children and Adolescents in the Protection System: The Case of the Spanish Legislation», *Social Sciences*, 10, 2021, pp. 1-13.
- «The participation of parents in the protection system: the case of the Spanish legislation», *Child & Family Social Work*, 2023, pp. 1-10.

MASSONS-RIBAS, Anna, CORTADA CORTIJO, Neus y BALSELLS BAILÓN, M. Àngels «El principio de prioridad familiar: el acogimiento temporal y su finalidad de retorno», *Revista de Derecho Privado*, 105, 2021, p. 102.

MAYOR DEL HOYO, M. Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Ed. Comares, Granada, 1999.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género», en MAYOR DEL HOYO, M. Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor*, Cizur, 2017, p. 149-168.

NAVAS NAVARRO, Susana, «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada» en AA.VV., *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003.

NORIEGA RODRÍGUEZ, Lidia, «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Anuario de Derecho Civil*, 1, 2018, pp. 111-152.

O'MAHONY, Conor, BURNS, Kenneth, PARKERS, Alison, SHORE, Caroline, «Representation and participation in child care proceeding: what about the voice of the parents?», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2017.

ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de julio», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, N. 9, 2016, pp. 43-112.

PALACIOS GONZÁLEZ, M. Dolores y BERNAL DEL CASTILLO, Ángel Luis, «Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda y sus relaciones con el acogimiento», *Actualidad civil*, 1, 1994, pp. 229-241.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2017, pp. 99-114.

PÉREZ GIMÉNEZ, M. Teresa,

- «La guarda voluntaria: análisis del artículo 172 Bis Código Civil», *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (dir.), BASTANTE GRANELL, Víctor (coord.), Albolote (Granada), Comares, 2019, pp. 21-36.
- «Incidencia de la Ley 8/2021 en la titularidad y ejercicio ordinario de las funciones parentales», en *Revista de Derecho, empresa y sociedad*, n.21-22, pp. 63-81, 2022.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores (Derecho de Familia, V)*, Lex Nova, Madrid, 1998.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Universidad de Navarra, Servicio de Publicaciones, 1997.

ROCA TRÍAS, Encarnación, *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel,

- «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, nº2-3, 1988, pp. 63-85.
- *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Ed. Comares, Madrid, 1989.

SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, n.7, 1995, 231-297.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. Belén, «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparó propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre, 2014), Estudios, pp. 107-153.

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, «Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», Informe extraordinario, noviembre 2023, https://www.sindic.cat/site/unitFiles/9755/Informe%20centros%20de%20proteccion_ok_cast.pdf [Consulta: 1 de mayo 2024].

SANTOS MORÓN, M. José, El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 38, 2018-II, pp. 211-245.

SOLÉ RESINA, Judith, «La tutela de las personas menores después de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, 3, 2023, pp. 41-113.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina, «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, nº 9, 1999, pp. 29-62.

VARGAS CABRERA, Bartolomé,

- «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario Derecho Civil*, vol. 44, nº2, 1991, pp. 611-696.
- *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autónoma e internacional*, Ed. Comares, Granada, 1994.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista Derecho Privado*, nº 100, 2016, pp. 41-90.

ZAMORA SEGOVIA, M. Luisa, *Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen*, Ed. Observatorio de la Infancia en Andalucía, 2011.

ZURITA MARTÍN, Isabel, «Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3 (julio-septiembre) 2015, pp. 107-140.

Fecha de recepción: 10.05.2024

Fecha de aceptación: 23.12.2024