

1.2. Derecho de familia

La protección de los menores en situación de desamparo

The protection of the minors in situation of abandonment

por

ANA I. BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio han reformado la regulación relativa a las actuaciones e instituciones jurídicas de protección de menores. El presente estudio se va a centrar en el análisis de tales modificaciones, más en concreto, en las actuaciones en situación de desamparo, en la guarda y tutela asumida por las Entidades Públicas, y en el acogimiento familiar y residencial en su regulación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y en el Código Civil.

ABSTRACT: *The organic law 8/2015, of July 22 and the law 26/2015, of July 28 they have reformed the regulation relative to the juridical actions of minors' protection. The present study is going to centre on the analysis of such modifications, more in I make concrete, in the actions in situation of abandonment, in the guard and guardianship assumed by the public entities and in the familiar and residential receive in his regulation in the organic law 1/1996, on January 15 of juridical protection of the minor and in the Civil Code.*

PALABRAS CLAVE: Menores. Situación de desamparo. Guardia administrativa. Tutela *ex lege*. Entidad pública. Acogimiento familiar y residencial.

KEY WORDS: Minor. Situation of abandonment. Administrative guard. Public organization. Guardianship *ex lege*. Familiar and residential receive.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN DE MENORES.—III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA.—IV. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA GUARDA O TUTELA ADMINISTRATIVA POR LA ENTIDAD PÚBLICA.—V. EL ACOGIMIENTO: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y TIPOS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección de la infancia y la adolescencia constituye uno de los ejes de actuación de los poderes públicos. Viene representada por el conjunto de medi-

das y actuaciones que se dirigen a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos a la infancia como colectivo y las destinadas a prevenir e intervenir en las situaciones de desprotección en que pueden hallarse las personas menores de edad. El artículo 39 de la Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, es especial, de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. A tales efectos, se pretende el establecimiento de un sistema público de protección de menores de carácter global y de ordenación coherente. En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal aprobó la Ley 13/1983, de 14 de octubre sobre la tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; con posterioridad, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil que, aborda una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección reguladas en el Código Civil; se refuerzan, asimismo, los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; se determinan los derechos de los menores; se sanciona las medidas y los principios rectores de la acción administrativa en la materia; se fija de modo genérico las actuaciones que han de seguirse en los casos de desprotección social del menor; se establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos; se distingue entre situaciones de riesgo y desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública; se ofrece una regulación del acogimiento familiar —simple, preadoptivo y permanente— y del acogimiento residencial; y, en fin, en materia de adopción, se introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes que, habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es esta la que formula la propuesta o, directamente por el Juez, en otro caso. Más recientemente, en esta línea de asegurar la protección social, económica y jurídica de los menores, se aprueba la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción internacional que, concibe por ello esta como una medida de protección de los menores, que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Igualmente, se pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, asegurando al mismo tiempo la no discriminación del menor por razón del nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. Tiene por objeto el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor y la finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional (art. 2). Se completa la Ley con la modificación de varios preceptos del Código Civil —artículos 9.5, 154, 172.3 y 6 y se adicionan nuevos apartados 7 y 8 y 180—. Con ello, se vino a establecer un marco regulador que, garantizaba a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores (art. 149.1.20 de la CE)¹.

Ahora bien, la regulación atinente a la protección de menores trasciende del ámbito interno. Así, entre los acuerdos e instrumentos internacionales ratificados por España hay que destacar dos Convenciones de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007. Además hay que destacar el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo que, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño y el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.

Sobre estas bases normativas, el legislador estatal ha considerado necesario adaptar algunas de las normas existentes como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LOPJM—, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil a los nuevos cambios sociales que, han incidido en la situación de los menores y demandan una mejora en los instrumentos de protección jurídica para hacer efectivo precisamente el mandato constitucional contenido en el citado artículo 39 de la Constitución Española y las normas de carácter internacional mencionadas. Para ello se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La primera de las normas tiene por objeto introducir cambios jurídico-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidas en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución Española. Se pretende la mejora de los citados instrumentos de protección a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del estado que, sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores con independencia de su situación administrativa en caso de menores extranjeros² y, asimismo, se procede a la revisión del sistema español de protección de menores conforme a los últimos convenios internacionales ratificados por España sobre la materia³. Se compone de dos artículos y tres disposiciones finales. En el artículo primero se establecen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en el artículo segundo se determinan las modificaciones que afectan a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en la disposición final primera se recogen las modificacio-

nes correspondientes a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de Poder Judicial; en la disposición final segunda se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en la disposición final tercera se modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

Por su parte, la Ley 26/2015 tiene por objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que, permiten continuar garantizando a los menores, como se ha señalado, una protección uniforme en todo el territorio de Estado y que constituye una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación sobre la materia. Además y de modo recíproco esta Ley viene a incorporar algunas novedades que habían sido establecidos por algunas normas autonómicas anteriores. Consta de cuatro artículos, veintiuna disposiciones finales, además de siete disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias y una disposición derogatoria. En el artículo primero se recogen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en el segundo las que afectan al Código Civil; en el tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; en el cuarto, las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en la disposición final primera las que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; en la disposición final segunda las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; en la disposición final tercera la relativa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en la disposición final cuarta la que afecta a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; en la disposición final quinta las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; en las disposiciones finales sexta y séptima, las relativas a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa; en la disposición final octava las correspondientes a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; en la disposición final novena, la que afecta a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en las disposiciones finales décima a decimocuarta las que afectan a la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Las siete últimas disposiciones finales se refieren al título competencial, habilitación normativa a las Ciudades de Ceuta y Melilla y al Gobierno en general, a la creación del Registro Central de delincuentes sexuales, a las modificaciones y desarrollos reglamentarios, a la incorporación de normativa europea, al no incremento del gasto presupuestario y a la entrada en vigor.

En la disposición adicional primera, se recoge la referencia a la utilización en los textos legales de la expresión «Entidad Pública» en relación a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente; en la disposición adicional segunda, las referencias al acogimiento preadoptivo, al acogimiento simple y a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional; la disposición adicional

tercera habilita al Gobierno a promover, con las Comunidades Autónomas, el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de la presente ley; la disposición adicional cuarta establece el régimen jurídico de los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes; la disposición adicional quinta establece un mecanismo interterritorial de asignaciones de familias para acogimiento, o, en su caso, adopción; y la disposición adicional sexta establece una equiparación de regímenes jurídicos de acogimiento previstos en la presente ley con relación a las normas existentes con anterioridad a la misma y a las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas. Las dos primeras disposiciones transitorias establecen la normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados a la fecha de su entrada en vigor, así como al cese de los acogimientos constituidos judicialmente.

No obstante, la regulación básica prevista en esta Ley 26/2015, hay que, señalar que, la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas han desarrollado su propia normativa de protección de menores al amparo de la competencia en materia social contenida en el artículo 149.1.20 de la Constitución Española que, ha determinado un trato desigual y disfuncional en la protección de menores⁴. Si bien, precisa al respecto la disposición final 15.^a de la citada Ley 26/2015 que, la presente Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artículo 149.1.8.^º de la Constitución Española, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo para las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan en aquellas materia relativas a la protección de menores no reservadas a Ley Orgánica⁵. Asimismo, en todo lo no previsto en las correspondientes normativas autonómicas, se deberá aplicar supletoriamente lo previsto en la regulación establecida por la Ley 26/2015. De todas formas, esta convivencia de normativa estatal y autonómica no está exenta de cierta problemática, al poder existir un contenido contradictorio entre ambas, así por ejemplo, se siguen utilizando en algunas legislaciones autonómicas la clasificación tradicional de acogimiento simple, permanente y preadoptivo y también la posibilidad junto al acogimiento familiar por la entidad pública mediante resolución administrativa, la constitución por vía judicial, que ya no opera en la normativa estatal pero sí en la autonómica⁶. Por lo demás coincidimos con la doctrina en la necesidad de haber centrado en una única Ley la regulación de la materia en lugar de hacerlos en dos —una Ley Orgánica y otra Ley Ordinaria con el mismo título— y asimismo, en haber articulado el tratamiento normativo de la materia en dos textos legislativos (LOPJM y Código Civil) con la consiguiente reiteración de contenidos y la dispersión que, asimismo, ello conlleva —por ejemplo en materia de acogimiento su regulación se contiene en el Código Civil —artículos 172 ter, 173 y 173 bis— y, por otro en la LOPJM —artículos 20, 20 bis y 21—⁷.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la reforma operada por la Ley 26/2015 en materia de protección de menores, en concreto, en el análisis de la situación de desamparo en que se pueden encontrar aquellos, en la guarda y la tutela por parte de la administración pública competente y, en el acogimiento familiar y residencial.

II. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN DE MENORES

El sistema de protección de menores representa el conjunto de servicios, actuaciones y medidas de intervención de los poderes públicos destinadas a paliar

las situaciones de desprotección en que pudiera encontrarse los menores con el fin de garantizar su desarrollo integral y promover su inserción en un contexto social y familiar normalizado. De ahí que, las actuaciones en materia de protección de menores se dirijan a prevenir, detectar y reparar o corregir las situaciones de riesgo o desamparo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin⁸. Así son medidas de protección: el apoyo a los menores a través de medidas y ayudas económicas y/o técnicas a los progenitores que se dirijan a cubrir sus necesidades básicas y mejorar su entorno y con ello se prioriza la intervención en el entorno familiar con el fin de facilitar el mantenimiento del menor en tal medio familiar; el ejercicio de la guarda administrativa y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley de la Entidad Pública competente; la asunción de la guarda del menor ejercida mediante acogimiento, la adopción, en su caso, la constitución de una tutela ordinaria y, cualquier otra medida de carácter asistencial, educativo o terapéutico en atención a las circunstancias del menor⁹. En tales actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. Estos principios ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modificaciones alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010 y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional.

En todo caso, los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollem adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores. También, garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia (art. 12.7 de la LOPJM).

Ahora bien, cualquier medida de protección no permanente que se adopte, habrá de revisarse; así respecto de menores de tres años tal revisión tendrá lugar cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad cada seis meses. Se trata de acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses¹⁰. Con ello, se recoge otro de los ejes vertebradores de esta reforma, como es la obligación de las Entidades Públicas de revisar, en plazos concretos, las medidas de protección adoptadas. De esta manera se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño o adolescente y una revisión de la medida de protección. En este contexto, además de las distintas funciones atribuidas por ley, la Entidad Pública habrá de remitir al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando este se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo.

Ahora bien, la actuación de los poderes públicos está guiada por el principio de intervención mínima, conforme a lo que se otorga siempre prioridad a la actuación en el entorno familiar del niño o adolescente para evitar cuando sea posible que, sea separado del mismo; y el principio de proporcionalidad para garantizar en todo momento la adecuación de las medidas a la situación concreta del menor¹¹.

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

La intervención administrativa aparece necesariamente enmarcada y orientada por un conjunto de principios y criterios que, constituyen a la vez mandato y garantía de ajuste permanente de la misma, tanto a la esencia de lo que representa la acción protectora como tal, como al contenido de los derechos específicos que la propia ley reconoce a los menores protegidos. La prioridad de actuación en el entorno familiar, el respeto a la autonomía, libertad y dignidad del menor, la consideración de su participación en la toma de decisiones en función de su madurez, los principios de proporcionalidad e intervención mínima, y el interés superior del menor son ejemplo de estos principios. Por otra parte, los derechos reconocidos a los menores como sujeto activo en la satisfacción de sus propias necesidades, a ser informado y oído en la toma de decisiones relativas a su protección, a recibir un tratamiento adecuado contribuyen junto a los principios o criterios de actuación a definir y concretar la actividad administrativa de protección. Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen. Es por ello que, habrán de articular políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y los derechos de los menores; así, como habrán de impulsar políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales y el desarrollo de tales políticas, para lo que se ha de proporcionar los recursos y medios necesarios —a tal fin se ha de garantizar a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados que la propia discapacidad precise—.

Para la consecución de tales objetivos, se establecen en el artículo 11.2 de la LOPJM como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con la protección de los menores los siguientes: a) La supremacía de su interés superior¹²; b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional¹³; c) Su integración familiar y social; d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección; f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten; g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social; h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten; i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso; j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia; k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas; l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual; y, m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

Respecto al principio del interés superior del menor, señalar que, representa un principio fundamental en la materia de protección de menores y adolescentes y, asimismo, principio vertebrador de todas las instituciones de protección

que, deberá prevalecer sobre el resto de los intereses legítimos¹⁴. Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015 se dota de contenido a lo que hasta ahora representaba un concepto jurídico indeterminado y que ha sido objeto de diversas interpretaciones. A tal fin, se modifica el artículo 2 de la LOPJM incorporando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, así como los criterios de la Observación General número 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Este concepto, como precisa el Preámbulo de la citada Ley, se define desde un contenido triple: 1. Es un derecho sustantivo, en el sentido que el menor tiene derecho a que cuando se adopta una medida que le concierne, sus mejores intereses hayan sido evaluados y en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; 2. Es un principio general interpretativo, de manera que cualquier normativa jurídica ha de ser interpretada conforme al mismo con el objeto de realizar la interpretación que mejor responde a los intereses del menor; y 3. Es una norma de procedimiento. A los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se tendrán en cuenta la edad y madurez del menor y en caso de concurrir con cualquier otro interés legítimo, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo al interés superior del menor, respeten también estos otros intereses legítimos y, en caso de no poder respresarlos estos, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir¹⁵. Conformando el propio contenido del interés superior del menor, este tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniendo en cuenta sus opiniones, en función, igualmente, de su edad y madurez¹⁶. Ciertamente en los procedimientos judiciales y administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente y habrán de realizarse de manera adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, de ser necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Este derecho a ser oído y escuchado podrá ser ejercitado por el menor por sí mismo, cuando tenga suficiente madurez o a través de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza con él, pueden transmitirla objetivamente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera que, tiene suficiente madurez el menor que tenga doce años cumplidos. Ahora bien, si en vía administrativa o judicial se deniega la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución denegatoria ha de ser motivada en interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor, y en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración (art. 9 de la LOPJM).

Además del derecho a ser oído y escuchado, el menor tiene derecho a buscar, recibir y utilizar información adecuada a su desarrollo¹⁷. Al respecto en el artículo 5.1 de la LOPJM se hace una mención expresa a la alfabetización digital y mediática como herramienta imprescindible para que los menores puedan

desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual que, no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Esta alfabetización digital será adaptada a cada etapa evolutiva, con el objeto de permitir a los menores actuar con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos. En todo caso, para que el menor pueda ejercer su derecho a ser oído y escuchado deberá recibir la información en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias y en los procedimientos judiciales o administrativos, se le deberá informar tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Por otra parte, como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores y como criterio interpretativo y de aplicación del interés del menor, se prioriza el mantenimiento del menor en su propia familia de origen, salvo que no sea posible y positivo para el menor, en cuyo caso se procederá a la adopción de la correspondiente medida de protección familiar y estable, priorizando el acogimiento familiar frente al residencial. Por lo que cuando el menor hubiera sido separado de su entorno familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora, primando siempre el interés del menor y las necesidades de este sobre las de la familia de origen (arts. 2.2 y 11.2 b) de la LOPJM). Como señala DÍEZ GARCÍA «ese derecho del menor a crecer y ser educado por su propia familia puede ser calificado como un derecho subjetivo perfecto ejercitable *erga omnes* o como derecho fundamental subordinado a su interés, que permite afirmar la ilegalidad de cualquier procedimiento judicial o administrativo dirigido a privarle de su propia familia fuera de los casos previstos por la ley»¹⁸. Ahora bien, si el menor se encuentra bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, todas las actuaciones de protección de tales menores estarán encaminadas, precisamente, a procurar la permanencia de los menores con independencia de su edad con aquella, así como garantizar su protección, atención especializada como víctima directa de la violencia de género y su recuperación (art. 12.3 de la LOPJM). En situación de riesgo de cualquier índole en que se pueda encontrar un menor, la intervención de la administración pública competente se ha de orientar a garantizar los derechos del menor. Además de disminuir los indicadores de riesgo y promover medidas de protección que preserven la permanencia del menor en el entorno familiar (art. 17.3 de la LOPJM). En todo caso, la supremacía del interés del menor resulta prioritaria y preferente en relación a cualquier decisión que se adopte y en cualquier medida de protección que le afecte, incluso en el mantenimiento en su familia de origen; por lo que podrá determinarse la necesidad de la no permanencia del menor en el entorno familiar, cuando ello le sea perjudicial.

Sobre tales bases y en relación con los principios que definen la actuación de los poderes públicos en materia de protección de menores, el apartado tercero del citado artículo 11 de la LOPJM establece la necesaria protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina entre otros. Para ello se articulan políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y, de modo especial, las referidas a los derechos enumerados en esta ley. Los menores tendrán derecho a acceder a tales servicios

por sí mismos o a través de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, quienes a su vez tendrán el deber de utilizarlos en interés de los menores.

Igualmente, desarrollan actuaciones de sensibilización, prevención, detección, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil y de violencia contra la infancia y la adolescencia estableciendo los procedimientos que aseguren la coordinación entre las Administraciones Pùblicas, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto pùblicos como privados, para garantizar una actuación integral.

De acuerdo con los principios mencionados en líneas precedentes, se opera la reforma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia y se establece una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y desamparo, conceptos jurídicos indeterminados que, por primera vez, se definen en una normativa estatal. Por otra parte, se establecen como actuaciones de protección a llevar a cabo por los poderes pùblicos: las de atención inmediata¹⁹, situación de riesgo, y situación de desamparo.

Respecto a las actuaciones en situaciones de riesgo se considera como tales «aquellas en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la Administración Pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar»²⁰. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente —circunstancia esta que puede resultar también indicio de la procedencia de una declaración de desamparo según establece el párrafo tercero del artículo 18.2 de la LOPJM—. En todo caso, la concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar (art. 17.1 de la LOPJM) —al igual que sucede con la declaración de desamparo cuando en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 18 de la LOPJM señala que «la situación de pobreza de los progenitores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo»²¹—. Por otra parte, la discapacidad del propio menor o la de sus progenitores no puede determinar *a priori* una situación de riesgo y la consiguiente separación del menor de su núcleo familiar, como tampoco la discapacidad de los progenitores, tutores o guardadores puede motivar el desamparo del menor como, asimismo, establece el citado apartado 2 del artículo 18. Como novedad, se otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido; por lo que al *nasciturus* no se le incluye en tales situaciones, en la línea de las Recomendaciones de la Comisión Espacial para el Estudio de la Problemática de la Adopción nacional y otros temas afines²² y a diferencia de la protección que, en algunas legislaciones autonómica se otorga al mismo²³.

Para ello, la Administración Pública competente, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, adoptará todas aquellas medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá

por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.

En todo caso, los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la Administración Pública competente, así como al Ministerio Fiscal.

Con la finalidad de proteger al recién nacido, tras su nacimiento se podrá mantener la intervención sobre el menor y su unidad familiar; y, de ser necesario, se podrá declarar la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección (art. 17.9 de la LOPJM).

Ahora bien, entre las situaciones de riesgo se prevé también aquella en que los progenitores, tutores o guardadores o acogedores se niegan a prestar su consentimiento respecto de los tratamientos médicos no consentidos por sus progenitores u otros responsables legales. Lo que ha supone la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (disposición final de la Ley 26/2015). Para ello se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 41/2002. Así, en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 del artículo 9, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para que se adopte la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por la causa de justificación del cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (apartado 6) —por lo que se protege a los profesionales sanitarios frente a una eventual exigencia de responsabilidad, y les posibilita un importante margen de actuación dentro de lo que representa el cumplimiento de la *lex artis*, lo que constituye una importante novedad—. Por su parte, precisa DÍEZ GARCÍA en los casos más graves, resultará proceden, en su caso, y de acuerdo con el interés del menor, la declaración de desamparo, siempre que «el alejamiento del menor se reputa necesario para salvaguardar su derecho a la vida o a su integridad física y se reputa que esta es una medida proporcionada respecto a la amenaza a este derecho originada por el incumplimiento de este deber de vela»²⁴.

IV. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA GUARDA O TUTELA ADMINISTRATIVA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

Son dos las principales novedades respecto del desamparo. Por un lado, en el artículo 18 se completa la definición de la situación de desamparo regulada en el artículo 172 del código Civil, estableciendo, por primera vez, en una norma de carácter estatal, las circunstancias que la determinan, con lo que se introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración. Asimismo, se establece como causa de desamparo el consumo habitual de sus-

tancias con potencial adictivo por parte de progenitores, tutores o guardadores, se entiende como habitual los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia, según las definiciones de la Organización Mundial de la Salud o de la Asociación Americana de Psiquiatría. Y por otra, se regula por primera vez la competencia de las Entidades Públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido desde una Comunidad Autónoma a otra distinta, cuestiones que no estaban tratadas en la normativa correspondiente hasta ahora.

Por otra parte, además de lo previsto en el artículo 18 de la LOPJM, el antiguo artículo 172 del Código Civil se desdobra en tres artículos con el objeto de separar la regulación de las situaciones de desamparo (art. 172), de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (art. 172 bis) y de las medidas de intervención en ambos supuestos mediante el acogimiento familiar y residencial (art. 172 ter).

Así, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 a 174 del Código Civil, asumiendo la tutela de aquel por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria (art. 18.1 de la LOPJ).

A tal efecto, se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 18.2 de la LOPJ y art. 172.1 apartado 2 del Código Civil).

Al respecto, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular, se entenderá que, existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor en la línea de las leyes autonómicas de protección de menores. Así: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla²⁵; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves²⁶, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas²⁷; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de

asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado²⁸ o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo²⁹; e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental³⁰; f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad; g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria³¹; y, h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia³² (art. 18.2 apartado 4 LOPJM).

Para que opere la situación de desamparo es necesario que el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección priven al menor de la necesaria asistencia moral o material y que, las circunstancias en que se manifiesta tal incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, sean lo suficientemente graves³³. En todo caso, en la enumeración descrita de circunstancias que pueden determinar el desamparo del menor, la citada en último lugar constituye una cláusula abierta referida a cualquier causa grave que determine el desamparo. Lógicamente hay que incluir el ejercicio de la violencia de género en el ámbito familiar; si bien, conviene recordar que, el artículo 12.3 de la LOPJM señala que, cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, la tutela, guarda y acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstico, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminada a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación. Por otra parte, la existencia de un guardador de hecho puede excluir la situación de desamparo, si el menor se encuentra asistido moral y materialmente (art. 303 del Código Civil)³⁴.

En todo caso, la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo³⁵. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Ahora bien, la resolución administrativa que declare la situación de desamparo y consiguiente asunción por la entidad pública de la tutela del menor, contendrá un plan individualizado de protección en el que se establecerán los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen. Asimismo, podrá incluir un programa de reintegración familiar

(art. 19 bis.1 de la LOPJM). Tal resolución administrativa y las medidas adoptadas se notificará a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se constata como novedad la notificación al menor afectado y se precisa que, tal notificación a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, se hará de forma inmediata sin que pueda sobrepasar el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. En todo caso, la resolución administrativa que declare la situación de desamparo se puede impugnar ante los tribunales, pues, la oposición a cualquier resolución administrativa en materia de protección de menores resulta operativa por la vía del procedimiento previsto en el artículo 780 de la LEC. Están legitimados para formular oposición, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la Ley les reconozca tal legitimación. Respecto de los menores tendrán derecho a ser parte y ser oídos en el proceso conforme a lo establecido en la LOPJM y ejercitarán sus pretensiones en relación con las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, pues en este caso lo ejercerán a través de la persona que se designe como su defensor judicial para que les represente (art. 780.1 párrafo 3 LEC). Ahora bien, para formular oposición ante los tribunales civiles no será necesaria reclamación previa en la vía administrativa y se podrán plantear en el plazo de dos meses desde su notificación. Si bien, el artículo 172.2 párrafo 2 del Código Civil fija un plazo específico para oponerse a las resoluciones que se adopten respecto a la protección de un menor de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declara la situación de desamparo. En todo caso, se da prioridad a la tramitación de la oposición frente a las resoluciones administrativas en materia de menores (art. 779.1 LEC). Contra la resolución desestimatoria recaída en primera instancia, cabe la interposición del correspondiente recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución (art. 458.1 de la LEC).

Constatada la situación de desamparo, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores asumirá por *ministerio de la ley* la tutela del menor y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria (arts. 172.1 y 239.1 del Código Civil —modificado asimismo por la Ley 26/2015—). La tutela administrativa se caracteriza por ser de titularidad pública, correspondiendo a las Entidades Públicas, pero es delegable, pues, puede ejercitarse por particulares a través de la figura que, analizaremos, del acogimiento familiar. La asunción de esta tutela por ministerio de la ley se hará como hemos señalado, mediante la correspondiente resolución administrativa³⁶.

Cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento (art. 18.3 de la LOPJ).

Lo cierto es que, la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante,

serán válidos los actos de contenido patrimonial que, realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este. En todo caso, si procediere la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (art. 172.1 apartado 3 y 4 del Código Civil)³⁷. La posibilidad de privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que se concede a la Entidad Pública o al Ministerio Fiscal constituye una novedad en esta ley, pues, en la anterior regulación del artículo 172.1 del Código Civil solo era posible la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Aunque la Entidad Pública asume la tutela *ex lege* del menor en situación de desamparo, el artículo 260 del Código Civil exime a aquella de prestar fianza que, el Juez puede exigir a todo tutor para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones³⁸.

Si bien, la adopción de tales medidas relacionadas con la patria potestad y la tutela, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo —mismo plazo que para oponerse a las medidas de protección adoptadas—, se concede a los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 172 del Código, o a los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, el poder solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor; si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo, tal como hemos señalado, podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor (art. 172.2 del Código Civil)³⁹. La legitimación de los tutores para solicitar a la Entidad Pública que, cese la suspensión de la tutela o que se revoque la situación de desamparo del menor constituye una novedad⁴⁰. La pretensión en que se basa el cese de la suspensión o de cualquier otra medida de protección adoptada y, en su caso, la revocación de la declaración de desamparo se residencia en la existencia de un cambio de las circunstancias que motivaron la inicial declaración de desamparo del menor y que, en consecuencia, se encuentran en condiciones de asumir de nuevo la patria potestad o la guarda⁴¹.

Trascurrido ese plazo de dos años, no podrán los progenitores o tutores solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que, dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

De todas formas, pasado tal plazo, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública. Una legitimación que resulta, igualmente, novedosa⁴².

Ahora bien, si tiene lugar la revocación de la declaración de desamparo y el cese de cualquier medida podrá acordarse el retorno del menor desamparado con su familia de origen (art. 11.2 c) LOPJM); si bien, resultará imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, que desde un punto de vista objetivo, se considere suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales de manera adecuada y que se constate que el retorno con la familia de origen no supone riesgos relevantes para el menor acreditado en el correspondiente informe técnico⁴³. Si el menor está en acogimiento familiar, deberá ponderarse en la decisión de retorno, el tiempo transcurrido en acogimiento, la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el

desarrollo de vínculos afectivos con la misma (art. 19 bis.3 de la LOPJM)⁴⁴. Ahora bien, frente a la resolución desestimatoria de la revocación o cese planteada por los progenitores o el tutor, cabe recurso.

Por otra parte, durante ese plazo de dos años, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, la Entidad Pública puede adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen (art. 172.2 apartado 5 del Código Civil). Por lo que la existencia de tal plazo no excluye que, la Entidad Pública pueda adoptar cualquier medida de protección que considere pertinente, si bien es necesario, máxime, si se trata de adopción, que existe una imposibilidad fundada de posible retorno a la familia de origen.

Asimismo, la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal (art. 172.3 del Código Civil). Aunque no se especifica, como en la regulación anterior que, tal decisión de revocar la situación de desamparo se puede hacer en todo momento, se entiende que, puede ser así, esto es, en ese plazo de dos años o transcurrido el mismo. Es por ello que, uno de los motivos por los que la Entidad Pública actúe a instancia de parte sea por la información facilitada por los progenitores o el tutor en orden al cambio de circunstancias que dieron lugar a la declaración de la situación de desamparo, pasado el plazo de dos años. Estarán legitimados los progenitores o tutores como persona interesada, siempre que no estén privados de la patria potestad o removidos de la tutela⁴⁵. En todo caso, la resolución administrativa que se establezca al efecto es susceptible de impugnación en el plazo de dos meses desde su notificación (art. 780.1 de la LEC).

Ahora bien, atendiendo a la provisionalidad y temporalidad de las medidas, se establece como novedad que, la Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 —mayoría de edad, adopción, fallecimiento del menor o concesión del beneficio de la mayor edad— y 277.1 —titular recupera la patria potestad de la que había sido privado o suspendido—, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país; b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor; y, c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido (art. 172.5 del Código Civil).

En este contexto, si se trasladase permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a esta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. No obstante, de permanecer la familia de origen del menor en la Comunidad Autónoma de origen y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la

evolución de este. Si bien, no será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección en los casos de traslado temporal de un menor a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella, con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas (art. 18.4 LOPJM).

Ahora bien, en el supuesto que se detecte una situación de posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional, para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los progenitores o tutores del menor. En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos. Cuando, conforme a tales criterios, no pudiere determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual. En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España, hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela. Corresponde a la Administración General del Estado encargarse del traslado del menor a España; y, la Comunidad Autónoma que corresponda asumiría la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España (art. 18.5 de la LOPJM).

De existir conflictos de competencia entre Comunidades Autónomas, estos habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad y de interés superior del menor, evitando cualesquier dilaciones en la toma de decisiones que, pudieran generar perjuicios al menor.

Por otra parte, de tratarse de medidas de protección adoptadas por un Estado extranjero y que deban cumplirse en España, se habrá de atender, en primer lugar, a lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, o norma europea que lo sustituya. De tratarse de casos no regulados por la normativa europea, habrá de estarse en segundo lugar, a los Tratados y Convenios internacionales en vigor para España y, en especial, al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o Convenio que lo sustituya. En defecto de toda esta normativa internacional, se estará a las normas españolas de producción interna sobre eficacia en España de medidas de protección de menores (art. 18.6 de la LOPJM).

Ahora bien, cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no lo tuviere y con la mayor celeridad, junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración (art. 10.4 de la LOPJM)⁴⁶.

Finalmente, el artículo 13.1 de la LOPJM —modificado por la Ley 26/2015— sanciona el deber de toda persona o autoridad y especialmente de aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comuniquen a la autoridad o agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle, antes de tomar cualquier decisión, el auxilio

inmediato que precisen⁴⁷; y, asimismo, el artículo 10.2 a) de la LOPJM faculta al menor para «solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente»⁴⁸.

V. EL ACOGIMIENTO: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y TIPOS

Según hemos tratado en líneas precedentes, la Entidad Pública puede asumir solo la guarda de un menor por la resolución de guarda provisional establecida en el artículo 172.4 del Código Civil, por la solicitud de los progenitores o del tutor —guarda voluntaria— prevista en el artículo 172 bis.1 del citado cuerpo legal— o por resolución judicial —artículo 172 bis.2 del Código Civil— y, como consecuencia de la declaración de desamparo, se le puede atribuir por ministerio de la ley la tutela y la correspondiente guarda de quienes están en dicha situación; que, de modo básico, se puede resolver mediante la reintegración del menor desamparado en la propia familia o, en su caso, a través de la adopción. Ahora bien, desde que la Entidad Pública asume la tutela hasta que se reintegra en su familia o se da en adopción, puede trascurrir un periodo de tiempo durante el cual es preciso que el menor participe de un ámbito familiar idóneo. Máxime si, como hemos señalado, el artículo 11.2 c) establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos la integración familiar y social. Y lo mismo sucede cuando, hasta la reintegración en su familia de origen, las Entidades Públicas, como hemos señalado, asumen la guarda de ciertos menores, en virtud de solicitud de los progenitores o tutores o por decisión judicial. Por lo que, a los efectos de procurar al menor un ambiente familiar idóneo es a lo que, de modo básico, responde la figura del acogimiento familiar como figura donde la guarda como la tutela administrativa que corresponde a las Entidades Públicas, resulta delegable —acogimiento en familia extensa o en familia ajena—. El artículo 172 ter del Código Civil establece que la guarda en todos los supuestos señalados se realizará mediante el acogimiento familiar y no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante acogimiento residencial. Dicho precepto regula algunas cuestiones relativas al acogimiento en general y los artículos 173 y 173 bis del citado cuerpo legal se refieren al acogimiento familiar. En ninguno de tales preceptos se da una definición legal del acogimiento. Para MAYOR DEL HOYO se puede conceptualizar como «una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar originario»⁴⁹.

Ahora bien, en esta nueva regulación con la finalidad de agilizar y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista conformidad de los progenitores o tutores, y todo ello sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo. Por otra parte, y por razones de técnica jurídica y mejora de ubicación, se traslade al artículo 20 de la LOPJM lo establecido hasta ahora en el artículo 173 del Código Civil sobre la formalización del acogimiento y contenido del documento anexo que, debe acompañar al mismo y se introduce la necesidad como ocurre en la adopción que, se valore la adecuación de los acogedores y se definen los criterios de la misma; criterios que no estaban hasta ahora recogidos en la normativa estatal.

Asimismo, como pauta general se sigue manteniendo que prevalezca la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial (arts. 2.2 c); 11.2 b) y 21.3 de la LOPJM). Por tanto, este último constituirá una medida excepcional y provisional. Precisamente, pensando en el interés del menor, el artículo 21.1 de

la LOPJM posibilita también el acogimiento residencial del menor como medida estable y este mismo precepto en su apartado 3 con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar; establece que, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, especialmente para menores de seis años; y, asimismo, no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, debidamente acreditado o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. En todo caso, y con carácter general no podrá tener una duración superior a tres meses. Igualmente, debemos recordar que el artículo 12.5 de la LOPJM establece que, cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años, se habrá de revisar cada tres meses y respecto de mayores de esa edad cada seis meses⁵⁰. Por otra parte, debe procurarse no separar a los hermanos con la consiguiente asunción de un acogimiento familiar de todos ellos.

1. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

La guarda atribuida a la entidad pública que, puede derivar de la tutela *ex lege* tras la declaración de desamparo o la guarda administrativa en los supuestos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil —cuando los progenitores o tutores por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas no pueden cuidar al menor, siendo el plazo máximo de guarda temporal de dos años, salvo que el interés del menor aconsejen de forma excepcional la prórroga de las medidas o porque lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda— puede ejercerse mediante acogimiento familiar o residencial.

El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento (art. 20.2 de la LOPJM). Este acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública (art. 172 ter.1 del Código Civil)⁵¹. Ahora bien, a diferencia de la regulación anterior, no resulta posible la constitución del acogimiento por la vía judicial, con lo que se consagra la potenciación de la administrativación de las medidas relacionadas con la protección de menores y la consiguiente desjudicialización en la constitución del acogimiento⁵².

A la resolución de formalización del acogimiento familiar acordada, se acompañará *un documento anexo* que incluirá los siguientes extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido; b) Los consentimientos y

audiencias necesarias; c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora; y, d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1.º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor. 2.º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. 3.º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria; e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora; f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa; g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (art. 20.3 de la LOPJM).

Tanto la resolución de formalización del acogimiento como el documento anexo, se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes (art. 20.3 *in fine* de la LOPJM).

El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 173.2 del Código Civil), si es menor de dicha edad, en principio, han de ser oídos en la constitución del acogimiento (art. 9 LOPJM). La intervención del menor acogido no se contenía en la anterior regulación⁵³. Y es posible que el acogimiento se adopte sin contar con el consentimiento de los progenitores, a diferencia de la anterior regulación, que contenía expresamente la posibilidad de acordar el Juez el acogimiento, pese a no consentirlo los progenitores u oponerse al mismo. No hace falta su consentimiento ni tampoco es necesario darles audiencia y oírlos. Si bien, la ausencia de intervención de los progenitores —que tengan suspendida la patria potestad— y de los tutores se circumscribe solo al momento de constitución del acogimiento, pues, una vez formalizado puede solicitar, como veremos, a la Entidad Pública la remoción de la guarda (art. 173.2 del Código Civil) y el cese del acogimiento familiar, e incluso darle audiencia en el expediente de cese del acogimiento familiar que tramite la Entidad Pública [art. 173.4 b) del Código Civil].

Ahora bien, el acogimiento familiar supone la guarda del menor y, el ejercicio del contenido personal de la patria potestad o en su caso de la tutela, por lo que se impone a los acogedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En esta línea, el artículo 20 bis.1 g) de la LOPJM establece como derecho de los acogedores familiares «ejercer todos los derechos inherentes a la guarda»; y el 20 bis. 2 l) de la LOPJM dispone como deberes de los acogedores «las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad». En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (art. 173.1 del Código Civil). Esta referencia a los menores con discapacidad supone una novedad con respecto a la regulación anterior del citado precepto. Por otra parte, el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia; y así entre los derechos del menor acogido en los supuestos de acogimiento.

miento familiar, el artículo 21 bis a) de la LOPJM se refiere a dicha participación en la vida familiar del acogedor.

Hay dos tipos de acogimiento familiar en relación con las características de la familia acogedora y de la vinculación del menor con la familia acogedora. Así podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, resultando preferente el primero (art. 20.2 de la LOPJM que en la valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento tiene en cuenta la relación previa entre el menor acogido y los acogedores, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas pertenecientes a su familia extensa). En cualquier caso, en el documento anexo que acompaña a la resolución administrativa de constitución del acogimiento deberá constar la modalidad de acogimiento elegida —en familia extensa o ajena— (art. 20.3 c) LOPJM).

Por otra parte, el acogimiento en familia ajena podrá ser especializado, entendiendo por tal: «el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral» (art. 20.1 apartado 1 de la LOPJM)⁵⁴.

El acogimiento especializado podrá ser, a su vez, profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública (arts. 173 bis.1 del Código Civil y 20.1 apartado 2 de la LOPJM).

También el acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos:

- a) *Acogimiento familiar de urgencia*: principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda⁵⁵.
- b) *Acogimiento familiar temporal*: que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva —plazo de tiempo que coincide con el de la guarda administrativa asumida a solicitud de los padres o tutores (art. 172 bis del Código Civil)—; o con el cese de la suspensión y revocación de la declaración de desamparo (art. 172.2 del Código Civil)⁵⁶.
- c) *Acogimiento familiar permanente*: que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen⁵⁷. Si bien, la Entidad Pública, si lo considera procedente, podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que, faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (art. 173 bis.2 del Código Civil), con lo que se amplía el contenido del ejercicio del acogimiento no solo al ámbito personal, sino también a un ámbito patrimonial —administración

de bienes— y de representación del menor⁵⁸. De todas formas, pese al carácter permanente del acogimiento, nada impide que, se pueda establecer un régimen de visitas a favor de los padres y otros parientes.

En cualquier caso, se hará constar en el documento anexo a la resolución administrativa de acogimiento familiar la duración prevista para el mismo (art. 20.3 c) de la LOPJM).

Asimismo, se redefinen las medidas de acogimiento familiar en función de su duración. De forma que, 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. Así, el artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines de adopción que, recuerda al acogimiento preadoptivo y permite que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, puede iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia. Esto podrá tener lugar mediante la correspondiente delegación de guarda de la Entidad Pública. Así el citado artículo 176 bis dispone: «*1. La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.*

Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

2. Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva a que se refiere el apartado anterior, excepto en los casos previstos en el artículo 178.4.

3. La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. No obstante, cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año.

*En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor*⁵⁹.

Aunque, se le nombre como un supuesto de acogimiento, lo cierto es que, todavía no han cesado aún los vínculos jurídicos de los menores con su familia de origen y a estos guardadores con fines de adopción, se les otorgan los mismos derechos y obligaciones que a los acogedores familiares⁶⁰.

Por otra parte, se regula por primera vez el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes. Lo cierto es que, la trascendente función desempeñada por las familias de acogida hace muy conveniente que una dis-

posición general perfil su estatus y así se ha destacado en la Recomendación número 51 de la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. Así los acogedores tendrán derecho a: a) Recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como preparación previa, seguimiento y apoyo técnico especializado durante y al término del mismo. En el caso de menores con discapacidad, los acogedores tendrán derecho a orientación, acompañamiento y apoyo adaptados a la discapacidad del menor; b) Ser oídos por la Entidad Pública antes de que esta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen; c) Ser informados del plan individual de protección así como de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento que se adopten respecto al menor acogido, de las revisiones periódicas y a obtener información del expediente de protección del menor que les resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, a excepción de aquellas cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de terceros y a la protección de datos de carácter personal; d) Ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada; e) Cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento establecidos para el acogimiento; f) Disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor que acogen; g) Ejercer todos los derechos inherentes a la guarda; h) Ser respetados por el menor acogido; i) Recabar el auxilio de la Entidad Pública en el ejercicio de sus funciones; j) Realizar viajes con el menor siempre que se informe a la Entidad Pública y no exista oposición de esta; k) Percibir una compensación económica y otro tipo de ayuda que se hubiera estipulado, en su caso; l) Facilitar al menor acogido las mismas condiciones que a los hijos biológicos o adoptados, a fin de hacer uso de derechos u obligaciones familiares durante el tiempo que el menor conviva con ellos; m) Relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años; n) Ser protegidos sus datos personales respecto de la familia de origen, de acuerdo con la legislación vigente; ñ) Formular formalmente quejas o sugerencias ante la Entidad Pública que deberán ser tramitadas en un plazo inferior a los 30 días y, en caso de solicitar audiencia, ser escuchado con anterioridad a dicho plazo; y, o) La familia acogedora tendrá los mismos derechos que la Administración reconoce al resto de unidades familiares (art. 20 bis.1 de la LOPJM). Y tendrán los siguientes deberes: a) Velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar prestando los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades; b) Oír al menor siempre antes de tomar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, sin exclusión alguna por discapacidad, y a transmitir a la Entidad Pública las peticiones que este pueda realizar dentro de su madurez; c) Asegurar la plena participación del menor en la vida de familia; d) Informar a la Entidad Pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor; e) Respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el

marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso; f) Colaborar activamente con las Entidades Públicas en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y seguimiento de la medida, observando las indicaciones y orientaciones de la misma; g) Respetar la confidencialidad de los datos relativos a los antecedentes personales y familiares del menor; h) Comunicar a la Entidad Pública cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tomaron en consideración como base para el acogimiento; i) Garantizar el derecho a la intimidad y a la identidad de los menores acogidos y el respeto a su propia imagen, así como velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales; j) Participar en las acciones formativas que se propongan; k) Colaborar en el tránsito de la medida de protección del menor a la reintegración a su entorno de origen, la adopción, u otra modalidad de acogimiento, o al entorno que se establezca tras la adopción de una medida de protección más estable; y, l) Los acogedores familiares tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad (art. 20 bis.2 de la LOPJM).

También se incluyen los derechos de los menores acogidos en el artículo 21 bis de la LOPJM entre otros: a) Ser oído en los términos del artículo 9 y, en su caso, ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo de acuerdo con la normativa aplicable, y en función de su edad y madurez. Para ello tiene derecho a ser informado y notificado de todas las resoluciones de formalización y cese del acogimiento; b) Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo; c) Dirigirse directamente a la Entidad Pública y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento; d) Relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública; e) Conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas; f) Recibir con la suficiente anticipación la información, los servicios y los apoyos generales que sean necesarios para hacer efectivos los derechos de los menores con discapacidad; g) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones o quejas que considere, sobre las circunstancias de su acogimiento; h) Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico por parte de la Entidad Pública, para superar trastornos psicosociales de origen, medida esta aplicable tanto en acogimiento residencial, como en acogimiento familiar; i) Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario; y, j) Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad.

En los supuestos de acogimiento familiar, tiene, además, los siguientes derechos: a) Participar plenamente en la vida familiar del acogedor; b) Mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y siempre que lo consintieren el menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, la familia de acogida y la de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente; y, c) Solicitar información o pedir, por sí mismo si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar. Y, asimismo, en los supuestos de acogimiento residencial, tiene, además, los siguientes derechos: a) Respeto a la privacidad y a conservar sus pertenencias personales siempre que no sean inadecuadas para el contexto educativo; b) Participar en la elaboración de la programación de actividades del centro y en el desarrollo de las mismas; y, c) Ser escuchado en caso de queja y ser informado de todos los sistemas de

atención y reclamación que tienen a su alcance, incluido el derecho de audiencia en la Entidad Pública.

En todo caso, corresponde a la Entidad Pública determinar quiénes pueden ser acogedores, para ello llevará a cabo una previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esa valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. Asimismo, cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que perteneciendo a su familia extensa, reúnan las condiciones adecuadas para el acogimiento (art. 20.2 de la LOPJM). Por otra parte, en esa valoración se ha de tener en cuenta que, no podrán ser acogedores los que no pueden ser tutores de acuerdo con lo previsto en la Ley (art. 172 ter.1 apartado 2 del Código Civil).

Ahora bien, en este contexto, si durante el desarrollo del acogimiento surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar, aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda (art. 173.3 del Código Civil). Ha de tratarse de problemas graves de convivencia. Supone la remoción de los acogedores nombrados a tal fin, no del acogimiento familiar constituido como tal medida, por lo que será necesario que sea nombrado un nuevo acogedor y que este preste su consentimiento que, habrá de constar en un nuevo documento anexo⁶¹.

Finalmente, el acogimiento familiar cesará: a) Por resolución judicial; b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores —se entiende no privados de la patria potestad—, tutores —no removidos del cargo—, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor; c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor; y, d) Por la mayoría de edad del menor⁶². No se hace referencia al fallecimiento del menor, como sí se hace en algunas legislaciones forales, aunque se entiende que, también cesa el acogimiento por tal circunstancia. El artículo 21 bis.2 b) de la LOPJM establece como derecho de los menores en los supuestos de acogimiento familiar «el mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y siempre que lo consintiere el menor si tuviera suficiente madurez y en todo caso, si fuera mayor de doce, la familia de acogida y la de origen o, en su caso, la familia adoptiva o del acogimiento permanente». En todo caso, todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva, como ocurre con la mayoría de las medidas de protección de menores que se adopten, correspondiendo a las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan de las actuaciones en relación con el menor (art. 13.3 de la LOPJM). No obstante el deber de reserva, cabe anotar el acogimiento familiar en el Registro Civil (art. 40.3.9 de la LRC).

2. ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

Se establece, en interés del menor, la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial. No obstante, se introduce una regulación flexible a este último acogimiento para dar cobertura a aquellos supuestos en los que, por motivos debidamente injustificados, el ingreso en un centro de protección sea la única medida que se disponga, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor. Este acogimiento se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores (art. 172 ter.1 del Código Civil). Por otra parte, en lo relativo a los servicios de acogimiento residencial (denominados hasta ahora «servicios especializados» y ahora «acogimiento residencial» para utilizar una terminología equivalente al «acogimiento familiar») se establece con carácter general sus características básicas, su necesario ajuste a criterios de calidad y el carácter preferente de las soluciones familiares. Asimismo, todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de protección deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública.

De forma que, con respecto a los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta Ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las siguientes obligaciones básicas: a) Asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana y garantizarán los derechos de los menores adaptando su proyecto general a las características personales de cada menor, mediante un proyecto socio-educativo individual, que persiga el bienestar del menor, su desarrollo físico, psicológico, social y educativo en el marco del plan individualizado de protección que defina la Entidad Pública; b) Contarán con el plan individual de protección de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución, en el cual se preverá la preparación del menor, tanto a la llegada como a la salida del centro; c) Adoptarán todas sus decisiones en relación con el acogimiento residencial de los menores en interés de los mismos; d) Fomentarán la convivencia y la relación entre hermanos siempre que ello redunde en interés de los menores y procurarán la estabilidad residencial de los menores, así como que el acogimiento tenga lugar preferentemente en un centro ubicado en la provincia de origen del menor; e) Promoverán la relación y colaboración familiar, programándose, al efecto, los recursos necesarios para posibilitar el retorno a su familia de origen, si se considera que ese es el interés del menor; f) Potenciarán la educación integral e inclusiva de los menores, con especial consideración a las necesidades de los menores con discapacidad, y velarán por su preparación para la vida plena, de manera especial su escolarización y formación. En el caso de los menores de diecisés a dieciocho años uno de los objetivos prioritarios será la preparación para la vida independiente, la orientación e inserción laboral; g) Poseerán una normativa interna de funcionamiento y convivencia que responda a las necesidades educativas y de protección, y tendrán recogido un procedimiento de formulación de quejas y reclamaciones; h) Administrarán los medicamentos que, en su caso, precisen los menores bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria. A estos efectos se llevará un registro con la historia médica de cada uno de los menores; i) Revisarán periódicamente el plan individual de protección con el objeto de valorar la adecuación del recurso residencial a las circunstancias personales del menor; j) Potenciarán las salidas

de los menores en fines de semana y periodos vacacionales con sus familias de origen o, cuando ello no fuese posible o procedente, con familias alternativas; k) Promoverán la integración normalizada de los menores en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas que transcurran en el entorno comunitario en el que se encuentran; l) Establecerán los necesarios mecanismos de coordinación con los servicios sociales especializados para el seguimiento y ajuste de las medidas de protección; m) Velarán por la preparación para la vida independiente, promoviendo la participación en las decisiones que le afecten, incluida la propia gestión del centro, la autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades; y, n) Establecerán medidas educativas y de supervisión que garanticen la protección de los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales (art. 21.1 de la LOPJM).

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

Asimismo, la Entidad Pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial e inscribirá en el registro correspondiente a las entidades de acuerdo con sus disposiciones, prestando especial atención a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos; y, promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares —hogar funcional—⁶³.

Como hemos también indicado, con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años. No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses (art. 21.3 de la LOPJM).

A los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como la inspección sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial, analizando, entre otros, los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno.

En todo caso, la Administración Pública podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que no podrán atentar, en ningún caso, contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en

cuenta las circunstancias personales de estos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.

De aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal (art. 21.7 de la LOPJM).

Se recoge la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial. Así en el artículo 172 ter.1 del Código Civil se establece que «se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial». La medida del acogimiento residencial tiene carácter subsidiario respecto a la del acogimiento familiar. También se prevé como medida provisional y urgente, mientras se dispone de otra medida más adecuada⁶⁴.

El acogimiento familiar, recordemos, se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública; mientras que, el acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.

La resolución de la Entidad Pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda, se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal (art. 172 ter.1 apartado 3 del Código Civil).

Ahora bien, se regula la posibilidad de acordar por la Entidad Pública estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con la familia, de origen o alternativas, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento, en la línea con la Recomendación número 71 de la Comisión Especial para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines del Senado⁶⁵. Así el artículo 172 ter.3 del Código Civil establece que: «*la entidad pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto solo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.*

*La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa*⁶⁶.

Para LÓPEZ AZCONA la referencia a esas otras familias entiende que, han de ser ajenas y, además considera que, esta previsión «ha de ser acogida muy favorablemente, en particular, respecto de los menores en acogimiento residencial, en cuanto facilita el contacto del menor con un entorno familiar ajeno al centro al que esté acogido». Más dudas le plantea a la autora «articular esta delegación temporal de la guarda en el caso de menores en acogimiento familiar, pues, ello supone involucrar a tres familias distintas (la de origen, la de acogida y la de delegación temporal), lo que *a priori* puede resultar desestabilizador para el menor acogido y, por ende, no ser beneficioso para su interés, salvo que se configure para períodos temporales breves como puede ser unas vacaciones»⁶⁷.

A tal efecto, también se modifica el artículo 161 del Código Civil al preverse que en caso de menor acogido, la Entidad Pública que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores y asimismo, a los abuelos, hermanos y demás parientes y allegados, pudiendo acordar, en su caso, de forma motivada y en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. Para ello, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos perjudiciales o nocivos que tales visitas, y comunicaciones puede tener sobre el menor. No obstante, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a tales resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo cierto es que, se busca 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 confie a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

Finalmente, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores la Entidad Pública puede fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidados y atención del menor (art. 172 ter.4 del Código Civil).

En este contexto, las altas funciones que se encomienda al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, determina a tal fin que, la Entidad Pública dará noticia a tal órgano de forma inmediata, de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

También el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias (art. 174.2 del Código Civil).

Por otra parte, para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

A todos los efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor.

Por otra parte, el artículo 22 bis de la LOPJM recoge la obligación de la Administración de preparar para la vida independiente a los jóvenes ex tutelados, cuestión de gran importancia social y de los que se constata buenas prácticas por parte de las Entidades Públicas y del Tercer Sector de acción social en España. Así establece el citado precepto: «*Las Entidades Públicas ofrecerán programas de preparación para la vida independiente dirigidos a los jóvenes que estén bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de su mayoría de edad, una vez cumplida esta, siempre que lo necesiten, con el compromiso de participación acti-*

va y aprovechamiento por parte de los mismos. Los programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas»⁶⁸.

En este contexto, se establece la creación de un sistema de información estatal sobre protección de menores a realizar por las Entidades Públicas y la Administración General del Estado que, permitirá el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia en España, no solo a los efectos estadísticos, sino también de seguimiento concreto de las medidas de protección adoptadas respecto de cada menor, así como de las personas que, se ofrece para el acogimiento o la adopción (art. 22 ter de la LOPJM). Ello en la línea de uniformar, coordinar y mejorar los sistemas de protección a la infancia tanto estatal como autonómico.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). 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. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*, octubre, 1 a 14 (versión digital).
- DE LA IGLESIAS MONJE, M.^a I. (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los más vulnerables en base a su supremo interés, *LA LEY*, núm. 8590, sección documento on line, 24 de julio, Ref. D-301, 1 a 5 (versión digital).
- DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentarios a los artículos 172 a 174 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 495 a 646.
- LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXX, número 2185, ener, 3 a 89.
- MAYOR DEL HOYO M.^a V. (2016). Comentario a los artículos 173, 173 bis y 174 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 888 a 915.
- (2017). Acogimiento. En: M.^a. Victoria Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- MUÑOZ GARCÍA, C. (2014). Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme, *LA LEY*, núm. 8342, sección Tribuna, 27 de junio de 2014, 1 a 6 (versión digital).
- PÉREZ ALVAREZ, M.Á. (2016). Comentario a los artículos 172, 172 bis y 172 ter del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 871 a 888.
- (2017). La intervención de la administración en la protección del menor. En: M.^a. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). 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, número 4 (octubre-diciembre), 107-153.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Novedades más significativas en el Código Civil en materia de protección de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, 145 a 148.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 31 de julio de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016.
- STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 26 de julio de 2013.
- AAP Málaga, secc. 5.^a, 5 de abril de 2000.
- AAP Cádiz, secc. 3.^a, 24 de julio de 2000.
- AAP Cantabria, secc. 2.^a, 22 de marzo de 2012
- SAP Almería, secc. 2.^a, 8 de septiembre de 2009.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, 22 de noviembre de 2011.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, 30 de julio de 2014.
- SAP Castellón, secc. 2.^a, 27 de febrero de 2015
- SAP Guipúzcoa, secc. 2.^a, 27 de noviembre de 2015.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 18 de mayo de 2016.
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 2 de junio de 2016.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 13 de junio de 2016.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 12 de julio de 2016.
- SAP La Rioja, secc. 1.^a, 14 de septiembre de 2016.
- SAP Toledo, secc. 2.^a, 23 de septiembre de 2016.

NOTAS

¹ *Vid.*, el artículo 41.1 a) de la Ley 3/2011 de Galicia establece que «1. La Xunta de Galicia, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en materia de infancia y adolescencia: a) A través del organismo competente en materia de servicios sociales, llevará a cabo: 1. La protección y asistencia de las y los menores que se encuentren en situación de posible desprotección o desamparo; 2. La tutela de las personas menores desamparadas y el ejercicio de las funciones de protección de ellas según la legislación vigente».

² LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXX, número 2185, enero, 7 y 9 para quien un marco jurídico uniforme en materia de protección de menores en todo el Estado español es muy necesario; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). 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, número 4 (octubre-diciembre), 109-110.

³ UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 15, 145; ÁLVAREZ OLLALLA, M.P. (2014). Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de protección de la infancia, *Aranzadi Civil-Mercantil*, número 4, julio, 3 (versión digital); LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.*, 7.

⁴ *Vid.*, la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención de los menores de la Junta de Extremadura; Ley 1/1995, de 27 de enero de Protección del Menor del Principado de Asturias; Ley 3/1995, de 21 de marzo de la infancia de la Región de Murcia; Ley 1/1997, de 7 de febrero de Atención Integral a los Menores de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la atención al menor de la Junta de Andalucía; Ley 37/1999, de 31 de marzo del Menor de Castilla-La Mancha; Ley 12/2001, de 2 de julio de la infancia y la adolescencia en Aragón —modificada parcialmente por la Ley 5/2016, de 2 de junio de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, y 11/2005, de 2 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón—; Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la infancia en Castilla y León; Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana; Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia, asimismo, artículos 12 a 25 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia; y, la Ley Foral 19/2015, de 10 de abril de derogación de la Ley Foral 3/2014, de 14 de marzo de modificación de la Ley Foral 13/2013, de 20 de marzo de modificación de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; y, artículos 228-1 a 228-9 del Código Civil catalán.

⁵ En este línea, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.*, 8 y 9 quien señala al respecto que, a partir de esta nueva legislación estatal las Comunidades Autónomas forales —no todas—, bien podrán al amparo de la competencia civil atribuida por el artículo 149.1.8 CE «dotarse *ad futurum* de su propio régimen jurídico de protección de menores en aquellas materias no reservadas a Ley Orgánica». Por lo que, añade que, «esta nueva normativa autonómica de aprobarse, necesariamente deberá ser acorde con las previsiones de sus respectivas leyes civiles pero, sin duda, será deseable y aconsejable que se tome como referencias las pautas fijadas por la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015— en aquellas materia no orgánicas, que serán las únicas que puedan regular—».

⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.*, 9 y 10 defiende la aplicación preferente de la normativa autonómica, en atención al principio de competencia que rigen las relaciones entre el Derecho civil estatal y los Derechos civiles forales o especiales.

Por su parte, en el Informe de la Comisión especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines del Senado de 16 de noviembre de 2010 (BOCG, Senado, serie I, número 545, 17 de noviembre de 2010, 44) dispone al respecto que «el modelo de gestión de protección del menor responde a un modelo complejo de participación de todas las administraciones —estatal, autonómicas y, en algunos caso, incluso locales—, que plantea problemas de homogeneidad en su aplicación práctica. El sistema ha mejorado mucho en los últimos 20 años, pero el desarrollo legislativo en las CCAA ha sido desigual,

con normas que se superponen o entrecruzan, produciendo una merma en la seguridad jurídica e implicando dificultades para determinar la aplicación más idónea para salvaguardar el interés del menor».

⁷ En esta línea, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.*, 12.

⁸ *Vid.*, artículos 46.2 a) y c) y 48.1 de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 15.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 14.1 de la Ley 1/1997 de Canarias; artículos 7.1, 45 y 46 de la Ley 12/2001 de Aragón; artículos 56 y 58 de la Ley 17/2006 de las Illes Balears; artículo 83 de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana; artículo 11.1 de la Ley 3/1995 de Murcia; artículo 32.1 y 2 de la Ley 1/2006 de La Rioja; artículos 17 y 19.1 a) de la Ley 1/1998 de la Junta de Andalucía; y, artículos 4 d) y 43 de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

⁹ *Vid.*, artículos 47 c) y 65 de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 18.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 16.1 de la Ley 1/1997 de Canarias; artículo 58.1 b) y f) y 76.1 b), c) d) y e) de la Ley 17/2006 de las Illes Balears, artículos 86.1 y 94.1 a) y 94.2 de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana; artículo 12.1 de la Ley 3/1995 de Murcia; artículo 42.3 de la Ley 1/2006 de La Rioja; y, artículos 44 b) y 77.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

¹⁰ En esta línea, *vid.*, artículo 47.2 de la Ley 12/2001 de Aragón que establece que las medidas se revisarán cuando las circunstancias del menor lo aconsejen y en todo caso, cada tres meses.

¹¹ *Vid.*, artículo 56 de la Ley 3/2011 de Galicia; y, artículo 36 de la Ley 1/2006 de La Rioja.

¹² *Vid.*, artículo 38 a) de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 6.2 b) de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 4 a) de la Ley 17/2006 de las Illes Balears; artículos 3.3 a) y 4 de la Ley 12/2001 de Aragón; artículo 4.2 a) de la Ley 1/1997 de Canarias; y, artículo 3 a) de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana.

¹³ *Vid.*, artículo 38 c) de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 6.2 f) de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 4.2 e) de la Ley 1/1997 de Canarias; artículo 3.3 d) de la Ley 12/2001 de Aragón; artículo 54 de la Ley 17/2006 de las Illes Balears; y, artículo 3 d) de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana.

¹⁴ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2015 (*RJ* 2016/117); los Autos de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^a, 5 de abril de 2000 (*JUR* 2000, 263805); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.^a, 24 de julio de 2000 (*JUR* 2001, 3382); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, 22 de marzo de 2012 (*JUR* 2013, 22101); las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.^a, 8 de septiembre de 2009 (*AC* 2010, 1662); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, 13 de junio de 2016 (*AC* 2016, 1362).

¹⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 6271); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 3.^a, 27 de septiembre de 2001 (*JUR* 2002, 4210).

¹⁶ *Vid.*, artículo 42 n) de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 11 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículos 13 y 48.2 d) de la Ley 12/2001 de Aragón; y, artículo 20 de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana.

¹⁷ *Vid.*, artículo 42 m) y ñ) de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 10 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 48.2 a) de la Ley 12/2001 de Aragón; y, artículos 14 y 20 de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana.

¹⁸ DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *La modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 502 y 503.

¹⁹ PÉREZ ALVAREZ, M.A. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 877 quien precisa que, es una medida de protección derivada de una situación de suma urgencia y de carácter transitorio.

²⁰ Para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 510 con esta definición de la situación de riesgo se introduce un desamparo de menor in-

tensidad o de un desamparo atenuado. Y añade que, con las actuaciones en caso de riesgo no existe desatención del menor, pero sí un peligro cierto que puede llegar a producirse. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.^a, 15 de junio de 2004 (*AC* 2004, 990); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 14.^a, 15 de noviembre de 2012 (*AC* 2013, 134).

²¹ El artículo 42 de la Ley 3/2011 de Galicia señala enumerar situaciones de riesgo en la línea de la legislación estatal; por su parte, el artículo 41 de la Ley 1/1997 de Canarias considera que «el menor se encuentra en situación de riesgo cuando a causa de sus circunstancias personales, familiares o por influencias de su entorno, se está perjudicando su desarrollo personal o social, sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar la declaración de desamparo y la separación del menor de su familia»; el artículo 56 de la Ley 12/2001 de Aragón entiende por situaciones de riesgo «aquellas en las que, por circunstancias personales o socio familiares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requiere su separación del medio familiar»; y, el artículo 60 de la Ley 17/2006 de las Illes Balears define la situación de riesgo como «aquella en la que a causa de circunstancias personales o familiares o por influencia de su entorno, la persona menor de edad se ve perjudicada en su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentaría la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, sea precisa la intervención de las administraciones competentes para eliminar, reducir o compensar las dificultades y evitar el desamparo». A tal fin en su apartado segundo enumera las situaciones de riesgo.

²² Al efecto en la Recomendación número 24, página 51 se disponía que «se ha de establecer como situación de desamparo la que sufre el menor recién nacido (siempre que no existan familiares que pudieran hacerse cargo adecuadamente del mismo), si una vez nacido se constata que padece alguna lesión o enfermedad como consecuencia directa del comportamiento de la madre durante la gestación, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que hubiera podido incurrir. En todo caso, garantizar que la Administración adoptará las medidas de protección necesarias para preservar la seguridad del menor, hasta tanto se determine la posibilidad de protección por parte de la familia biológica. Además, ante la necesidad de actuar con celeridad, imponer también protocolos de actuación para el seguimiento preventivo cuando se detecten o se tenga noticia de situaciones de maltrato prenatal, para garantizar que el recién nacido quedará debidamente asistido cuando se llegue a verificar el nacimiento».

Por su parte, para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 512 debe valorarse positivamente esta forma de operar por parte del legislador en este caso, pues «aun cuando la protección del derecho a la vida y a la integridad del menor imponga una actuación administrativa rápida y eficaz, no deben obviarse los perjuicios irremediables que una intervención no mediata o precipitada puede ocasionar al mismo menor y a su familiar de origen. Ello obliga, en tales casos, a extremar la prudencia». De otra parte, añade que «conviene tener presente que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica ni está aún sujeto a potestad alguna, por lo que malamente puede esta haberse incumplido o ejercido inadecuadamente. Además, todavía estrictamente no está privado de la necesaria asistencia moral y/o material si no ha nacido».

²³ El artículo 32.4 de la Ley 1/2006 de La Rioja en relación con las políticas de prevención de situaciones de riesgo de desprotección social, establece que «4. La Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo»; y, el artículo 52.2 de la Ley 3/2005 del País Vasco en relación con las actuaciones en situaciones de riesgo, dispone que «2. Cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo».

²⁴ DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 511.

²⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 26 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 8304); las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, 4 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 238754); de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.^a, 10 de junio de 2005 (*AC* 2005, 2233); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 19 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 337901); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 1 de septiembre de 2010 (*AC* 2010, 1986); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, 1 de octubre de 2013 (*JUR* 2013, 374401).

²⁶ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.^a, 7 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 199863); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 30 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 245669); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, 27 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124166); y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, 14 de septiembre de 2016 (*AC* 2016, 2390).

²⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.^a, 18 de diciembre de 2015 (*AC* 2016, 142).

²⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, 27 de noviembre de 2015 (*AC* 2015, 700).

²⁹ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, 4 de julio de 2002 (*AC* 2003, 442) padecimiento por la madre de una patología psiquiátrica crónica y de mal pronóstico; abandono por la madre de los tratamientos médicos prescritos; y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, 18 de enero de 2007 (*AC* 2007, 308) incapacidad psíquica y social de la madre y para el cuidado de los menores. Carencia de trabajo estable, sin tener unos adecuados hábitos de higiene, situación de retraso a todos los niveles de los niños, falta de higiene, de atención emocional, situación de marginalidad, absentismo escolar y cambios constantes de domicilios; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 15 de abril de 2008 (*AC* 2008, 1371) padres con trastornos psíquicos, siendo crónico el que presenta la madre que, en situaciones de crisis es incapaz de cuidar de sí misma; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 22 de noviembre de 2011 (*AC* 2011, 1625) consumo de sustancias tóxicas por los padres; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 18 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 1120) trastorno mental grave de la madre, e imposibilidad de hacerse cargo del menor, bien de forma personal, bien a través de su familia extensa; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 2 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 224423) familia multiproblemática con disfuncionalidad crónica y múltiples crisis de parejas. Padres consumidores de alcohol y sustancias ilegales. Exposición de los menores a situaciones de violencia y negligencia en las atenciones básicas; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, 12 de julio de 2016 (*AC* 2016, 1382) madre sujeta a curatela con un importante grado de discapacidad física y psíquica; y falta de involucración del padres en el cuidado y atención del hijo; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 23 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 238649) enfermedad psiquiátrica de la madre y problemas psíquicos del padre; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.^a, 29 de septiembre de 2016 (*AC* 2016, 2258) incapacidad de la madre de poder atender a los menores derivada de una frágil estructura de la personalidad, de una distorsión de la realidad, así como un funcionamiento infantil del padre.

³⁰ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, secc. 1.^a, 25 de julio de 2013 (*RJ* 2014, 142); y, el Auto de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, 30 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 138273).

³¹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.^a, 7 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 138407) déficit educativo, desmotivación, rebeldía, irritabilidad, y mal aspecto físico e higiénico de la menor, con escaso control materno que, manifiesta desapego hacia la niña e incompatibilidad laboral para su adecuada atención.

³² *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 23 de noviembre de 1999 (*AC* 1999, 8672) menor privado de la necesaria asistencia y protección. Permanece en la calle, sucio y sin escolarizar y consume alcohol y tabaco sin el consentimiento de sus padres; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, 22 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 217249) falta de responsabilidad de manos padres para un adecuado cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Familia desestructurada, ingresos económicos deficitarios y posible enfermedad mental de la madre; de la Audiencia Provincial de Murcia,

secc. 1.^a, 25 de abril de 2006 (*AC* 2006, 906) menores no debidamente atendidos por sus padres; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, 22 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 904) incapacidad de la madre para dotar al menor de sus necesidades más básicas. Antecedentes de desprotección de sus otros cuatro hijos. No ha superado la situación de cronicidad de la desestructuración familiar, inestabilidad emocional, personal, familiar y económica.

³³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 6001); los Autos de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.^a, 30 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 115823); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 13 de diciembre de 2001 (*AC* 2002, 378); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, 17 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 269112); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^a, 17 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 173760); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, 7 de junio de 2004 (*AC* 2004, 2236); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 10 de febrero de 2009 (*AC* 2009, 470) madre con vida desordenada y sin domicilio ni trabajo estable. Situación de conflicto continuado con el padre de la menor, manifestando hostilidad incluso en presencia del hijo. Padre inidóneo para el cuidado y educación de la menor; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, 21 de diciembre de 2015 (*AC* 2016, 1078); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 22 de enero de 2016 (*AC* 2016, 861); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 24 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 1622), y de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 14 de noviembre de 2016 (*AC* 2016, 1826).

³⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 1.^a, 22 de diciembre de 2004 (*JUR* 2006, 332772); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 15 de octubre de 2013 (*AC* 2013, 1957); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 15 de junio de 2015 (*AC* 2015, 1332).

³⁵ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.^a, 28 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 132338).

³⁶ Para PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 877 señala que, «en orden al concepto legal de desamparo y a los efectos que conlleva permite afirmar que la tutela *ex artículo 172.1* del Código Civil actúa como una medida administrativa de cobertura por la que se propicia el amparo de un menor cuando, para su protección no han sido suficientes —por falta de ejercicio de las funciones correspondientes o debido a un ejercicio deficiente— las instituciones ordinarias —patria potestad, tutela ordinaria o guarda de hecho— prevista por el Código Civil, ocasionando la desprotección moral o material del menor».

³⁷ Al respecto el artículo 239.3 del Código Civil también modificado por la Ley 26/2015 reitera la legitimación para el ejercicio de las acciones de privación de la patria potestad, la remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, al Ministerio Fiscal y a la Entidad Pública y añade a los llamados al ejercicio de la tutela; y el artículo 303 del Código Civil —igualmente modificado por la Ley 26/2015— el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

³⁸ El artículo 36.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias se refiere a la obligación de realizar inventario. A tal fin dispone que: «1. Al tiempo de asumir la tutela por ministerio de la ley de un menor en situación de desamparo, la Administración del Principado de Asturias efectuará inventario de los bienes y derechos conocidos del mismo, y adoptará las disposiciones necesarias para su conservación y administración en los términos prevendidos por las leyes civiles»; el artículo 52.3 de la Ley 1/2006 La Rioja, asimismo, establece que «dentro del plazo de sesenta días siguientes a la declaración de la situación de desamparo, la Consejería competente en materia de protección de menores efectuará inventario de los bienes del tutelado y adoptará las disposiciones necesarias para su conservación y administración en los términos establecidos en la legislación civil. El inventario y las disposiciones adoptadas será comunicadas al Ministerio Fiscal»; y, el artículo 82.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León establece que: «1. Los órganos de la Comunidad de Castilla y León competentes en materia de protección de menores llevarán a cabo las actuaciones oportunas previstas en la legislación vigente en relación con el inventario de los bienes y derechos del menor y con la adopción de las disposiciones pertinentes para su conservación y administración».

³⁹ Los artículos 779 y 780 de la LEC regulan la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Ambos preceptos son objeto de modificación por la Ley 26/2015, en la que además de incluir las adaptaciones terminológicas necesarias en coherencia con la LOPJM, se unifica el plazo a dos meses para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, eliminando la diferenciación que se hacían respecto a las declaraciones de desamparo. El antiguo artículo 780 señalaba un plazo de tres meses para oponerse a las resoluciones administrativas que declaren el desamparo a contar desde su notificación, u un plazo de dos meses tratándose de oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de menores —*v.gr.*, las que decidan el tipo de acogimiento a través del que habrá de ejercitarse la guarda del menor—.

⁴⁰ DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 543 señala que, además de los progenitores y tutores los guardadores —que tuvieran la guarda del menor antes de la declaración de desamparo— y otros interesados como los miembros de la familia extensa del menor están legitimados para instar, durante el plazo de dos años, la revocación de la resolución administrativa de desamparo.

⁴¹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 6001) no se acredita al examinar la impugnación de la declaración de desamparo interpretado al amparo del artículo 172 del Código Civil que, ese interés sea distinto en razón al cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración de desamparo.

⁴² Como así constatamos, BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). 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. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, octubre*, 6 (versión digital).

⁴³ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 74581) señala al respecto que «(...) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, no con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para re establecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantengan la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes del tipo psíquico». En esta línea, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2562); 28 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4217); 10 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 838); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 14 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 126497); y, de 5 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 950).

⁴⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 2015 (*RJ* 2016, 117) consideración de los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores y las circunstancias que rodean la relación; y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1132) desarrollo de vínculos afectivos con la familia de acogida; y el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 30 de abril de 2001 (*JUR* 2001, 234165) integración del menor en su nueva familia hasta el punto de identificar a la familia de acogimiento con sus verdaderos padres.

⁴⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 881 además como persona interesada considera al menor y a la familia extensa que tuviera acogido al menor y como entidad interesada al Director del centro público o privado en que estuviera acogido el menor.

⁴⁶ Modificado por la Ley 26/2015. Por su parte, el artículo 10.5 de la LOPJ, igualmente reformado por la citada Ley, dispone que: «Respecto de los menores tutelados o guardados

por las Entidades Públicas, el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela, o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas.

⁴⁷ *Vid.*, el artículo 32.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 50.1 de la Ley 12/2001 de Aragón; artículo 33 de la Ley 1/2006 de La Rioja; y, el artículo 44.1 y 2 de la Ley 8/2010 de Cantabria.

⁴⁸ *Vid.*, el artículo 7.3 de la Ley 12/2001 de Aragón.

⁴⁹ MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dir.s.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 889-890.

⁵⁰ DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 575 dispone al respecto que, una interpretación conjunta de estas previsiones legislativas permite afirmar que, el acogimiento residencial ha de ser considerado, además de instrumento de protección subsidiario, como una medida temporal no permanente.

⁵¹ En caso de divorcio de los acogedores, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2786) señala al respecto que, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges acogedores no cabe adoptar en la sentencia que recaiga declarando tales situaciones, medidas definitivas respecto de los menores acogidos, sujetos a tutela administrativa del ente público con suspensión de la patria potestad. Será la autoridad pública administrativa, tutora del menor y autorizante del acogimiento, la que de oficio o a instancia de parte, habrá de decidir sobre el cese del acogimiento o su modificación y, en su caso, los términos de este.

⁵² DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 620; MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil, *op. cit.*, 892.

Se opera en la línea de las Conclusiones y Recomendación número 52 de la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, 48 y 53 de potenciar la desjudicialización iniciada por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, regulando la constitución del acogimiento familiar únicamente en vía administrativa, aun cuando no conste el consentimiento de los padres biológicos, que, en caso de desacuerdo, siempre podrán recurrir la resolución administrativa ante el Juez.

Asimismo, en Informe de la Fiscalía General del Estado de 11 de julio de 2014, 33 se destaca que constituye una novedad trascendente la supresión del acogimiento judicialmente constituido y que el acogimiento se formalice en todo caso por resolución de la Entidad Pública, a tal fin señala que, «el principio de celeridad impone efectivamente la administrativización de su constitución, simplificando el procedimiento, sin perjuicio, claro es, del control jurisdiccional de la resolución administrativa de acogimiento si la misma es impugnada por persona legitimada».

⁵³ Como así constatamos, *vid.*, BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). «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», *op. cit.*, 8 (versión digital).

⁵⁴ El artículo 20.3 g) de la LOPJM señala, al respecto que, en el documento anexo a la resolución administrativa del acogimiento familiar deberá constar «la compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores»; y, artículo 20 bis.1 k) LOPJM establece que los acogedores tendrán derecho a «percibir una compensación económica y otro tipo de ayuda que se hubiera estipulado en su caso»;

⁵⁵ MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil, *op. cit.*, 903 señala que, tendrá especial importancia este acogimiento en los supuestos del artículo 172.4 del Código Civil, pero también podrá utilizarse en casos en que la Entidad Pública haya asumido la guarda del menor por haberse constituido bien una tutela administrativa —artículo 172.1 del Código Civil—, bien una guarda administrativa del artículo 172 bis del Código Civil.

⁵⁶ La disposición adicional segunda de la Ley 26/2015 establece que, todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil.

⁵⁷ Para MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil, *op. cit.*, 892 la posibilidad de recurrir directamente a este acogimiento en los casos de guarda administrativa es inexistente porque resulta contraria a la propia esencia de esa institución.

⁵⁸ Recordemos que, el antiguo artículo 173 bis del Código Civil contempla tres modalidades de acogimiento familiar: *simple, preadoptivo y permanente*. Estas son también las modalidades de acogimiento que, se contienen en algunas legislaciones autonómicas, así el artículo 72.1 de la Ley 12/2001 de Aragón; artículo 81 de la Ley 17/2006 de las Illes Balears; artículo 66.3 de la Ley 3/2011 de Galicia; el artículo 116.1 de la Ley 12/2008 de la Comunitat valenciana; artículo 16 de la Ley 4/1994 de Extremadura; el artículo 29.1 de la Ley 1/1998 de Andalucía; el artículo 46.1 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha; y, el artículo 71 de la Ley 3/2005 del País Vasco.

⁵⁹ La disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, se establece que: «*Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deben entenderse hechas a la delegación de la guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del Código Civil*»; y, la disposición adicional sexta de la Ley 26/2015 dispone en relación con la equiparación de regímenes jurídicos en materia de acogimiento que: «*A los efectos de las normas y leyes existentes con anterioridad a la presente ley y de las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas con Código Civil propio o con leyes civiles que lo regulen, se equipara la situación de acogimiento familiar temporal con acogimiento familiar simple, y la situación de guarda con fines de adopción con el acogimiento preadoptivo*».

⁶⁰ MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). Comentario al artículo 173 bis del Código Civil, *op. cit.*, 901.

⁶¹ MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil, *op. cit.*, 896.

⁶² Se suprime la referencia a la cesación del acogimiento por: la decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de estas a la entidad pública.

⁶³ El artículo 67.1 de la Ley 1/1997 de Canarias establece que, tienen la consideración de acogimiento en hogar funcional «el núcleo de convivencia permanente similar al familiar en el que su responsable o responsables residan de modo habitual en el mismo».

⁶⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *op. cit.*, 146.

⁶⁵ La Recomendación número 71, 53 se refería «el establecimiento de nuevas formas de colaboración, con la delegación de la guarda temporal en personas o instituciones para períodos de fines de semana, vacaciones o alivio familiar; siempre que ello redunde en el bienestar del menor y se adopte para su superior interés, lo que habrá de motivarse adecuadamente».

⁶⁶ *Vid.*, el artículo 36.4 de la Ley 1/1998 de Andalucía que establece respecto al acogimiento residencial: «4. La medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y periodo vacacionales».

⁶⁷ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.*, 23-24.

⁶⁸ Asimismo, el artículo 11.4 de la LOPJ establece al respecto que, las Entidades Públicas dispondrán de programas y recursos destinados al apoyo y orientación de quienes, estando en acogimiento, alcancen la mayoría de edad y queden fuera del sistema de protección, con especial atención a los que presenten discapacidad. Tratándose de menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentran tendrán como uno de los objetivos prioritario en caso de menores de dieciséis a dieciocho años, la preparación para la vida independiente, la orientación e inserción laboral (art. 21.1 f) de la LOPJM); y, además como obligación velar por su preparación para la vida independiente, promoviendo la participación en las decisiones que le afecten, incluida la propia gestión del centro, la autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades (art. 21.1 m) de la LOPJM). Igualmente, el artículo 65 de la Ley 1/2006 de La Rioja señala que «cuando cese

la guarda por la mayoría de edad o la emancipación o habilitación de edad de un menor, la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá adoptar medidas de apoyo dirigidas a facilitar la vida independiente e integración socio laboral»; y el artículo 76.5 de la Ley 14/2002 de Castilla y León que, asimismo, dispone que: «5. Se establecerán programas especiales de apoyo y preparación para la vida adulta dirigidos a aquellos adolescentes para los que no sea posible o conveniente el regreso con su familia o la aplicación de otra medida de integración familiar estable».