

El menor de edad desamparado en el Derecho español y francés (referencia al modelo francés tras la reforma por Ley de 5 de marzo de 2007, *portant réforme de la protection de l'enfance. Propuestas de cambio*)

*The abandoned minor in the Spanish and French law (Reference to the French model after the reform by Act of 5 March 2007, *portant réforme de protection de l'Enfance. Proposals for change*)*

por

MARÍA DOLORES CASAS PLANES
Profesora de Derecho Civil. Contratado Doctor
Universidad de Jaén

RESUMEN: El objeto de este trabajo es el estudio y crítica del régimen jurídico de la «tutela automática o *ex lege* de la Administración» como insti-

tución jurídica de protección del menor desamparado en el Derecho español; y su comparativa con el modelo francés de protección, sobre todo a raíz de la promulgación de la Ley de 5 de marzo de 2007 *portant réforme de la protection de l'enfance*.

A tenor del análisis anterior concluyo con unas propuestas de cambio (en orden a respetar el equilibrio entre dos principios de protección constitucional e internacional: que la familia es la primera responsable de la guarda del menor, y complementando a este, que el interés superior del menor exige, a veces, la separación de este de su familia, y su protección especial por el Estado): Por un lado que, ante la falta, aún, de deseables estándares normativos de delimitación de los supuestos de riesgo de los de desamparo, se deberían elaborar instrumentos de escalas para discriminar ambas situaciones, por las graves consecuencias que conlleva su valoración errónea (entre otras, el supuesto problemático de la declaración judicial de nulidad de una declaración administrativa de desamparo por arbitrariedad, en relación causal, en algunas ocasiones, con el daño irreparable a sus padres). Y, por otro, propongo que el legislador español tenga en cuenta las causas culpables o no del incumplimiento de los deberes paterno-filiales en orden a que se adopte por la Administración, o bien la tutela automática, o bien solo la guarda asistencial del menor, respectivamente, tal como lo tienen en cuenta el Derecho italiano y la normativa catalana; al igual que cierta propuesta alternativa inspirada en el Derecho francés.

*ABSTRACT: The object of this work is the study and critique of the juridical regime of the «Automatic guardianship or ex-lege of the Administration» as juridical institution of protection of the minor abandoned in the Spanish Law; and its comparison with the French model of protection, especially as a result of the enactment of the Law of 5 March 2007, *portant réforme de protection de l'enfance*.*

According to the above analysis, I conclude with some proposals for change (in order to respect the balance between two principles, of international and constitutional protection: that the family is the main responsible for the custody of the child, and complementing this that, the best interests of the child requires, at times, the separation from his family, and its special protection by the State): On one hand that, because of the lack, still, of desirable normative standards of delimitation of the suppositions of risk and those of abandonment, some instruments of scales to discriminate both situations should be developed, due to the serious consequences resulting from its erroneous assessment (for instance, the problematic of the judicial declaration of nullity of an administrative declaration of abandonment due to arbitrariness, in causal relationship, in some occasions, to the irreparable damage to parents). And likewise, I propose that the Spanish legislator should bear in mind the guilty reasons or not of the breach of the paternal duties in order to adopt the automatic or ex lege guardianship of the

Administration, or only the custody of the child, as the Italian Law and catalan legislation regulate; as well as some alternative proposal inspired by French law.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad. Deberes paterno-filiales. Desamparo. Riesgo. Guardador de hecho. Suspensión de la patria potestad. Medidas de asistencia educativa. Delegación de la autoridad parental.

KEY WORDS: *Minor. Paternal responsibility. Abandonment. Risk. Guardian of fact. Suspension of parental authority. Measures of educational assistance. Delegation of parental authority.*

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE (TODO) MENOR DESAMPARADO. REFERENCIA A LOS MENAS.—II. IDEA PREVIA: DISTINCIÓN DE SUPUESTOS.—III. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR, Y LA ASUNCIÓN DE LA TUTELA *EX LEGE* POR LA ADMINISTRACIÓN: 1. EL CONCEPTO DE DESAMPARO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS. APUNTE CRÍTICO SOBRE EL CONTENIDO DE LA TUTELA. 2. PROCESO DE DECLARACIÓN DE DESAMPARO: REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE 2007.—IV. APUNTE JURISPRUDENCIAL: 1. IDEAS RECTORAS. 2. EL DESAMPARO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS. ALUSIÓN A LA POSIBLE ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL HIJO FRENTE A LOS PADRES POR DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNO-FILIALES.—V. REFERENCIA AL MODELO FRANCÉS Y AMERICANO DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN DESAMPARO: 1. LA PROTECCIÓN DEL MENOR DESAMPARADO. NOVEDADES DE LA LOI NÚM. 2007-293, DU 5 MARS 2007: A) *En especial*, «les “mesures d’assistance éducative”». B) *La «délégation» y la «retrait» de l’autorité parentale*. 2. APUNTE AL MODELO AMERICANO DE PROTECCIÓN DE MENORES: *THE FOSTERING CONNECTIONS FOR SUCCESS AND INCREASING ADOPTIONS ACT* DE 2008.—VI. PROPUESTAS DE CAMBIO: 1. IMPORTANCIA DE LA «CREACIÓN DE ESCALAS DE DETECCIÓN DE MENORES EN RIESGO». 2. RELEVANCIA DE LAS CAUSAS IMPUTABLES O NO, POR NEGLIGENCIA, A LOS PADRES EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNO-FILIALES: A) *Referencia a otras normativas: Ley italiana de 8 de mayo de 1983, Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, y criterios alternativos de la Ley de 5 de marzo de 2007*. B) *A modo de conclusión: crítica al sistema objetivo del desamparo. La posibilidad de la guarda automática de la Administración y otras soluciones alternativas*.—VII. CONCLUSIONES.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE (TODO) MENOR DESAMPARADO. REFERENCIA A LOS MENAS¹

El sistema vigente de protección jurídica del menor en España radica en la atribución legal a las entidades públicas competentes de la tutela de los menores en desamparo, *ex artículos 12 y 18 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)*, y artículos 172.1 y 222.4 del Código Civil (CC), a la que se vincula, aunque de modo no necesario, el acogimiento en sus distintas modalidades y la adopción. Por este cauce, el desamparo se constituye en la figura central del sistema público de protección de menores y el que lo justifica², extramuros del debate que existe sobre la naturaleza jurídica, pública o privada, de esta institución jurídica y, por ende, del régimen jurídico y garantías que lo regulan³.

En esta materia hay dos premisas pacíficas de las que hay que partir: una de ellas, la que predica que la *familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor*, de su crianza y formación (mandato del art. 39 de la Constitución Española; art. 24.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977; y arts. 5, 9.1 y 18 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 —CDN—); y complementando a esta, que el niño, cuyo superior interés exige que no permanezca en el medio familiar, tendrá *derecho a la protección y asistencia especiales del Estado* (art. 20.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989).

Es más, debe tenerse en cuenta que en nuestro Ordenamiento los poderes públicos tienen encomendado brindar asistencia y protección a todos los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de su origen, nacionalidad o cualquier otra circunstancia (arts. 2.1 CDN; 9.6 CC; y 1 y 3 LOPJM); debiendo, en consecuencia, ser protegidos los menores extranjeros en situación de desamparo o dificultad social, y, en su caso, ser tutelados por las Administraciones competentes, con independencia de que tengan o no su residencia legal.

No obstante, en la práctica, según el Informe SOS Racismo 2012, diferentes países de la Unión Europea realizan retornos de menores inmigrantes indocumentados sin garantías⁴. Y respecto a España matiza que, a pesar de que el nuevo Reglamento español de la Ley de Extranjería 4/2000 (RD 557/2011, de 20 de abril) mejore las garantías jurídicas y procedimentales de la repatriación, resulta criticable que la Administración española continúe poniendo su interés en la repatriación de los menores cuando, según datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado, esta es testimonial, compleja en su ejecución y en muchas ocasiones se frustra por la escasa colaboración de los consulados⁵. Por otra parte, según se denuncia respecto al tema polémico de la determinación

de la edad del menor no documentado (INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, 2011, pág. 170), se sigue otorgando prevalencia al criterio forense frente al documental (existiendo gran inseguridad jurídica ante la ausencia de criterios comunes en las diversas Administraciones), además de la falta de la asistencia letrada en la realización de dichas pruebas, comprometiendo, de tal modo, el derecho del menor de edad a ser oído con todas sus garantías⁶.

Por tanto, y no pudiendo indagar en este tema que desbordaría la temática del trabajo, se puede decir que los menores extranjeros no acompañados dentro de la Unión Europea han tenido un protagonismo creciente, cuya plasmación en el campo de las propuestas normativas se ha traducido en los últimos tiempos en el *Programa de Estocolmo y el Plan de acción sobre los menores no acompañados* (2010-2014) —COM 2010/213 de 6-5-2010— (respetando el interés supremo del menor de estar con su familia y su entorno social y cultural, siempre que el menor tenga un entorno seguro y estable al regresar). Pero por otra parte, muchas de las medidas que contempla este Plan están alejadas de la realidad al ser prácticamente imposible aunar criterios en una materia en la que prevalece la legislación de cada Estado. La Unión Europea parece seguir considerando a los menores como una cuestión de flujos sin atender a la condición de los menores y las garantías y protección jurídica que les viene dada desde la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁷.

Por otra parte, y volviendo a la relación de complementariedad respecto a los principios expuestos, protección de la familia y del menor de edad, un estudio sobre esta temática galardonado como trabajo de estudio e investigación sobre las Administraciones Públicas (DE PALMA DEL TESO, 2006, pág. 18) reconoce que:

«(...) vivimos en una sociedad compleja que evoluciona y se transforma con gran rapidez y nuestras instituciones no siempre brindan respuestas adecuadas para hacer frente a las nuevas realidades. La actuación de las Administraciones Públicas, dirigida a la protección de los menores, es compleja y costosa. Pero es esencial que los poderes públicos garanticen a todos los menores los derechos que nuestro Ordenamiento les reconoce y el pleno desarrollo de su personalidad. Las Administraciones Públicas han de poner un celo especial para que las acciones desarrolladas en este ámbito no se aparten de ningún modo de los principios de legalidad, eficacia y eficiencia, y por supuesto, de los principios que rigen la actuación administrativa en esta materia, comenzando por el principio del interés superior del menor (...)»⁸.

En definitiva, cualquier medida de protección de menores deberá tomarse con suma cautela y respeto a la familia que, recordemos, se encuentra protegida constitucionalmente y supone el límite de los poderes públicos en estas actuaciones.

Sin embargo, nos encontramos con casos en los que la Administración ha ejercitado su potestad de modo arbitrario o con abuso, provocando un daño irreparable en los padres de dicho menor declarado en desamparo. Ante esta situación, se puede decir que el único remedio que nos ofrece el Derecho administrativo, caracterizado por ser portador de un equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías de los particulares, es que los padres ejercenten una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración *ex artículo 139 y sigs. LRJ-PAC 1992*⁹; cuestión a la que se aludirá, pero no será objeto de análisis en el trabajo.

Al hilo de todo lo expuesto, este estudio comienza abordando, en relación con el concepto y las consecuencias jurídicas del desamparo en el Derecho español, ciertos aspectos controvertidos, desde el punto de vista sustantivo, como es el debate acerca de la exclusión del contenido de la tutela administrativa de la función de administrar el patrimonio del menor; así como ciertos aspectos mejorables, desde el punto de vista procesal, del proceso de declaración de desamparo tras la reformas introducidas por la Ley de Adopción Internacional de 2007.

Al mismo le sigue un análisis comparativo de la regulación jurídica de la protección del menor en riesgo o en desamparo en el Derecho francés, sobre todo, a raíz de la reforma del *Code civil* francés por Ley de 5 de marzo de 2007, *portant réforme de la protection de l'enfance*; haciendo, por último, un apunte a la también reciente Ley americana sobre la materia, que ha supuesto, según la doctrina, la reforma más significativa en treinta años sobre el sistema de protección del menor vulnerable, *The Fostering Connections for Success and Increasing Adoptions Act* de 2008. Finalmente, y sobre la base de la investigación anterior, concluiré con algunas propuestas de cambio en la materia, partiendo de la importancia de la «creación de escalas de detección de menores en riesgo» que ayuden a discriminar dichas situaciones de las de desamparo; como de la relevancia de las causas imputables o no por negligencia a los padres del incumplimiento de los deberes paterno-filiales, en orden a la medida en concreto que deba ser adoptada por el sistema judicial o administrativo acerca de la custodia, ejercicio o titularidad de la patria potestad.

II. IDEA PREVIA. DISTINCIÓN DE SUPUESTOS

El legislador estatal en la LPJM emplea el término amplio de situación de desprotección social del menor para referirse a todas aquellas situaciones que perjudiquen su desarrollo personal o social, pero no todas las situaciones de desprotección social tienen la misma gravedad.

Por ello el legislador introduce la distinción entre: *situación de riesgo*, que es aquella de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal o social

del menor, sin que requiera la asunción de la tutela por ministerio de la ley (art. 17), y *situación de desamparo* que aparece definida en el artículo 172.1 del Código Civil (CC) como 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). En ambos casos la Administración competente tiene la obligación de actuar. No obstante, solo la situación más grave, la de desamparo, dará lugar a la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.

En el caso de existencia de una situación de riesgo, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar, en todo caso, los derechos que asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra, y a promover los factores de protección del menor y su familia. Para tal fin deberá realizarse un seguimiento de la evolución del menor en la familia¹⁰. En otras palabras, un menor se encuentra en una situación de riesgo cuando existe un posible perjuicio para él, pero no posee la magnitud suficiente para separarlo del núcleo familiar, es decir, para no considerarlo desamparo. Sería, por decirlo de algún modo, el paso anterior o previo a la declaración de desamparo, en el sentido de que existe una situación de riesgo, y si no se eliminan las circunstancias que han originado la misma, puede desembocarse en la mencionada declaración.

En consecuencia, el concepto legal de desamparo de un menor de edad, que va a conllevar la suspensión de la patria potestad así como la retirada de la custodia del menor, supone la base fundamental sobre la que se construye todo nuestro sistema jurídico de protección de menores. De ahí, tal y como se ha dicho en la introducción, la importancia de delimitar, teniendo para ello como criterio rector el principio básico del mayor interés del menor, los supuestos que constituyen «desamparo» de aquellos otros calificados por el legislador español de «situación de riesgo» sobre la base del principio de «subsidiariedad progresiva de la actuación administrativa».

Esta tarea, sin embargo, es muy delicada dado los altos costes que conlleva una decisión desacertada, pues o se sacrifican las relaciones afectivas del menor, o la de los padres biológicos, o las de la familia de acogida¹¹; y, sobre todo, nada sencilla, por un lado, porque los límites entre ambas figuras son difusos al depender la existencia del desamparo de la valoración de una situación familiar en la que influyen muchos factores (entorno social, personal, económico, etc.), y por otro, porque los Tribunales españoles carecen de estándares normativos o, más bien, de protocolos en el que queden etiquetados los distintos niveles de riesgo y gravedad, y prevean la influencia de factores como la posibilidad de cambio o recuperabilidad de los progenitores; la culpa o no del incumplimiento de los deberes paterno-filiales; apoyo del entorno, etc.

III. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR, Y LA ASUNCIÓN DE LA TUTELA *EX LEGE* POR LA ADMINISTRACIÓN

1. EL CONCEPTO DE DESAMPARO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS. APUNTE CRÍTICO SOBRE EL CONTENIDO DE LA TUTELA

El artículo 172.1 del Código Civil define la circunstancia determinante de la tutela administrativa, estableciendo: «*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*».

Es cierto que, mientras el Código Civil adolece de la falta de una enumeración de causas tasadas sobre qué debe considerarse desamparo, ciertas legislaciones autonómicas han elaborado listados de supuestos en los que aquel procedería. No obstante, hay que precisar que dichas causas (ausencia de escolarización, malos tratos, drogadicción habitual, alcoholismo, etc.) no han de interpretarse en el sentido de que impliquen en sí mismas el desamparo, sino que lo que los Tribunales han de constatar es que las mismas son la/s razón/es que, en el caso concreto, han conllevado que el menor quede desasistido material y/o moralmente, que es el supuesto de hecho previsto normativamente en orden a su apreciación. Por ello, la resolución administrativa procede incluso en los casos de desamparo material o moral que no obedecieran a culpa alguna del titular de la patria potestad o de la tutela, por ejemplo, enfermedad de los padres¹².

En la doctrina española hay unanimidad, en cualquier caso, en torno a las tres notas definitorias del desamparo: *a*) el incumplimiento (grave) de los deberes de protección encomendados a los padres, guardadores o tutores del menor (en concreto, los deberes de protección para la guarda del menor, esto es, los relativos a la esfera personal del menor). Los Tribunales españoles han señalado al respecto que debe tratarse de una situación fáctica o de hecho, es decir, que se dé en el plano real y que, como ya se ha apuntado, sea o no querida por los padres¹³; *b*) privación de la necesaria asistencia moral o material del menor de (gravedad elevada); *c*) y la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia.

Expuesto el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica en estos casos, bien conocida por todos, consiste en que la ley permite que, sin intervención judicial, la entidad pública que en el respectivo territorio esté encargada de la protección de menores asuma de forma automática la tutela de ese menor, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal; estando, por tanto, ante una tutela por ministerio de la Ley, frente a la regla general del Derecho español de la tutela de constitución judicial (arts. 172.1 CC y 239 CC, y 12.1 LOPJM).

A mayor abundamiento, la declaración administrativa de desamparo implica, por un lado, la suspensión del ejercicio de la patria potestad de los padres (pero no su privación, la cual solo puede llevarse a cabo a través de una resolución judicial); y por otro, que la entidad pública asuma, tanto la representación del menor de edad, como su guarda o custodia. Por ello, en el plazo de 48 horas la entidad de protección debe notificar a los padres dicha suspensión, y siempre que fuera posible, se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la solución adoptada. Si bien, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

Por otra parte, es preciso recordar que a pesar de que el desamparo no conlleva de por sí la privación de la titularidad de la patria potestad, en ciertas ocasiones, caracterizadas por una voluntad de incumplimiento reiterado y grave de los deberes paternos, el desamparo puede ir acompañado de un proceso judicial de privación de la patria potestad, tanto en causa criminal, en causa matrimonial de separación, nulidad o divorcio aunque sea criticable en este proceso, como por sentencia dictada en juicio de menor cuantía —STS de 3 de mayo de 2001 (Iustel 308585)—. Asimismo, y en relación con las consecuencias del desamparo, no podemos olvidar que los padres conservan ciertas obligaciones (deber de velar y prestar alimentos *ex art. 110 CC*), y ciertos derechos, como el de relacionarse con sus hijos menores aunque no ejerzan la *patria potestas* y en previsión de una futura reunificación familiar, a excepción de que el menor haya sido adoptado por otro, o de la existencia de resolución judicial que excluya dicho derecho (*art. 160 CC*)¹⁴.

En atención a la regulación jurídica expuesta, quería dar paso a apuntar dos temas que suscitan controversia y creo de interés:

(i) En primer lugar, como hemos indicado en la introducción, existe un debate sobre el contenido de la tutela administrativa y la cuestión de la administración de los bienes del menor tutelado. Tal y como apunta alguna voz doctrinal (DE PALMA DEL TESO, 2006, pág. 330), si la tutela administrativa constituye una función administrativa de carácter asistencial o personal (según ha declarado el propio legislador, los Tribunales y la Administración), el contenido de la misma solo abarcaría el contenido personal, no debiendo la Administración, en términos generales, ser responsable de administrar el patrimonio del menor declarado en desamparo. De tal modo que los propios padres o tutor ordinario, a pesar de la suspensión de la patria potestad o tutela civil, podrán gestionar el patrimonio del menor en beneficio de este, y en su caso, podrá promoverse ante el juez el nombramiento de un administrador patrimonial si así se considera conveniente para el interés del menor¹⁵.

Por ello, en la actualidad, el artículo 172.1 *in fine*, tras su reforma por la Disposición Adicional 5.^a de la LOPJM, establece: «*La asunción de la tutela*

atribuida por la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria»; y añade, «*no obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él*». En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, *sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, al hacer referencia al procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, afirma que «*la declaración de la tutela automática produce tan solo la suspensión del ejercicio de las facultades de naturaleza personal (no patrimoniales) inherentes a la patria potestad o tutela*»¹⁶.

En este sentido y apoyando dicho criterio, se pronuncian algunas resoluciones judiciales al afirmar que, la legitimación de la acción pública solo se justifica cuando resulta indispensable para evitar graves repercusiones en la *esfera personal* de los menores, esto es, la guarda, educación y formación integral de la persona del menor. Pues la indebida administración de los bienes del menor que ponga en peligro el patrimonio de este encuentra su previsión legal en el artículo 167 del Código Civil, que regula la adopción por el juez, a petición del hijo, Ministerio Fiscal y cualquier pariente, de cualquier providencia que estime necesaria, como exigir caución o fianza para la continuación de la administración, o incluso el nombramiento de un administrador [vid. SSP de Cádiz, de 19 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/303272), o de Sevilla, de 23 de noviembre de 1999 (AC 19998672)].

No obstante, habría que matizar que el sentir expuesto hasta ahora es contradicho por el tenor de la mayoría de la normativa autonómica sobre la materia¹⁷, así como por el hecho de que aceptar la misma implicaría que se debilitara la distinción entre la institución jurídica del desamparo y la de la guarda asistencial a la que se aludirá más adelante. Incluso, nos encontramos con sentencias que explícitamente afirman que se atribuye a la Administración autonómica «*el deber de velar por los intereses económicos del menor bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y, en su caso, aprobación judicial (...)*» (vid., por todas, la SAP de Badajoz, de 21 de abril de 2003 —*JUR* 2003/131304—).

(ii) La segunda cuestión se glosa en torno a si el desamparo puede declararse, no solo por una resolución administrativa, sino también por una resolución judicial. Entiendo que, dado que en el supuesto en el que la entidad pública no considere conveniente intervenir por entender que no existe desamparo, este puede de declararse por un juez si contempla la existencia de la situación de hecho que lo provoca. En estos casos, el juez podrá, bien nombrarle un tutor (por ejemplo, una persona allegada al menor), bien decretar la tutela automática o la guarda de la entidad pública, lo que podrá hacerse a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquier persona con interés legítimo. En otras palabras, el hecho de que la Administración tenga la facultad y el deber de asumir la tutela y de promover la declaración de desamparo *no significa que le corresponda tal facultad con un*

carácter exclusivo y excluyente, sino que podrá ser asumida la tutela y guarda del menor desamparado, en su propio beneficio, por la persona idónea para ello, lo que daría origen a una guarda provisional del menor desamparado por parte del ente público, hasta que se le provea de un régimen idóneo de tutela judicial, que representaría la consolidación jurídica de una situación fáctica, que se estima como óptima para el menor.

Esta posibilidad se fundamenta en el párrafo segundo del artículo 239 del Código Civil, que abre la posibilidad de nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela de este con mayor beneficio para él, y de las circunstancias del caso concreto no se prevea la posibilidad del retorno a la familia. En este sentido se manifiesta la SAP de Zaragoza, de 30 de enero de 2002, al reconocer la situación de desamparo respecto a la madre, constituyendo la tutela judicial y nombrando tutora a la guardadora de hecho del menor¹⁸.

Ahora bien, un último tema polémico en conexión con la idea anterior es si el menor cuidado por un guardador o allegado, sin tener poder para ello a causa del incumplimiento de los deberes paterno-filiales de sus padres, es un supuesto subsumible en el desamparo o por el contrario, debería tener otra respuesta legal más acorde con el interés del menor. Al respecto, aunque la opinión doctrinal es divergente¹⁹, la jurisprudencia parece ser unánime en considerar que la guarda de hecho evita que podamos declarar el desamparo²⁰. Este criterio, en definitiva, es el que ha sido respaldado por la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, *sobre criterios para la unidad de actuación*, especialmente del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

2. PROCESO DE DECLARACIÓN DE DESAMPARO: REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE 2007

Una vez expuesta la regulación sustantiva, y respecto al procedimiento a seguir por la entidad administrativa para la declaración del desamparo y la consiguiente constitución de tutela, de acuerdo con las previsiones generales contenidas en la LO 1/1996, es el que se expone brevemente a continuación:

- a) La iniciación del procedimiento puede ser de oficio o a instancia de parte. Así, de un lado, las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor y de actuar si corresponde a su ámbito de competencias, dando traslado, en otro caso, al órgano que sea competente (art. 14 LO 1/1996). De otro lado, toda persona o autoridad y especialmente quienes por su profesión o función detecten una situación de posible desamparo de un menor, lo

comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise (art. 13.1 LO 1/1996). Además, el propio menor puede solicitar la protección de la Entidad pública competente [art. 10.2.a) LO 1/1996]. La actuación administrativa debe efectuarse con la debida reserva, evitando toda interferencia innecesaria en la vida del menor (art. 13.3 LO 1/1996), procurando siempre la colaboración de la familia y del menor (art. 15 LO 1/1996)²¹.

- b) Iniciado el procedimiento y durante el mismo, la entidad administrativa deberá realizar toda actividad que estime conveniente para verificar la situación denunciada cuando el procedimiento no se inicie de oficio. Durante este procedimiento deberá oírse necesariamente al menor, al influir la decisión resultante del procedimiento a su esfera personal, familiar o social, y ello sin la limitación establecida en el Código Civil, relativa a la obligatoriedad audiencia a los menores una vez superados los doce años (SAP de Valencia, de 30 de abril de 2002 —*JUR* 2002/185690—). Naturalmente habrá de tenerse en cuenta el desarrollo evolutivo del menor, permitiéndole, si tiene juicio bastante, que declare por sí mismo o a través de la persona por él designada (art. 9.1 LO 1/1996 y art. 30 Ley 30/92 LRJ-PAC, que reconoce capacidad de obrar al menor de edad ante las Administraciones Públicas para el ejercicio y defensa de sus derechos cuya actuación esté permitida por el Ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela). En otras palabras, la necesaria audiencia del menor —«escucha del menor con lo que requiere de intercambio de impresiones y argumentos, debatir con el menor»— es expresión del obligado respeto a su personalidad, y cuya falta conduce a la nulidad del procedimiento (SAP de Valencia, de 12 de febrero de 1996 —*AC* 1996/375—)²².

También deberán ser oídos los padres y guardadores y demás personas interesadas, como pueden ser aquellos que convivan con el menor. A todos los interesados se les permitirá hacer alegaciones y proponer pruebas para la defensa de sus derechos. Al respecto, es interesante poner de manifiesto cómo el interés familiar, *ex artículo 39 CE*, exige que «la documentación del caso esté a disposición de los padres afectados, incluso aunque ellos no la hayan solicitado» [STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K. A contra Finlandia, Ap. 105 (*JUR* 2003/50027)]²³. En relación a lo expuesto, una crítica que se prodiga por parte de la doctrina es la falta de previsión legal estatal a la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo de desamparo, el cual debería ser reconocida en todo caso a los menores y sus representantes legales —padres o tutores— cuando se tramita un procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración²⁴. De tal modo que es

loable el tenor del artículo 24 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, *del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (Junta de Andalucía)*, al disponer que, en el momento de notificar a padres, tutores y guardadores el inicio del procedimiento de desamparo, la Administración pública «les informará acerca de la posibilidad de intervenir por medio de representante, y sobre los requisitos y trámites a cumplir para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, a fin de que puedan actuar durante el procedimiento asistidos de letrado en defensa de sus intereses. Si los interesados manifestasen su intención de solicitar la asistencia jurídica gratuita, el plazo de alegaciones se suspenderá durante diez días hábiles».

Al respecto, también el legislador francés ha previsto la obligatoriedad de que el juez competente informe a las partes desde el principio del proceso acerca de medidas educativas, delegación de la autoridad parental o privación, de su derecho a que le represente un abogado o demandar al juez que les asigne uno de oficio (art. 1186 *Code Procedure Civil*); a pesar de lo cual la experiencia dicta que no es muy común su presencia, al contrario que en otros procesos en los que el menor es víctima de un proceso penal, o en supuestos de divorcio, nulidad o separación de los progenitores²⁵.

- c) Por último y después de todos estos trámites, la entidad administrativa debe dictar resolución escrita en la que efectuará la declaración de desamparo con la consiguiente asunción de tutela, y la adopción de las oportunas medidas de protección por el tiempo imprescindible para lograr los fines perseguidos por la intervención pública.

La resolución será motivada y se indicarán las causas que provocaron la apertura del expediente, las actuaciones que se llevaron a cabo y las medidas que se adopten. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el artículo 8 del Convenio Europeo, en el que se reconoce el derecho a la vida familiar, «exige que las autoridades y tribunales que tomen decisiones proporcionen razones detalladas como para permitir a los padres o tutores participar en las siguientes tomas de decisiones, recurriendo sus decisiones de manera adecuada» (STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 104 —JUR 2003/50027—).

Además, deberán expresarse los recursos procedentes que caben contra la resolución administrativa. La resolución adoptada deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal y ser notificada a padres, tutores o guardadores en el plazo de 48 horas, debiendo informarse a estos últimos de forma presencial, si ello fuera posible, de las causas que dieron lugar a la intervención y los posibles efectos de la decisión. Esto mismo se hará con el menor, si tuviera suficiente juicio para ello.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la resolución administrativa conlleva la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, asumiendo desde ese momento la tutela la propia entidad administrativa. Dado que la resolución es un acto administrativo y, por tanto, ejecutivo de forma inmediata, el proceso iniciado por los interesados en contra del mismo, no suspende la ejecución del acto. Incumbe, en consecuencia, a los afectados por la resolución administrativa la carga de impugnarla *a posteriori* ante los órganos jurisdiccionales civiles, sin que ello suponga obstáculo alguno a la ejecutividad del acto, venciendo la resistencia que pudieran oponer los padres o guardadores en orden a impedir la medida de protección acordada e, incluso, pudiendo intervenir de inmediato si hubiera peligro para la vida o integridad del menor.

Por otra parte, hay que destacar que, a tenor de parte de la doctrina, la citada Ley de Adopción Internacional de 2007 ha supuesto un avance al dotar de mayor estabilidad a estas decisiones administrativas y, por tanto, introducir una mejora en las expectativas de permanencia de las decisiones de protección y la posibilidad de conducir todas ellas hacia la estabilidad que suponen el acogimiento preadoptivo y la adopción.

Pues dicha Ley ha establecido, como novedad más importante, y frente a la falta anterior de plazo para recurrir ante el juez las resoluciones administrativas, unas limitaciones temporales a las posibilidades de impugnar la declaración de desamparo, y a las demás medidas administrativas de protección de menores. En concreto, se establece, por un lado, el plazo de tres meses —y nada más— para la impugnación de la declaración de desamparo en que se adopta esa decisión, la cual se limita a la corrección de la decisión administrativa, si concurren o no las causas de abandono del menor y la situación de desvalimiento²⁶. Y, por otro lado, un plazo de dos años para una acción de revocación, en tanto en cuanto solo se concede este plazo de dos años desde la notificación de la declaración de desamparo, no tanto para impugnar esta declaración como para invocar que, en este periodo de tiempo no superior a dos años, los padres han podido rehabilitarse y han podido recuperar las posibilidades de ejercer hábilmente los deberes legales inherentes a la patria potestad.

Este plazo de dos años puede ser, en principio, razonable en una parte de los supuestos, pero quizás no en todos ellos. Son aquellos en los que, a raíz de la declaración de desamparo, la Administración sigue trabajando con la familia para la reinserción del menor en ella, y la familia se somete a los planes de trabajo social que se le proponen: rehabilitación de toxicomanías, búsqueda de vivienda, búsqueda de trabajo, mantenimiento del régimen de visitas, etc.; es decir, se mantienen unos criterios que permiten constatar que se ha mantenido el vínculo de apego; incluso aunque el niño esté en acogimiento en una familia extensa, con abuelos o con tíos, o en un acogimiento familiar no preadoptivo ordinario. En este caso, el plazo de dos años es razonable, porque hay un trabajo social para la reinserción. Pero es cierto que, existiendo otros casos en los

que los padres rechazan el trabajo social o las rehabilitaciones y se constata la inexistencia de trabajo social o la inexistencia de cooperación de los padres, dicho plazo se puede considerar excesivo.

Por eso la Circular 1/2008, *de la Fiscalía General del Estado* se elaboró justamente para analizar y orientar la labor de las fiscalías respecto a estas limitaciones de los plazos para impugnar las medidas administrativas de protección de menores. La misma insistía en dos puntos: uno de ellos, que, puesto que los padres cuentan con ese plazo de dos años para rehabilitarse y recuperar la plenitud de la patria potestad, si pueden, es muy importante que durante dicho plazo no se adopten medidas definitivas, como los acogimientos preadoptivos o las adopciones. Esto es lo razonable y esta es la pauta general. Pero también añade, como segundo punto, que hay casos en que casi desde el primer momento se sabe que el desamparo es irreversible, que estos padres no van a estar en condiciones de recuperar esa patria potestad, bien por enfermedades crónicas, bien por comportamientos previos tan insistentes como el tener sucesivos hijos después de la declaración de desamparo de los primeros. En este caso, el plazo de dos años es excesivo, y no debería ser óbice para la constitución de acogimientos preadoptivos y de adopciones, sobre todo cuando estamos hablando de niños muy pequeños que no han generado el vínculo de apego saludable con sus propios padres y sí pueden generarlo saludablemente con otros acogedores o adoptantes.

No obstante lo expuesto, se puede tener otra visión de la reforma y en dicho sentido comarto la opinión de un sector crítico que denuncia que: «(...) con estas modificaciones, es obvio que el Gobierno pretende reforzar la seguridad jurídica de los adoptantes (que ya no temerán que les quiten a sus hijos si sobreviene un cambio en la situación social de los padres biológicos) y mermar la responsabilidad patrimonial de la Administración ante defectuosos funcionamientos. Sin embargo, ¿renunciamos a la posibilidad de cambio y mejora de las situaciones de las familias biológicas? ¿los pobres son irrecuperables? La condena a la Junta de Andalucía a indemnizar a una madre que fue acompañada por la APDHA a un millón cuatrocientos mil euros por el largo y tortuoso calvario que pasó durante diez años, durante los cuales fueron ignorados y pisoteados sus derechos, a raíz de la retirada de sus hijos de entonces cuatro y cinco años, debido al alcoholismo que padecía, parece ser el origen de esta modificación (...)»²⁷.

En definitiva, aunque sean ciertas las intenciones del legislador de otorgar seguridad al sistema en orden a prevenir la casuística que ha informado a la realidad española expuesta con anterioridad, no deja de ser un tema polémico.

IV. APUNTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE DESAMPARO

1. IDEAS RECTORAS

Es de destacar, en primer lugar, que la *medida del desamparo debe ser lo más breve posible*, dada la gravedad de la medida y el derecho del menor a crecer y ser educado en la familia como derecho protegido por nuestra Constitución; siempre que se den dos circunstancias: por un lado, que vayan desapareciendo las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo y, por otro, que el interés del menor lo requiera así, ya que dicha prioridad al mantenimiento del menor en su familia natural no implica primacía de este derecho sobre el auténtico beneficio del menor (*favor minoris*), puesto que también el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente (SAP de Cádiz de 30 de junio de 2005).

En otras palabras, la medida de protección del desamparo debe ser provisional en orden a establecer en el futuro una medida de protección estable para el menor, entre ellas, el retorno a su familia si las circunstancias lo permiten.

En segundo lugar, dado que el desamparo es un concepto jurídico indeterminado, solo cuando determinadas situaciones referentes al ámbito familiar²⁸ trascienden a los deberes de protección establecidos por las leyes, determinando que el menor se encuentre desasistido en el ámbito moral o material, darán lugar a la correspondiente resolución administrativa. Pues las circunstancias familiares reseñadas, de entrada, solo habilitarán a la entidad pública competente para declarar, mediante resolución motivada, la situación de riesgo; y asimismo, permitirán a los progenitores para recurrir a la Administración con el fin de que asuma provisionalmente la guarda de los menores *ex artículo 172.2 del Código Civil*.

En otras palabras, aunque dicho concepto de desasistencia sea un concepto jurídico indeterminado, de la experiencia de los Tribunales se desprende que el mismo se predica cuando el menor sufre carencias o desatenciones materiales o físicas; mala alimentación y vestimenta inadecuada; abandono en la higiene personal; hogar en condiciones higiénico-sanitarias deficientes o deplorables; falta de escolarización; carencias de historia médica en pediatría, deficiencias y retrasos madurativos; trastornos de conducta del menor o comportamiento irregular (permanencia en la calle a horas intempestivas, situaciones de predilección); o episodios de violencia. Si bien, es interesante resaltar que también se produce el desamparo por vacíos, carencias o desatenciones morales, afectivas o emocionales, y puede venir motivada por diferentes causas pero provenientes de núcleos familiares de nivel económico desahogado, tal como lo reflejan claramente las SSAP de Islas Baleares, de 30 de marzo de 2006 (*JUR 2006/160014*); y de Barcelona, de 23 de abril de 2013 (*JUR 2013/191287*).

2. EL DESAMPARO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS. ALUSIÓN A LA POSIBLE ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL HIJO FRENTE A LOS PADRES POR DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNO-FILIALES

Dado que, tal y como se ha apuntado previamente, no existe un *numerus clausus* de conductas o actuaciones que constituyan desamparo, según cierta doctrina el problema que se observa en reiteradas ocasiones es que los órganos administrativos encargados de determinar en un primer momento si el menor se encuentra en situación de desamparo, y debido en parte a una incorrecta interpretación del principio de interés superior del menor, toma en ocasiones medidas que no se corresponden con el riesgo real que puede sufrir, separándolo de su núcleo familiar, cuando sería más conveniente adoptar una serie de medidas que no revistieran tanta gravedad²⁹. No obstante, otros estudios reflejan que en los últimos años el análisis de las sentencias demuestra que son escasas las resoluciones judiciales de las que resulta disconformidad con la resolución administrativa que declara el desamparo, resultando de ello, en principio, su corrección³⁰.

En cualquier caso son criterios loables asumidos de modo pacífico por nuestros Tribunales los siguientes: 1.) por un lado, que *el interés del menor de edad no puede identificarse con el bienestar material del mismo*, pues lo mismo llevaría en su extremo a negar el derecho de todo menor a sus padres simplemente porque estos pertenezcan a sectores sociales menos protegidos por la Ley, aquellos a los que además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, en definitiva a llevar una vida digna, también se les negaría el derecho a la familia, y lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural o biológica (Auto de la AP de Sevilla de 8 de marzo de 2002 —AC 2002/260—). Antes al contrario, nos recuerdan los Tribunales que la protección de los menores a cargo de los poderes públicos ha ido evolucionando desde una perspectiva de beneficencia sobre niños abandonados hacia su extensión a situaciones de trato vejatorio o de presión y descuido esencial por parte de sus padres. 2.) Y, por otro, que *los requisitos que se señalan para considerar una situación de desamparo han de ser valorados de forma restrictiva*, ponderando siempre los intereses que hay en juego, pues este ámbito es especialmente sensible porque, además de los intereses del menor, hay que tener en cuenta los intereses de la familia, para poder adoptar la medida que se considere menos perniciosa para las partes³¹.

Por último, me planteo con cierta doctrina la oportunidad de declarar la responsabilidad civil de los padres frente a los hijos por el incumplimiento de los deberes paterno-filiales y la consecuente obligación de los padres de indemnizar a sus hijos. Por ejemplo, ¿el hecho de que unos padres tomen por sus creencias religiosas una decisión que pueda afectar a la integridad física e, incluso, a la vida de su hijo menor de edad; o dejan a sus hijos realizar determinados actos

de ocio, juego o de deporte peligrosos (por ejemplo, correr con su hijo de diecisésis años delante de los cabestros de cola en el encierro de San Fermín; o dejarle ir a unas colonias sin advertir al organizador de la enfermedad de su hija; permitir que se bañe en una piscina sin haber hecho la digestión; o dejar jugar a un menor de escasa edad o preadolescente con una escalera mecánica en un centro comercial, etc.) podría dar lugar a la acción de responsabilidad civil de los padres por el daño causado a su hijo por el acto ilícito de incumplimiento del deber paterno-filial de velar por la salud y seguridad del hijo?

Aún siendo un tema que desborda al tratado (pues para el desamparo se requiere habitualidad en el incumplimiento y en ahora tratamos actos puntuales), y poco estudiado por nuestra doctrina, en la actualidad algún autor ha levantado su voz para poner de manifiesto dicha posibilidad; aunque escasa en realidad, limitada en nuestra realidad jurisprudencial a supuestos en los que el padre accione frente a la aseguradora, en nombre de su hijo, por un daño causado por él a su hijo en un accidente de circulación³².

Pero, volviendo a los casos planteados, se argumenta sin ambages por RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ (2009, pág. 189) que se les aplicaría la regla general de la responsabilidad civil por culpa o subjetiva (dado el progresivo reconocimiento por nuestro Ordenamiento jurídico a la capacidad de autodeterminación del menor), pero sobre la base de un canon de diligencia no tan severo como el que rige la responsabilidad civil de los padres por los daños que causen sus hijos a terceros *ex artículo 1903 del Código Civil*. En concreto, y dada la existencia de una regla social predominante por la que la responsabilidad de los padres queda restringida a cuando estos actúen por dolo o por culpa grave, el canon de diligencia sería el «leve» teniendo en cuenta tres factores: *a) la edad y otras circunstancias personales del menor: carácter, hábitos de ocio, y su educación* [STS de 29 de junio de 2001 —*RJ* 2002/1470— que exoneró al Corte Inglés del daño sufrido por una menor de dos años cuya mano queda atrapada, cuando va con su madre, al utilizar una escalera mecánica, y declaró responsable a la madre por la escasa edad y la peligrosidad de las circunstancias]; *b) las circunstancias personales de los progenitores* [si por el trabajo los padres delegan su cuidado a otra persona, los padres son diligentes si dicha persona está en plenas condiciones físicas y mentales de ocuparse debidamente de este último —STS de 6 de septiembre de 2005 —*RJ* 2005/6745—]³³; y *c) las circunstancias objetivas del caso: lugar, tipo o peligrosidad de actividades o instrumentos que utiliza el menor* [STS de 31 de diciembre de 1997 —*RJ* 1997/9195— que juzgaron la culpa grave de los padres por la muerte de sus hijos de quince y diecisésis años por no prohibirles, debiendo conocer sus hábitos, que fueran a divertirse a la vía férrea y situarse en los raíles cuando el tren iba a llegar].

El hecho es que en este orden de cosas (en el que se acepte el criterio de la culpa grave en el incumplimiento del deber paterno-filial que sea causa de una acción de responsabilidad civil por el daño causado a su propio hijo), el núcleo

de la urdimbre argumental se basa en dos razonamientos de interés que ofrece la autora, y se respaldan tanto por Ordenamientos del Derecho continental, por ejemplo, el alemán, como del Derecho anglosajón³⁴: por un lado, porque nos movemos en relaciones de convivencia, o de intimidad, en un ámbito doméstico en las que se suele tener un comportamiento menos cuidadoso y más relajado que en otros ámbitos, pues cada conviviente acepta a los demás con sus defectos y cualidades, sin exigir a los otros normalmente una conducta más rigurosa y estricta que la que cada uno pone en sus propios asuntos (y por analogía con la diligencia que se exige en la administración patrimonial de los bienes del menor *ex art. 164 CC*); y por otro, la preservación de la paz familiar y la necesidad de otorgar amplia discrecionalidad a los padres en el ejercicio de la patria potestad y en el cumplimiento de los deberes paterno-filiales³⁵.

V. REFERENCIA AL MODELO FRANCÉS Y AMERICANO DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN DESAMPARO

1. NOVEDADES DE LA LOI NÚMERO 2007-293, DU 5 MARS 2007, *REFORMANT LA PROTECTION DE L'ENFANCE*

A diferencia del modelo español expuesto hasta ahora, el Derecho francés no ha previsto la desjudicialización de la protección del menor desamparado a través de la figura de la tutela automática de la Administración. Por el contrario, el sistema pivota, sucintamente, en torno a tres figuras de protección que han de ser instruidas o investigadas y decididas: bien por el juez de menores (*mesures d'assitence éducative*); bien por el juez de Familia o Magistrado de Asuntos Familiares del Tribunal de Gran Instancia (*délégation de l'autorité parentale* a un tercero o a Asuntos Sociales, tanto por voluntad de los padres como impuesta a estos por un tercero; *y la retraite de l'autorité parentale* en vía civil); o bien por un juez penal —Cour d'assises o el Tribunal correccional— competente para juzgar el delito (*retraiture de l'autorité parentale* en vía penal).

No obstante, es plausible destacar que, dado que dicho sistema se ha reformado por la Ley de 5 de marzo de 2007 (teniendo como principal finalidad fortalecer el aspecto preventivo del desamparo o desprotección del menor), el legislador francés ha legitimado a los Servicios Sociales, sin perjuicio de las competencias de la autoridad judicial, a adoptar ciertas medidas de protección del menor afectando a la guarda o a la autoridad parental en los términos que se verán a continuación.

A) *En especial, «les mésures d'assitance éducative»³⁶*

Respecto a las *medidas de asistencia educativa (mesures d'assitance éducative)* hay que precisar que, según el artículo 375 del Código Civil francés, estas son aplicables cuando el menor está en peligro (su salud, seguridad o moralidad), así como cuando las condiciones de su educación o de su desarrollo psíquico, físico, social o intelectual están gravemente comprometidas (expresión que corresponde a lo que el legislador español califica de desasistencia material y/o moral). El precepto no recoge, según su tenor literal, una lista de situaciones de las que derive automáticamente la situación de peligro del menor (siendo comunes, entre otras, hacer sufrir moralmente al menor; abusos sexuales; negligencias graves en los cuidados más elementales del menor; maltrato psicológico); debiendo ser el juez, en consecuencia el que analice cada situación en particular³⁷.

Ahora bien, respecto a las consecuencias jurídicas del reconocimiento de la situación de peligro del menor, como novedad de la reforma apuntada y sin perjuicio de las competencias de la autoridad judicial, el legislador francés ha provisto al Presidente del Consejo General de los Servicios Sociales (L'ASE)³⁸ de un papel principal en orden a centralizar las informaciones relativas a los menores en peligro, y le legitima, tras una evaluación de la situación, no solo a poner en práctica medidas materiales de ayuda a la familia para la prevención de la situación (ayuda material, educativa y psicológica tanto al menor como a la familia), sino a adoptar en urgencia «acciones de protección» que afectan a la autoridad parental en favor del menor (art. 221-1 *Code Action Social Familiale* —CASF—). Por ejemplo, L'ASE puede formalizar una «medida de acogimiento de urgencia» cuando el menor esté en peligro (cuando haya abandonado el domicilio familiar) y no sea posible obtener el acuerdo de los padres, siendo el menor acogido provisionalmente por l'ASE (máximo 72 horas), debiendo informar inmediatamente a los padres y al Ministerio Fiscal³⁹. Incluso, los Servicios Sociales pueden decidir, a título preventivo, una «medida de acogimiento durante toda o parte de la jornada», siempre que sea cerca de su domicilio, como ayuda educativa y como acompañamiento al ejercicio de la autoridad parental (CASF, art. L. 222-4-2).

No obstante, la regla general es que el juez de menores es competente para adoptar las medidas de asistencia educativa, tras un proceso de instrucción, en orden a constatar la situación de peligro del menor, cuyo dossier será transmitido al Ministerio Fiscal para la emisión de su opinión, y tras el llamamiento de las partes a la audiencia del juicio⁴⁰. Si bien, el juez puede decidir no adoptar dichas medidas, ya sea por estimar que no hay peligro para el menor, ya sea porque, existiendo el mismo, dichas medidas no asegurarían suficientemente los intereses del menor, o porque los padres no están dispuestos a colaborar.

Más en concreto, estas medidas, que no son susceptibles de apelación y son financiadas por el presupuesto estatal, pueden ser de doble orden: las que permiten el mantenimiento del menor en su medio familiar, y aquellas que separan al menor del mismo; y son decididas por el juez bajo el respeto y guía de los siguientes principios: a) a diferencia del sistema español, *las medidas educativas no implican la suspensión de la patria potestad*, antes al contrario, *mantienen la autoridad parental en todo lo que no sea incompatible con la medida educativa* (art. 357-7 CC)⁴¹, por ejemplo, si la medida implica la separación del menor, se le suspenderá de la guarda, la educación, y la toma de decisiones cotidianas⁴². En la práctica, a veces, es difícil este reparto de poderes, pues el tercero deberá pedir autorización a los padres en caso, por ejemplo, de realización de un acto médico, para participar en ciertas actividades, o efectuar ciertos desplazamientos, sobre todo al extranjero (art. 375-7 CC). Por ello, la nueva Ley de 5 de marzo de 2007 prevé, a título excepcional, que el juez de menores autorice a la persona titular del establecimiento de acogida a ejercitar un acto relativo a la autoridad parental sobre la base del interés del menor y del rechazo injustificado de los padres; conservando, no obstante, los padres el ejercicio habitual de la patria potestad y pudiendo, en consecuencia, seguir tomando decisiones relativas, tanto al ámbito patrimonial como personal del menor. Igualmente, salvo excepción motivada por el juez, los padres continúan asumiendo el mantenimiento, al menos no inferior al montante de la ayuda familiar (*allocations familiales*) a la que tienen derecho por estar sus hijos acogidos, y la educación de estos, al ser importante permitir la continuidad en la implicación de los padres en la medida de lo posible (art. 375-8 CC y ord. núm. 158-1310, 23 déc, 1958, art. 2). Asimismo, b) *el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas de la familia y del menor* (art. 1200 CPC); c) *el mantenimiento del menor en el medio familiar siempre que sea posible* (art. 375-2 CC) en orden a respetar el derecho del menor a la estabilidad de su entorno de vida y de sus referencias psico-afectivas. Curiosamente, dicho respeto ha llevado a la jurisprudencia francesa a condicionar la vuelta de los menores que han estado largo tiempo en acogida a que dicho cambio no entrañe dificultades mayores en el desarrollo y evolución del menor.

A mayor abundamiento, la duración de las medidas de asistencia educativas no pueden exceder de dos años (aunque pueden ser prorrogables), teniendo obligación los intervenientes de rendir cuenta anual al juez sobre la situación del menor; pudiendo ser en todo momento modificadas o anuladas por el juez, de oficio, o a solicitud de los padres, del menor, y del Ministerio Fiscal, como reflejo de la necesidad de que las decisiones se adapten en todo momento a los cambios incessantes del contexto en el que evoluciona el menor, sin ser estas medidas, en sí mismas, un recurso (art. 375-6 CC).

En concreto, las medidas pueden ser (FOSSIER/GRATADOUR, 2008, 67): i) *el mantenimiento del menor en su familia* subordinado al cumplimiento de una

serie de deberes por los padres respecto al hijo, pues en caso contrario, el menor será separado de la familia (por ejemplo, la obligación de someterle a exámenes médicos, o de obligarle a seguir una formación profesional, etc. —art. 375-2 al 2 CC); ii) *Medidas de asistencia educativa en medio abierto (AEMO)*, que consisten en la intervención de un servicio especializado (bien público o privado asociativo)⁴³ ante la familia o ante el menor, a fin de aportar ayuda y consejo a la familia para superar las dificultades materiales o morales en las que se encuentran y reinsertándola en el conjunto de los dispositivos existentes. Estas medidas tienen una duración de dos años, prorrogables, y pueden ser compatibles con una medida de acogimiento y separación del menor de su familia, a la cual se alude a continuación.

iii) Y por último, el juez de menores puede adoptar unas *medidas de acogimiento (placement)*: cuando el juez estime que se debe separar al menor de su familia, confía aquél a la protección conjunta del juez de menores y del Presidente del Consejo General (debiendo asumir la protección una persona física, o un servicio especializado), siendo una medida provisional, aunque prorrogable, que se escogerá teniendo en cuenta, tanto el interés del menor, como el favorecer el derecho de visita y de alojamiento por los padres y el mantenimiento de lazos con los hermanos.

En realidad, no existe una jerarquía entre las diferentes modalidades de acogimiento, sino que la elección del juez dependerá de la problemática de la familia, las necesidades del menor, y el tipo de peligro que sufre este, las cuales están previstas en el artículo 375-3 del Código Civil: a) el acogimiento *en casa de uno de los padres* cuando los padres no viven juntos (no es muy común pues genera conflictos); b) el acogimiento en casa de un *miembro de la familia* (sin precisar el legislador la cualidad) o de un *tercero* de confianza; c) el *acogimiento durante la jornada* es una novedad de la Ley número 2007-293, que permite al juez confiar al menor a un servicio o establecimiento habilitado para el acogimiento de menores solamente durante el día (art. 375-3 CC); d) el *acogimiento «directo» en una institución (sanitaria o de educación, especializada o no, dependiendo de la problemática de la familia)*, respecto al que hay que precisar que se dirige, sobre todo, a los adolescentes, y que no se limita solamente a las instituciones habilitadas por las autoridades administrativas (personas jurídicas o físicas que habitualmente reciben a menores, como las pertenecientes al sector asociativo privado, o a la Protección Judicial de la Juventud), sino que se extiende al resto de instituciones que actúan en el campo de la infancia concernido por la problemática en particular del caso. E, incluso se permiten la puesta en práctica de soluciones alternativas y originales, y su compatibilidad con las medidas de acción educativa en medio abierto a las que se ha hecho ya referencia, a fin de asegurar la unión y vinculación entre la institución, la familia y el menor, y de garantizar una continuidad de seguimiento en caso de una modificación de las formas de acogimiento o de una crisis en

su desarrollo. Es cierto por otra parte, que la Ley número 2007-297, de 5 de marzo, *relative à la prévention de la délinquance* prevé que dicho acogimiento puede tener lugar en régimen de internado.

Si bien, lo más frecuente, aunque para el caso de menores más jóvenes y también para los casos más difíciles respecto de los que se prevé un acogimiento de larga duración, es que el juez de menores establezca: e) el *acogimiento del menor en el servicio público de Ayuda Social a la Infancia* (ASE)⁴⁴, pues cada servicio del ASE dispone en efecto de una infraestructura de establecimientos (públicos o concertados), y de una red de familias de acogida (las asistentes maternales) que permiten la buena marcha de este tipo de medidas y la puesta en práctica de proyectos de larga duración para los menores. Normalmente estos casos terminan con una medida de delegación de la autoridad parental, como se verá posteriormente⁴⁵. En consecuencia, en estos casos se propone por la doctrina que el tercero debería tener más poderes parentales en orden a evitar la delegación parental, lo que, indirectamente respalda la modificación de la Ley 221-1 del Código de Acción Social y de las Familias por la Ley de 5 de marzo de 2007, en el sentido de que se confía a los servicios sociales de Ayuda Social a la Infancia (ASE) una nueva misión la de «*velar para que los lazos afectivos establecidos entre el menor y otras personas diferentes a sus padres se mantengan, y se desarrollen, en el interés superior del menor*»⁴⁶, sobre todo en los casos de contextos familiares en los que falta la estabilidad afectiva.

Por otra parte, según el artículo 375-7 del Código Civil, reformado por la Ley de 2007, el juez de menores, respecto a los supuestos de acogimiento y separación del menor de su familia, establecerá las modalidades de relación entre los padres y los hijos, siendo la novedad que aquel deberá precisar la naturaleza, el lugar, y la frecuencia del derecho de visita e, incluso, de alojamiento del menor, así como su derecho a la correspondencia con sus padres, lo que es cierto que provoca a veces conflictos entre el juez de menores y la Administración (MALAURIE/FULCHIRON, 2011, pág. 650). Incluso, puede decidir que dichas condiciones sean determinadas conjuntamente entre los titulares de la autoridad parental y la persona o establecimiento al que el menor es confiado. A diferencia del caso español, en que el escrito de formalización de acogimiento deberá consentirse, es cierto, por los padres no privados de la patria potestad pero también por los acogedores, pero en el que las modalidades apuntadas no parecen ser decididas conjuntamente por la institución (acogimiento residencial) o la familia (acogimiento familiar) y los padres, *ex artículo 173.2 del Código Civil*. E, incluso, será la Administración española la que, en virtud de la máxima «quién puede lo más, (suspender la patria potestad), puede lo menos (limitar o retirar el derecho de visita)», frente al caso francés en que será el juez el que, teniendo el poder de vigilancia sobre las modalidades de ejercicio del derecho de visita en interés del menor de edad, podrá suspender provisionalmente el

derecho de visita, o limitarlo, obligando en este caso, por ejemplo, a que se ejerza en presencia de un tercero en los casos más graves.

A mayor abundamiento, tal y como se ha apuntado, es dable resaltar que siempre que la medida sea ejercida por un servicio, el juez deberá establecer el plazo de ejecución que no deberá sobrepasar dos años, al término del cual se deberá proceder a una evaluación de la situación. Aunque, excepcionalmente, hemos visto que puede establecerse por un periodo más largo cuando las circunstancias de la familia lo requieran —carencias relacionales y educativas graves, severas y crónicas que afectan gravemente a su responsabilidad parental— en cuyo caso, la novedad de la Ley de 2007 consiste en que esta no fija un límite de duración a dicha medida, sino que el juez establecerá la que sea más acorde con el objetivo de permitir al menor beneficiarse de una continuidad relacional, afectiva y geográfica con su lugar de vida para cubrir sus necesidades de futuro más inmediatas. Se critica, sin embargo, que los padres o el guardador conserven la posibilidad de solicitar al juez el fin de la medida⁴⁷.

Por último, es interesante resaltar que el Derecho francés, extramuros de las medidas de asistencia educativa que tienen como consecuencia confiar la guarda del menor en peligro o riesgo a un tercero, prevé otros casos de transmisión de la guarda a un tercero conservando los padres la autoridad judicial. Al respecto, hay dos supuestos que considero de interés comentar: por un lado, el curioso caso resuelto por la sentencia de la Corte de apelación de Rennes que ilustra la posibilidad de confiar la guarda del menor a la exesposa (que había convenido con su exmarido, antes de la separación, recurrir a la maternidad subrogada). De tal modo que, aunque legalmente el ejercicio de la autoridad parental residía en los padres biológicos, dado que la madre *porteuse* se comportaba, no como una madre sino como la «madrina» del menor, el juez de Asuntos Familiares dispuso confiar al menor (la guarda) a la exesposa⁴⁸. Y, por otro, en el caso excepcional, a raíz de la ley de 4 de marzo de 2002, *portant réforme sur l'autorité parentale*, de ejercicio unilateral de la autoridad parental en el que el progenitor ejerciente muere, y no es favorable al interés del menor otorgar el ejercicio ni la guarda al otro progenitor al estar el menor perfectamente integrado en el medio en el que vivía hasta ahora, estando los abuelos, tíos, hermanos, etc., dispuestos a ocuparse del menor (art. 373-2 CC)⁴⁹, e incluso por el padrastro del menor⁵⁰.

B) La «Délégation» y la «Retrait de l'autorité parentale»

Si la conclusión, entre otras, a la que en líneas anteriores se ha llegado, es que las medidas de asistencia educativa que establece el juez de menores, a pesar de pronunciarse también para casos graves en los que se admite el acogimiento de larga duración, son compatibles con el hecho de que los padres continúen ejerciendo la patria potestad (se basan normalmente en la colaboración con es-

tos), se hace preciso matizar que el Derecho francés prevé otros dos supuestos, la *délégation* y el *retrait de l'autorité parentale* en los que no es así, ya sea por motivos prácticos como sancionadores, respectivamente⁵¹.

i) La delegación de la autoridad parental prevista en los artículos 376 y 377 del Código Civil es regulada por el legislador francés con la finalidad de encontrar un equilibrio entre, por un lado el reconocimiento de ciertos poderes en beneficio de la persona que asegura la protección del menor y en interés de este, y por otro la protección de las relaciones entre el menor y sus padres, en principio necesarios para el equilibrio de aquel⁵². En concreto, la delegación puede ser de dos tipos: voluntaria e impuesta a los padres por un tercero, a diferencia del caso español en el que el único caso que se prevé de delegación voluntaria de los padres es la que los padres ceden solamente la guarda del menor, no el ejercicio *ex* artículo 172.2 del Código Civil.

En lo que respecta a la delegación de la autoridad parental voluntaria, el legislador francés prevé, en primer lugar, los calificados *pactos de familia sobre la autoridad parental* (introducidos por la Ley de 4 de marzo de 2002, *relative à l'autorité parentale*, sobre todo en razón de las necesidades educativas del menor)⁵³. En estos, el legislador, partiendo del principio del deber irrenunciable en qué consiste la autoridad parental (art. 376.1 CC), permite que el juez de familia pueda tomar en consideración los pactos que los padres hayan concluido libremente, cuando el juez deba pronunciarse acerca del ejercicio de la autoridad parental (en caso, por ejemplo, de separación), de la educación del menor, o sobre la atribución de la guarda a un tercero (art. 376.1, *in fine*). Se critica la ambigüedad del precepto, dado que permite, de modo implícito, la delegación de la autoridad parental, incluso, en casos en los que el pacto sea el resultado de un juego de fuerzas muy desfavorable a uno de ellos, y que puede ser vivida por el menor como un abandono. Aunque no hay que ignorar que en dichos casos, el juez de familia, tras haber constatado la violación evidente de los derechos imprescriptibles de uno de los padres sobre sus hijos, en condiciones dañosas para estos, resolverá la nulidad del pacto sobre la base de atentar al «orden público»⁵⁴.

Asimismo, y por otra parte, el artículo 377 del Código Civil regula la llamada *délégation d'autorité parental volontaire*, que permite que los padres, conjunta o separadamente⁵⁵, demanden al juez de familia, cuando las circunstancias lo exijan al no permitirles ejercer sus responsabilidades, la delegación, total o parcial, de la autoridad parental a un tercero: (miembro de la familia o una persona digna de confianza, establecimiento habilitado para el acogimiento de menores o el servicio departamental de ASE)⁵⁶. Por imposición legal, esta delegación solo puede ser «parcial», subsistiendo, en todo caso, el derecho de visita o de alojamiento ocasional, o incluso una función de dirección moral del menor; y cuya elección del tercero en concreto no pertenece a los padres, sino que la misma será el resultado de un juicio llevado a cabo por el juez de asuntos

familiares tras la audición del padre y de la madre (art. 377 al 3), y recabar el consentimiento de los padres o de aquel progenitor que tenga atribuida la autoridad parental.

Esta delegación solo se producirá si el juez verifica las circunstancias que lo exigen, no siendo suficiente la sola voluntad del titular de la autoridad, de tal modo que si los padres han solicitado la delegación a un tercero que el juez, finalmente, no estima de confianza, este no podrá atribuir la guarda a otra persona física o moral; posibilidad, esta, que está reservada solamente a los supuestos de delegación forzosa de la autoridad parental, la cual será objeto de atención más adelante. A tenor de lo expuesto (GOUTTENOIRE, 2011, pág. 8), la sentencia de la Corte de Casación, de 16 de abril de 2008 (recurso núm. Y 07-11.273) resolvió en dicho sentido en un caso en el que, habiendo el padre solicitado la delegación de la autoridad parental a la compañera de la madre fallecida, pero pretendiendo los tíos la misma en razón de la voluntariedad de la delegación, el juez, al rechazar la delegación a favor de la compañera sentimental de la madre, lo único que puede hacer es inquirir al padre que tome otras disposiciones, o al Ministerio Público, presente en la instancia, que solicite otras medidas de asistencia educativa, pero en ningún caso puede otorgar la delegación a los tíos⁵⁷.

Por otro lado, en lo que respecta a la «delegación de la autoridad parental impuesta por un tercero» (*délégation à la demande d'un tiers*), el artículo 377.2 prevé, con carácter excepcional, que en caso de desinterés manifiesto, o si los padres se encuentran en la imposibilidad de ejercer toda o parte de la autoridad parental (enfermedad, prisión, huida, alejamiento, etc.), un particular, un establecimiento o el servicio departamental de ASE que haya acogido al menor puede demandar al juez de Asuntos familiares del Tribunal de Gran Instancia (art. 1203 CPC)⁵⁸ para que le delegue, total o parcialmente el ejercicio de la autoridad parental (excluyéndose en todo caso el ejercicio de consentir la adopción del hijo). Asimismo, es importante matizar que, según el artículo 377.3 del Código Civil, cuando el menor ha sido objeto de una medida de asistencia educativa, el juez de asuntos familiares no puede imponer la medida de la delegación forzosa de la autoridad parental sino bajo consulta y opinión del juez de menores.

Como se ha apuntado en párrafos anteriores, la delegación suele ser la respuesta final a los casos en los que el juez de menores haya adoptado previamente una medida de asistencia educativa de separación del menor y acogimiento de larga duración ante los servicios del ASE, cuando la esperanza de retorno al domicilio deja de existir y el desinterés de los padres es manifiesto (a solicitud de los propios servicios sociales). Aunque se critica por algunas voces doctrinales (FOOSIER/GRATADOUR, 2008, pág. 76) que la Ley de 5 de marzo de 2007 ampare la práctica más común por los Servicios Sociales de mantener la medida de asistencia educativa pero solicitando al juez que les provea de determinados poderes no usuales para el ejercicio de la autoridad judicial, más que pedir la

delegación de la autoridad parental, la cual sería, en ocasiones, más beneficiosa para el menor.

Al respecto, se ha ido elaborando por la jurisprudencia francesa una serie de criterios en orden a valorar si la actitud de los padres es o no de desinterés para proceder en consecuencia, respectivamente, a la delegación de la autoridad parental (el solo hecho de solicitar irregularmente noticias de su hijo; o una visita rápida todas los años acompañada de un pequeño regalo, sin comunicar nunca al hijo el deseo de volver con él al hogar), o a la denegación de la misma (el padre o la madre solicitan al juez volver a estar con su hijo mediante entrevistas o correos; o cuando regularmente se entrevistan con su hijo enviándole vestidos o dinero, aunque no puedan contactar presencialmente con él)⁵⁹. Aunque también es un supuesto tipo de delegación la solicitada por los abuelos que han cuidado siempre de su nieto y temen un cambio radical de los padres.

En definitiva, los efectos de la delegación forzosa se producen en un doble sentido: *a)* por un lado, todo o parte de los derechos de la autoridad parental son delegados al tercero, conservando los padres el derecho a consentir la adopción y el matrimonio del menor, y el derecho de visita y su alojamiento ocasional; aunque continúan siendo titulares de la patria potestad (derechos hereditarios, de alimentos), al igual que ocurre con la suspensión de la patria potestad a causa del desamparo del menor en el Derecho español. Si bien, es interesante como en algunas ocasiones, el juez permite en la misma decisión que otorga la delegación o en una ulterior, que se procedan a arbitrajes entre delegantes (padres biológicos), y los delegatarios (que asumen la autoridad parental). *b)* y, por otro, el menor es acogido bajo la vigilancia de la administración del tercero y su protección, percibiendo las ayudas o subsidios familiares, así como las ayudas financieras.

Finalmente, en todos los supuestos de delegación de la autoridad parental, se puede producir una restitución a los padres de los derechos delegados a través de un nuevo juicio bajo la doble condición de probar que existen circunstancias nuevas que respetan el interés del menor, como de que el menor no haya sido objeto de una declaración de abandono habiendo implicado su acogimiento con vistas a la adopción. En dicho caso, el juez de asuntos familiares puede exigir a los padres el reembolso de los gastos de mantenimiento del menor (art. 377-2 CC).

ii) Por último, la *retraitre de l'autorité parentale* (nuestra privación de la patria potestad), regulada por la Ley número 96-604, de 5 de julio de 1996, *relative à l'adoption*, aparece, frente a la delegación, como una sanción grave contra los padres, conservando estos solo el derecho de visita y de correspondencia con el hijo. Esta privación se puede producir, al igual en el Derecho español, a través de la vía penal o la civil.

Según el artículo 378 del Código Civil, el juez penal tiene la potestad (no siendo algo automático a excepción de los delitos contra la libertad sexual del

hijo, tal y como se ha comentado con anterioridad) de privar a los padres de la autoridad judicial (pronunciándose expresamente al respecto y sin la asistencia de jurado) cuando sean condenados: bien como autores, coautores o cómplices de un crimen o delito cometido contra la persona del menor; o bien como coautores o cómplice de un crimen cometido por el menor (art. 378 CC). Pues en el caso de que los padres cometan el delito de abandono de familia, solo si aquellos no aseguran el cumplimiento de sus deberes paterno filiales en un plazo de seis meses podría condenárseles, igualmente, a la privación de la autoridad, pero no en caso contrario.

Asimismo (MALAURIE/FULCHIRON, 2011, pág. 654), la privación se puede producir por una decisión emanada de la jurisdicción civil en orden a proteger al menor en aquellos casos en los que, existiendo delito de los padres, el juez penal no se haya pronunciado respecto a la privación de la autoridad parental; o en aquellos otros que sin existir delito, se prueben circunstancias tales que conlleven que la salud psicológica del menor, su equilibrio afectivo, o su moralidad estén en peligro, sin que existan factores de ayuda para contrarrestar dichos peligros (ausencia de otros parientes, abuelos, el carácter de debilidad del menor, etc.). En concreto, la jurisprudencia ha estimado como supuestos de privación: *a*) los malos tratos, tanto físicos como psíquicos, ya sean o no intencionales (vejaciones, agobiar el menor con trabajos por encima de su capacidad; injurias, violaciones, golpes); *b*) la falta de cuidados elementales (por ejemplo, cuando padres sufren una enfermedad contagiosa crónica y rechazan que los hijos dejen de vivir con ellos por egoísmo o inconsciencia); *c*) el consumo habitual de alcohol y de estupefacientes, dado que es el supuesto más frecuente de privación, al ser también causa de malos tratos, y de privar de alimento a sus hijos por el gasto en droga y bebidas; *d*) Y los ejemplos perniciosos, que son el caso más delicado de juzgar como causa de peligro del menor. Éstos están casi ausentes en la jurisprudencia, a excepción del supuesto de que los padres sean miembros de una secta en la que existan claros factores de desintegración social para el menor (distorsión de la realidad, ritos y la improductividad sistemática, etc.); *e*) y los comportamientos delictivos de los padres, siempre que sean graves y repetitivos; *f*) la falta de dirección, de vigilancia y de consejo sobre los menores, en casos en los que el menor es abandonado a la calle, y expuesto a todo tipo de peligros morales y físicos; y *g*) en los casos en que los padres, cuyo hijo ha sido objeto de una medida de asistencia educativa, no han ejercitado «voluntariamente» durante dos años los atributos de la autoridad parental pudiéndolo hacer. Por el contrario, no han sido constitutivos de privación, entre otros, el solo hecho de estado mental frágil del padre (sentencia de la Corte de casación francesa de 14 de junio de 1998); una agresión sexual a un tercero; o por ausencia del padre.

Por último, en lo que se refiere a las consecuencias de la *retraite de l'autorité parentale*, la privación puede ser total o parcial, extendiéndose aquella a todos

los derechos de representación, administración de bienes, guarda, y consentimiento de la adopción, emancipación o matrimonio del menor, etc., respecto a todos los hijos menores ya nacidos en el momento del juicio (art. 379 CC); y extinguiéndose, igualmente, la obligación de alimentos del hijo respecto al padre. Frente a la privación parcial en la que el juez debe pronunciarse expresamente sobre los derechos parentales que se privan o limitan (por ejemplo, a veces se limita a la privación de la «guarda» del menor). Asimismo, si el otro cónyuge ha fallecido o ha perdido también el ejercicio, el juez, en consecuencia, deberá prever en la misma sentencia, bien nombrar a un tercero que ejerza la autoridad provisionalmente y a cargo de quién se encuentra requerir la organización de tutela del menor; o bien confiar al menor al servicio departamental del ASE, considerando al menor como *pupille d'État* si se ha producido la privación total de la autoridad parental (art. 380 CC). Finalmente, y al igual que para el supuesto de la delegación, se regula la restitución de la privación en el artículo 381 del Código Civil, cuyo contenido se califica por algunos autores de lacónico al condicionar la restitución a la justificación al juez de circunstancias nuevas; lo que no obsta para que el Ministerio Fiscal, en su caso, solicite medidas de asistencia educativa en orden a facilitar la restitución de los derechos (art. 381.3 CC).

2. APUNTE AL DERECHO AMERICANO DE PROTECCIÓN DE MENORES: *THE FOSTERING CONNECTIONS FOR SUCCESS AND INCREASING ADOPTIONS ACT* (2008)

La protección jurídica del menor en riesgo o en peligro en los Estados Unidos⁶⁰ se cifra en una continua lucha entre la inmunidad parental y la responsabilidad social, en la que habiendo siendo, históricamente, una batalla ganada a favor de los padres, en la actualidad se critica que las autoridades gubernamentales tengan un poder excesivo sobre la autoridad parental que, paradójicamente, no lleva aparejada una responsabilidad por actos negligentes al respecto (el Estado, como «último parente» que cuida de los menores de edad bajo el concepto de *parens patriae*, tiene el derecho de someter a los padres a la crítica pública y al examen legal). Y desde el punto de vista competencial, hay que precisar que, aunque la protección del menor es básicamente responsabilidad de los diferentes Estados (normativa de derecho penal y de derecho civil sobre abuso y negligencia en las relaciones paterno-familiares), el brazo ejecutivo y legislativo del Gobierno federal también juega un papel relevante en dicha protección (dado que el Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos provee de unos modelos legales a los Estados, y de servicios técnicos para que la normativa estatal sea acorde a los criterios federales). Por tanto, los jueces estatales y federales son ambos competentes para resolver acerca de la materia⁶¹.

Tal y como se ha apuntado, el Derecho americano, como regla inveterada, ha defendido el criterio de *parental immunity* en el ámbito civil y criminal, en

orden a aplicar el derecho de los padres a disciplinar a sus hijos de acuerdo a sus creencias religiosas o culturales. Si bien, el caso *North Carolina case of State v. Jones* —95 N.C, 588, 1886— ilustró el cambio de orientación que se iba a producir a finales del siglo XIX o inicios del siglo XX en el sentido de que los padres tienen el derecho básico de cuidar a sus hijos, pero que los derechos parentales no son ilimitados (GRAVEN, 1990, pág. 155). Pues dicho principio de inmunidad fue matizado por el juez en dicho caso en el que, ante el maltrato físico severo a su hijo (habiéndole causado la dislocación de la articulación del pulgar), bajo el argumento de corregir su desobediencia, se concluye que dicho derecho «no puede ser excesivo ni cruel», de modo que el padre fue declarado culpable criminalmente. Es cierto que otras muchas sentencias se seguían negando a considerar el castigo severo, incluso, como un acto criminal, en base a que dichos actos han de dejarse al *family goverment*, siendo sorprendente que en 1998 en el Sur del Estado de Carolina unos padres alegaran el Antiguo Testamento como justificación por haber pegado a su hija de trece años muy severamente, dado que esta les había mentido acerca de haber ido a la fiesta de unos amigos. Y aunque el juez no aceptó la justificación de los padres, afirma en la sentencia, sorprendentemente, que los padres querían a su hija, pues le hacen sufrir para que aprenda⁶². Incluso, el criterio cultural fue el utilizado para la defensa en el caso de New York, *Dumpson v. Daniel M* [N.Y. Law, J, at 17, c 7 (16 oct. 1974)] en el que el Comisionado de Servicios Sociales en Nueva York accionó, finalmente, para la privación de la custodia de los tres hijos de un matrimonio por el uso excesivo de castigos a uno de ellos. El padre (taxista y estudiando para graduarse en ingeniería en Brooklyn College) y la madre (profesora de química y biología en High School) justificaron pegar a su hijo de siete años «con sus manos, un cinturón y sus pies», porque su bajo rendimiento en la escuela era una vergüenza para la familia, y de acuerdo con la cultura nigeriana si esto ocurre los padres pueden castigar severamente al hijo. Finalmente, la Corte de Nueva York declaró el castigo excesivo, y fue considerado negligente, mandando que los padres recibieran tratamiento y consejo, y ordenó que le devolvieran la custodia de tres de los cuatro hijos respecto a los que se les había privado temporalmente de su custodia, excepto la del menor maltratado.

En definitiva, la reacción legal en Estados Unidos se produjo a raíz de diferentes casos de violencia a menores en los años sesenta, y la influencia de la publicación de un estudio de investigación por el doctor C. Herny Kempe's sobre el «síndrome del menor maltratado», que hizo que se regulara la intervención estatal en las relaciones parentales y la protección del menor se convirtiera una cuestión pública en los comienzos de los años setenta. En primer lugar, la *Mandatory Child Abuse Reporting Law* de 1963 definió y acotó el ámbito y el número de profesionales que podían denunciar el abuso, lo que se ha ampliado en la actualidad en la mayoría de los Estados a todo profesional (por ejemplo, en Código Penal de California, 1990).

En la aplicación práctica de dicha normativa, dado que el número de casos de desprotección aumentaba considerablemente, los servicios de protección, una vez retirada la custodia del menor, veían cumplida su misión cuando establecían el acogimiento al menor, que se hacía casi permanente al no hacerles un seguimiento ni un control de su duración. De tal modo que la realidad constataba dos problemas que adolecían de falta de regulación: por un lado, el aumento de la edad de los menores era proporcional a la dificultad en su adopción, pues las familias que les acogían no podían financiar la adopción; y por otro lado, los menores que podían ser adoptados seguían bajo la autoridad parental de sus padres.

En consecuencia, y en un intento de dar solución a los problemas enunciados, se promulgaron en los años setenta el *Model Subsidized Adoption Act*, como el *Model Act to Free Children for Permanent Placement*. Aunque aquella tuvo por finalidad otorgar beneficio financiero a los niños candidatos a una adopción por aquellas familias con dificultades para ello, se constató en la práctica que dichos niños no adoptables (entre seis y doce años, y que pertenecían a grupos con muchas dificultades, por padecer problemas físicos por maltratos o emocionales y de comportamiento, y por pertenecer a grupos éticos o marginales) seguían sin serlo, pues el aumento fue casi insignificante. Por otra parte, la segunda ley citada tuvo por finalidad regular el proceso judicial para privar de la autoridad parental a los padres en orden a que el menor pudiera ser adoptado o acogido de forma permanente; promover acogimientos permanentes de menores privados de la custodia y autoridad de sus padres; y todo esto dentro del marco que asegurara los derechos e intereses constitucionales de cada parte. Si bien, la misma no fue traspuesta por los Estados dada la crisis a la que, en realidad, se enfrentaba el sistema acerca de los acogimientos.

Así las cosas, lo cierto es que, ante los esfuerzos de quién sería el Vicepresidente de Estados Unidos, el senador Walter Mondale, el Congreso respondió al reto de la crisis apuntada con la promulgación de la *Child Abuse Prevention and Treatment Act of 1974*, que introdujo dos novedades de interés: por un lado, la creación del *National Centre on Child Abuse and Neglect*, y por otro la fijación de unos estándares mínimos para el funcionamiento del sistema de protección del menor⁶³; y que se convirtió, finalmente, en Ley en 1980 a través de la *Adoption Assistance and Child Welfare Act*, que tuvo por principal objetivo enfrentarse al conflicto que nacía del desamparo del menor, entre los derechos paterno-filiales en educar a su hijo y la responsabilidad social en proteger a los menores. Esta ley mejoró, en definitiva, en los siguientes aspectos de interés: *a)* otorgar ayudas suficientes a las familias en riesgo para prevenir que los hijos entren en el sistema estatal de acogimiento; *b)* mejorar la provisión de servicios del sistema de acogimiento; *c)* y tener como fin, bien el retorno del menor a su familia, como la adopción del mismo; *d)* y, lo más importante, es que introdujo el concepto y la exigencia por los servicios sociales del «esfuerzo

razonable» para prevenir que a los padres les retiren la custodia de sus hijos, ofreciendo para ello, tanto a los padres (por ejemplo, servicios de rehabilitación de drogas, aporte psicológico, consejo, etc.), como al menor servicios para dicha prevención, como para que los menores retornaran a la familia. Asimismo, dichos servicios establecían un plazo de dieciocho meses para que la familia aprovechara dicha ayuda y al que condicionaban la vuelta del menor o, en caso contrario, la privación de la autoridad parental. *e)* Incluso, la ley obligaba a los Estados para que estos establecerieran un proceso, administrativo o judicial, de revisión de los casos cada seis meses.

Finalmente, a finales de 2008 el Congreso de los Estados Unidos ha promulgado una Ley que se califica como la reforma más significativa en treinta años sobre el sistema de protección del menor vulnerable, *The Fostering Connections for Success and Increasing Adoptions Act*⁶⁴, que se ha centrado en solventar ciertas problemáticas, aún no resueltas, que el sistema revela y que se han acentuado por la crisis económica en la que estamos inmersos: por un lado, que un número significativo de los menores, de los más de 800.000 que al año entran en el sistema de acogimiento en Estados Unidos, ni vuelven con su familia, ni son adoptados; y, por otro, que los adolescentes salen del sistema sin apenas ayuda para su futuro inmediato y sin ninguna familia de referencia.

En cualquier caso, como siempre, la bondad de la ley dependerá de que los Estados implementen las medidas establecidas, las cuales son, entre otras, las siguientes: *a)* el establecimiento de un sistema de transición de acogimiento hasta la edad de veintiún años; *b)* extremar los esfuerzos para que los hermanos estén juntos o, al menos, que tengan un contacto significativo; *c)* otorgar ayuda económica a la familia extensa cuidadora de niños cuyos padres tienen dificultades (a dichos cuidadores les otorga una importancia capital y le dan preferencia frente al acogimiento de familias ajenas a la extensa y a la institucional); *d)* incentivar la adopción de menores, incluidos aquellos con necesidades especiales; *e)* incrementar recursos para la formación de profesionales del sector; *f)* y, una novedad de gran interés que dota de más equidad al sistema, extender los recursos al sistema de protección del menor de las tribus nativas americanas acorde a sus principios y cultura; así como, ayudar en los supuestos de familias inmigrantes en dificultades (elaboración de protocolos, y derecho a la asistencia, en todo momento, a una traducción en su idioma, etc.)⁶⁵.

No obstante, dado que la Ley se centra, principalmente, en el sistema de acogimiento cuando la custodia o la autoridad parental se ha retirado a los padres, desde algunas Fundaciones estatales, como *Casey Foundation*, junto con el Centro para el Estudio de Política Social se trabaja en la prevención, dotando a los Estados financieramente para ayudar a las familias a solucionar sus problemas y evitar el riesgo de la separación del menor de sus familias: así, por ejemplo, a través del *Earned Income Tax Credit* —EITC— programas especiales de ahorro a las familias —*smart CD*—⁶⁶, y programas de préstamos a bajo interés en

unión con Fundaciones de desarrollo de familias de economía rural para poner en marcha pequeños negocios —los llamados *cross-program collaboration*—y para ayudar a integrar el sistema de protección del menor con las estrategias de ayuda a la economía familiar⁶⁷.

VI. PROPUESTAS DE CAMBIO

A tenor de lo expuesto hasta ahora se puede constatar que, según los Tribunales españoles, en orden a respetar los principios constitucionales y normativa internacional sobre la protección de menores, siempre que sea posible (y no exista una situación grave de desasistencia moral y/o material, *sino de riesgo*) deberán aplicarse ayudas de carácter psico-social, personal o económico, utilizando medidas que no impliquen la separación del menor de su hogar, sin perjuicio de que si tales medidas no obtienen los resultados deseados en un tiempo prudencial, tendrá que adoptarse en el caso concreto otra medida. En otras palabras, los jueces y Tribunales, desde el momento en el que comienzan a conocer la oposición a las resoluciones administrativas de desamparo, han venido proclamando que las Administraciones Públicas deben interpretar el concepto de desamparo de forma restrictiva, y que solo procede que la Administración asuma la tutela del menor en los casos más graves, esto es, cuando se produzcan carencias graves en la satisfacción de las necesidades básicas del menor que dificulten o limiten su desarrollo físico, psíquico o social.

En definitiva, esta doctrina jurisprudencial fue la que abrió el camino a la incorporación a nuestro Ordenamiento de la distinción entre situaciones de riesgo y de desamparo, teniendo como fundamento el derecho que asiste al menor a vivir con su familia, así como el derecho del menor y sus padres o tutores al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950)⁶⁸.

1. IMPORTANCIA DE LA «CREACIÓN DE ESCALAS DE DETECCIÓN DE MENORES EN RIESGO»

De la aseveración transcrita en el párrafo anterior, y de las resoluciones judiciales, se desprende la delicada distinción de las situaciones de riesgo de las de desamparo; dificultad que se agrava por el desajuste entre profesionales administrativos y jueces, entre otras razones, al utilizar lenguajes técnicos distintos que impiden una comprensión mutua e interfieren en su comunicación en orden a clarificar ante qué supuesto estamos, si de riesgo o de desamparo. Si bien, en algunos estudios puntuales se aluden a diversos factores a tener en cuenta: por un lado, *el tipo y características de la desprotección* (alcance e intensidad), siendo, por ejemplo, desamparo una situación en la que exista una

alta probabilidad de que se produzca de forma inmediata un episodio severo de malos tratos; y por otro, *las circunstancias del propio menor* (la falta o no de capacidad del menor para autoprotegerse y buscar ayuda; mantener o no una relación positiva o segura con algún miembro de su entorno familiar; la existencia o no de problemas emocionales y conductuales graves, etc.); sin olvidar las *características del entorno socio-familiar* (reconocimiento de la situación o falta de conciencia sobre el mismo por los padres; y la disposición o no de estos a colaborar, etc.).⁶⁹

En consecuencia, abordo sucintamente la cuestión de la ambigua línea que en ocasiones divide la situación de riesgo de la del desamparo de un menor, frente a las graves consecuencias que produce una errónea calificación en el derecho a la integración familiar y prioridad de la familia natural de dicho menor; planteándose por ello, por otra parte, la necesidad de que se fomente la creación por los profesionales del sector de ciertos instrumentos o escalas que, del modo más objetivo posible, discriminen ambas situaciones, y sirvan a la eficacia y bondad de la Administración Pública en dicha tarea. Al respecto, no hay que ignorar que el *Plan de la Infancia y de la Adolescencia* (2013-2016) aprobado por el Gobierno español en abril del 2013, va a conllevar modificaciones de diferentes textos legales, proponiendo el Gobierno, por primera vez, definir en una norma estatal las llamadas situaciones de riesgo y desamparo. Y en conexión con la materia de protección del menor desamparado, se atenderá a las necesidades especiales de estos niños (sanitarias y educativas), priorizando siempre la integración en un núcleo familiar de los menores de tres años⁷⁰.

En cualquier caso, es loable y muy interesante aludir a la propuesta de instrumentos de reciente elaboración para superar dicho desajuste, como la escala EDEMER (escala de detección de menores en riesgo) realizada por los Servicios Sociales Comunitarios de la Diputación Provincial de Málaga en colaboración con la Universidad de Málaga (experiencia piloto y que llevan casi una década utilizando)⁷¹, que constituye un intento de interpretación de las situaciones de riesgo de desprotección previstas por la Ley 1/1996. Presenta una escala en la que se vierten los datos del menor, datos que se reflejan en un gráfico donde podemos contemplar el perfil que ofrece la situación del menor con unos valores prefijados, validadas estadísticamente. Aporta pautas orientativas para la toma de decisiones que nos ayudarán a encuadrar al menor en una determinada situación de riesgo mediante criterios homogéneos en tanto suponen un lenguaje común⁷². En sentido parecido y bajo la perspectiva de los modelos preventivos, existe una propuesta de planificación estratégica de la Diputación de Barcelona, con la colaboración de la Federación de Entidades de Atención y Educación a la Infancia y la Adolescencia (FEDAIA), que configura un punto de partida en la voluntad de proporcionar protocolos e instrumentos para la creación de redes de prevención, detección y acción a la infancia y la adolescencia en riesgo social para las administraciones locales⁷³.

En definitiva, dichos protocolos solo se utilizan a nivel provincial de servicios comunitarios, dada su competencia en la protección de los menores en riesgo, a diferencia de los menores en desamparo cuya competencia es de la Administración autonómica, en este caso, la Junta de Andalucía. Si bien, estimo que sería de gran valor la iniciativa de presentar y dar a conocer (para posterior trabajo conjunto) dichas escalas, tanto a nivel de la Administración autonómica, como del poder judicial en orden a homogeneizar respuestas. Es un camino que queda aún por andar.

2. LA RELEVANCIA DE LAS CAUSAS IMPUTABLES O NO, POR NEGLIGENCIA, A LOS PADRES EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNO-FILIALES

- A) *Referencia a la Ley italiana de 8 de mayo de 1983; la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia; y los criterios alternativos de la Ley francesa de 5 de marzo de 2007*

Si la conclusión a la que en líneas anteriores se ha llegado, es la importancia de delimitar las situaciones de riesgo de las de desamparo sobre la base del principio de subsidiariedad progresiva que informa las obligaciones legales de los responsables del menor, se hace preciso matizar que en la calificación de la situación de desamparo la mayoría de la doctrina española y la jurisprudencia sigue un concepto absolutamente objetivo, al punto de atender solamente a los hechos externos. Existiendo, por el contrario, doctrina civilista que considera importante, en orden a decidir la pertinencia o no del desamparo, valorar las causas, negligentes o no, e intenciones de los padres (manifestadas o no en actos concluyentes), así como el carácter reversible o no de las causas. Pues en ciertos supuestos el bien del niño exigirá el sometimiento de la familia a tratamiento (en tanto sea posible) aún en contra de su voluntad⁷⁴.

En dicho sentido, en base al mismo principio de subsidiariedad progresiva citado y más allá de la idea recogida en el párrafo anterior, considero que la desasistencia del menor derivada del hecho de que los padres no puedan cumplir sus deberes paterno-filiales, sin ser negligentes en ello, sino por causa de fuerza mayor, y reversible (reversibilidad que, a mi parecer, está condicionada por la falta o no de diligencia de los padres, dado que si no hay negligencia y, por tanto, existe una voluntad de los padres de colaborar con la Administración en orden a superar sus problemas, la recuperabilidad será más probable), no debería de ser un supuesto subsumible automáticamente en el desamparo con la consecuente suspensión total del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. Como, por el contrario, se constata, en algunas de las sentencias que rescato de las ya apuntadas a lo largo del trabajo; entre ellas, en la sentencia de la

Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de septiembre de 2007 (AC 2007/836), que declaró el desamparo respecto a una madre que no podía cumplir con dichos deberes, pues la misma padecía un deterioro físico importante al ser portadora de VIH, y manifestaba que no quería que sus hijos presentaran graves carencias alimenticias e higiénicas; o en la SAP de Álava, de 7 de julio de 1994 (AC 1994/1198), que ratifica la decisión de desamparo de los menores en un caso en el que los padres tenían desasistidos a sus hijos por falta de recursos económicos, de un hogar familiar y por la desintegración de la vida en común de los padres; en sentido parecido a la SAP de Madrid 10 de febrero de 2012 (JUR 2012/106257), en la que el Tribunal alude a que existe desamparo aunque no se pueda hacer ningún reproche a la madre (habiendo solicitado previamente la guarda asistencial a la Administración), pues la imposibilidad del cumplimiento es por causas económicas, queriendo la madre continuar ejerciendo la patria potestad. Casos, estos, de los que se desprende que las causas que provocaban el incumplimiento (económicas, de enfermedad, o de trabajo) eran ajenas a la desidia de los padres; antes al contrario, estos manifiestan querer cumplir con sus deberes respecto a sus hijos pero no poder, los que llegan a estar, es cierto, en una situación de desasistencia⁷⁵.

En estos supuestos, a mi parecer, no debería nacer, por ministerio de la ley, la tutela de la Administración, sino, entre otras soluciones, la mera guarda asistencial *ex artículo 172.2 del Código Civil*. Esta figura, como es sabido y aunque no podemos profundizar en la misma, solo nace en España a petición de los progenitores ante la Administración, y su concesión tiene por consecuencia que la entidad pública asuma solamente la guarda o custodia del menor (convivencia, velar por él, alimentarle) y el derecho a ejercitar los derechos y deberes derivados de esta, pudiendo los padres seguir ostentando el ejercicio de la patria potestad o toma de decisiones más transversales respecto al ámbito personal y patrimonial de su hijo, esto es, la representación del menor, la responsabilidad de administrar debidamente sus bienes y, por supuesto, el derecho de visitar al menor⁷⁶.

Esta propuesta la mantengo por las razones que se expondrán a continuación, y a pesar de que se pudiera, en principio, contraargumentar que el legislador español, por medio de la Ley de Adopción Internacional de 2007, ha otorgado una solución a dichos casos a través de la concesión del plazo de dos años para que los padres, por cambio de circunstancias por haber superado las dificultades, puedan solicitar a la Administración que cese el desamparo y puedan recuperar al menor. Pues esta modificación afecta al supuesto de hecho del desamparo, y no a la consecuencia jurídica que es lo que estamos tratando.

Considero, por tanto, que sería razonable y necesario acometer una reforma legal del tenor de la norma española, trayendo para ello como elemento de reflexión normativas jurídicas de nuestro entorno: por un lado, el que nos aporta el Derecho italiano (aunque con las matizaciones debidas, al no referirse

al supuesto del desamparo estrictamente sino al de adoptabilidad del menor). En concreto el artículo 8 de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983, *sobre el derecho del menor a tener una familia* (en los mismos términos que el art. 5 de la Ley de 28 de marzo de 2001)⁷⁷, que establece que el menor no está en estado de adoptabilidad, cuando a pesar de probarse la situación de abandono de los menores, ya que carentes de asistencia moral y material por parte de los padres o de los familiares que deben ocuparse de él, se constate que dicha falta de asistencia se deba a un motivo transitorio de fuerza mayor. Y, por otro, una normativa que presenta concomitancias con el precepto italiano, el artículo 165 de la derogada Ley catalana 9/1998, de 5 de julio, del *Código de Familia catalán*, que persiste en los mismos términos en la actual Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*, en el sentido de que: «*Si el desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad pública ejerce solo la guarda mientras se mantenga la situación*».

Incluso, la proposición que mantengo también puede encontrar cierto apoyo en las previsiones legales del modelo francés apuntado. Este se basa, en resumen, en la posibilidad, en mi opinión favorable y útil, de que las autoridades judiciales (pero pudiéndose hacer parangón con los poderes administrativos en España) puedan intervenir en supuestos de desprotección del menor (por imposibilidad, desinterés o relajación en el cumplimiento de los deberes paterno-filiales) haciendo disponer u otorgando poderes progresivos al tercero, según las circunstancias, esto es, a quién se delega el ejercicio de la patria potestad (entidad pública, entre otros). En concreto, el legislador francés, según hemos visto, ha previsto para casos de desasistencia del menor que el tercero solo tenga la guarda, y los padres continúen con la patria potestad; y si los padres agravan el incumplimiento, el juez puede delegar, a petición de los Servicios Sociales, la autoridad parental a un tercero. Incluso, una medida novedosa que estimo loable y equitativa en la defensa de los intereses, tanto de la familia y del menor, es la posibilidad de permitir arbitrajes para determinar el contenido de los poderes paternales que se suspenden y cuáles no (se podría entender como una especie de «mediación») entre los padres biológicos, o los delegantes de la patria potestad aún de modo impuesto, y los delegatarios, esto es, la Administración, en incluso según la ley francesa un tercero persona física o jurídica. Incluso, tal y como se recogió en el epígrafe anterior, se permiten revisiones de los pactos que se concluyan entre ambas partes y, todo en aras del mayor interés del menor.

B) *A modo de conclusión: crítica al sistema objetivo: la posibilidad de la guarda automática de la Administración y otras soluciones alternativas*

En cualquier caso, y a tenor de la justificación acorde con las peculiaridades de las previsiones legales citadas, propongo, en base al principio de subsidiariedad progresiva, una norma jurídica española que establezca que si el desamparo es debido a un caso de fuerza mayor de naturaleza temporal (prisión, enfermedad, situación económica, etc.) la entidad pública asuma de manera automática solamente la guarda asistencial y no la tutela del menor. Y que se reflexione o se tenga en cuenta la oportunidad de introducir la posibilidad de que la suspensión del ejercicio de la patria potestad no sea total, y se permitan mediaciones entre los padres y la Administración en orden a pactar el contenido de la delegación, y que las mismas sean revisables.

Más en concreto, considero que siempre que la desasistencia se deba a motivos económicos o de salud, se debería aplicar por la Administración en primer lugar, las ayudas (psico-sociales, personales y económicas) que no impliquen una separación del menor de su familia. Y solo en el caso de que dichas medidas no sean efectivas sin la separación del menor, al haberse agravado la situación por la ignorancia de los padres (pues puede darse el caso) acerca de haber podido solicitar la guarda asistencial a la Administración, y que incumplan los deberes paterno-filiales sin negligencia, se debería asumir automáticamente por la Administración *ex lege* solo la guarda y no la tutela automática. En virtud de lo expuesto, solo el caso más extremo en el que el incumplimiento sea por negligencia (no haya colaboración), y las causas no se prevean reversibles de ningún modo sería causa de desamparo, y nacería automáticamente la tutela automática o *ex lege* de la Administración.

Pues, ¿si existe una razonable voluntad de los padres en querer superar y cumplir con los deberes de sus hijos, qué sentido tiene una total suspensión del contenido de la patria potestad, y que estos no tengan poder de decidir nada respecto a la vida del menor, aun habiendo llegado a estar este en desasistencia? ¿No sería, en principio, suficiente como la separación del menor y la asunción de la guarda por la Administración? Pues, a pesar de la situación de peligro del menor y de que el juez adopte medidas de asistencia y protección, a los padres, como regla general, no se les debería suspender del ejercicio total de la patria potestad, antes al contrario, sería beneficioso para su misma autoestima y superación de los problemas que siguieran implicados en la toma de decisiones de sus hijos, o en cierta toma de decisiones. Asimismo, y aunque estemos ante casos de diferente naturaleza, y por tanto sin querer hacer analogía, se puede decir que, al igual que para el ámbito de las incapacidades, se ha constatado (a través de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad de 2006 ratificado por el Estado español) que la incapacitación judicial en términos absolutos no es acorde con la dignidad de la persona, siendo más respetuosa

con esta la imposición de medidas de apoyo a la capacidad del sujeto⁷⁸; en este campo, siempre que sea posible, la suspensión de la patria potestad debería ser excepcional y el mantenimiento de la autoridad la regla general, dejando la suspensión total para los supuestos de privación temporal o definitiva ante los incumplimientos más extremos, culposos y no reversibles (por haber cometido, por ejemplo, un delito contra el menor de maltrato, abuso, etc.).

Esta propuesta, por último, encuentra respaldo en el carácter gradual y flexible de la actuación administrativa, y en que, tanto los intereses del menor como los de su familia hayan de ser protegidos *ex artículo 39* de nuestra Constitución; en cuyos términos se pronuncia la Recomendación de la Comunidad Económica Europea 92/C287/08, de 1 de julio de 1992 (*JO* 11/04/1992).

VII. CONCLUSIONES

I. La protección jurídica del menor de edad ha de respetar el equilibrio en la defensa de dos principios esenciales, de protección constitucional e internacional: que la familia es la primera responsable del menor, y complementando a este, que el interés superior del menor exige, a veces, la protección especial del Estado.

II. El equilibrio citado puede romperse en el momento previo de análisis de una situación de riesgo o peligro para el menor, calificando de desamparo (del que debe acometerse, según doctrina jurisprudencial, una interpretación restrictiva en orden a la protección de la vida familiar —art. 8 de la Convención Internacional de los Derechos Humanos—), de lo que sería una situación de riesgo.

III. En orden a evitar una errónea calificación, parece ser intención del legislador crear estándares normativos para discriminar ambas situaciones. No obstante, mientras tanto, se ha de fomentar las propuestas de creación de instrumentos para superar dicho desajuste, los que, en la práctica y de modo puntual, están siendo utilizados por algunos servicios comunitarios.

IV. El sistema de protección del menor en Francia, sobre todo a raíz de la Ley de 5 de marzo de 2007, *portant réforme de la protection de l'enfance*, se basa en unas medidas de constitución judicial basadas en la subsidiariedad progresiva de las mismas.

Es de valorar que, a diferencia de la regulación española, algunas medidas de *assistance éducative*, que implican que ante una situación de riesgo se produzca la separación del menor de su familia, sin embargo, no impliquen la suspensión de la autoridad parental (con ciertas excepciones valoradas caso por caso). Y que, en relación a la medida de *delegation de l'autorité parentale* impuesta a los padres, aunque la misma implica la suspensión de la autoridad parental permite ciertos arbitrajes y acuerdos en orden a determinar la extensión de la misma.

V. Considero criticable el sistema objetivo español en orden a valorar el incumplimiento de los deberes paterno-filiales, proponiendo que el juez tenga en cuenta las causas imputables o no por negligencia a los padres del incumplimiento de los deberes paterno-filiales, en orden a la medida en concreto que deba ser adoptada.

Las razones económicas y de salud no deberían implicar una suspensión de la patria potestad (Recomendación de la CE 92/C287/8/50).

VI. Propongo de *lege ferenda*, por una parte, la creación de una norma que establezca, inspirada en el Derecho Civil italiano y catalán que, «si el desamparo se debe a fuerza mayor, la entidad pública ejerza automáticamente no el desamparo, sino la guarda asistencial mientras se mantenga la situación». Y por otro, que los casos más graves la suspensión de la patria potestad no tenga por qué ser total en todos los supuestos (se permitan mediaciones entre la Administración y los padres en orden a pactar el contenido de la medida), y que las mismas sean revisables.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STEDH de 14 de enero de 2003 (*JUR* 2003/50027).
- STC de 3 de octubre de 1994 (*EDJ* 1994/8153).
- STC de 25 de noviembre de 2002 (*RTC* 2002/220).
- STS de 31 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/9195).
- STS de 29 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9980).
- STS de 10 de febrero de 1999 (Iustel 240254).
- STS de 3 de mayo de 2001 (Iustel 308585).
- STS de 29 de junio de 2001 (*RJ* 2002/1470).
- STS de 9 de julio de 2002 (Iustel 330814).
- STS de 27 de noviembre de 2003 (Iustel 2119867).
- STS de 23 de mayo de 2005 (Iustel 23803).
- STS de 10 de noviembre de 2005 (Iustel 245639).
- STS de 6 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/6745).
- STS de 17 de febrero de 2012 (*RJ* 2012/39241).
- STSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 2012 (*RJ* 2012/11112).
- SAP de Álava, de 7 de julio de 1994 (*AC* 1994/1198).
- SAP de Valencia, de 12 de febrero de 1996 (*AC* 196/375).
- SAP de Sevilla, de 23 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/8672).
- SAP de Jaén, de 10 de enero de 2001 (*EDJ* 2002/5196).
- SAP de Cádiz, de 19 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/303272).
- SAP de Sevilla, de 8 de marzo de 2002 (*AC* 2002/260).
- SAP de Barcelona, de 16 de marzo de 2002 (*AC* 2002/1027).
- SAP de La Coruña, de 17 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/205513).

- SAP de Badajoz, de 21 de abril de 2003 (*JUR* 2003/131304).
- SAP de Valencia, de 30 de abril de 2002 (*JUR* 2002/185690).
- SAP de Burgos, de 3 de diciembre de 2003 (*JUR* 2003/43091).
- SAP de Barcelona, de 20 de enero de 2004 (*EDJ* 2004/4376).
- SAP de Vizcaya, de 21 de julio de 2004 (*JUR* 2004/305912).
- SAP de Cádiz, de 26 de julio de 2004 (*ARP* 2004/571).
- SAP de Álava, de 14 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/97462).
- SAP de Barcelona, de 19 de abril de 2005 (*JUR* 2005/172399).
- SAP de Álava, de 10 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/58357).
- SAP de Murcia, de 6 de febrero de 2006 (*AC* 2006/161498).
- SAP de Islas Baleares, de 30 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/160014).
- SAP de Murcia, de 25 de abril de 2006 (*AC* 2006/906).
- SAP de Zaragoza, de 2 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006/117982).
- SAP de Madrid, de 14 de septiembre de 2007 (*AC* 2007/836).
- SAP de Alicante, de 29 de enero de 2008 (*JUR* 2008/192746).
- SAP de Madrid, de 10 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/106257).
- SAP de Barcelona, de 23 de abril de 2013 (*JUR* 2013/191287).
- SAP de Madrid, de 7 de mayo de 2013 (*JUR* 2013/195775).
- SAP de León, de 21 de junio de 2013 (*JUR* 2013/249158).

BIBLIOGRAFÍA

- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006): *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Tecnos.
- BERCOVITZ-CANO, R. (2000): «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores?», en *Actualidad Aranzadi*, marzo, págs. 11 y sigs.
- BESHAROV, D. J. (1978): «The legal Aspects of Reporting Known and Suspected Child Abuse and Neglect», 23, en *Vill. L. Rev.*, pág. 458.
- CORRAL GARCÍA, E. (2003): «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 1987-2008.
- CHABAS, F. (1997): «Obs. Cass. crim. de 10 de octubre de 1996», en *JCP G. II*, págs. 1987 y sigs.
- CHENEDÉ, F. (2004): «Obs. TGI Nice, 8 juillet 2003, 7 avril 2004, 30 juin 2004», en *AJ Famille*, págs. 453 y sigs.
- DE PALMA DEL TESO, Á. (2006): *Administraciones Públicas y protección a la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública.
- DE TORRES PEREA, J. M. (2008): *Interés del menor y Derecho de Familia (una perspectiva multidisciplinar)*, Madrid, Iustel.
- «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán (2006)», en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II, abril-junio, págs. 669 y sigs.

- DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. (1999): «Rénover le Droit de famille: propositions pour un Droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps», en *Doc. Française*, págs. 90 y sigs.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009): «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», en *Actualidad Civil*, núm. 12, tomo 1, págs. 1357 y sigs.
- FERRER, F. (2002): «Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación», en *Revista de Derecho de Daños*, núm. 2, 2002, Rubinzel-Culzoni, Buenos Aires, págs. 346 y sigs.
- FERRER I RIBA, J. (2003): «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, Thomson & Civitas, págs. 1860-1861.
- FOSSIER, T. (2001): «*Obs. Civ.* 1.^{ère}, 23 janvier 2001», en *Juris-classeur périodique*, I, pág. 332.
- FOSSIER, T., GRATADOUR, H. E. (2008): *L'autorité parentale. Les guides d l'intervention sociale* (collection dirigée par Sophie COURALT). Issy —les— Moulineaux: ESF éditeur.
- «Fostering Connections Act Promises New Opportunities for Children Welfare Reform», en *Voice*, 2009, volum. 10, issue two [en línea], disponible en <http://www.aecf.org/~/media/Pubs/Other/V/VoiceSpring2009Volume10Issue2/voice2009spring.pdf>.
- FULCHIRON, H. (1990): «L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents», en *Juris -classeur Périodique. La semaine*, I., págs. 342 y sigs.
- GAREIL, L. (2004): *L'exercice de l'autorité parental*, Montcherein, LGDJ.
- GOUTTENOIRE, A. (2011): *La prise en charge de l'enfant d'autrui*, en Documento al que he tenido acceso durante mi estancia en el Centre de Derecho de Familia en la Universidad de Lyon III, págs. 1-9.
- (2007): «La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance: la recherche de nouveaux équilibres», en *Dalloz*, págs. 1090 y sigs.
- HAUSER, J. (2005): «*Obs. Rennes janvier 2005*», en *RTD.civ.*, págs. 378 y sigs.
- HUYETTE, M.; ROZENCZVEIG, J. P.; FOSSIER, T.; COPART, A.; GOUTTENOIRE, A.; RADÉ, C.; LASBATS, A., y MARIENBURG-WACHSMANN, A. (2007): «Dossier placement de l'enfant», en *AJ Famille*. Février, págs. 54 y sigs.
- INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO (2011): *¿Menores o adultos?: procedimientos para la determinación de la edad*, disponible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Menores-O-Adultos-Procedimientos_para_la_determinacion_de_la_edad-vOPT.pdf, págs. 170 y sigs.
- INFORME SOS RACISMO (2012): *Menores inmigrantes no acompañados*, disponible en <http://www.sosracismomadrid.es/web/alter/informeanual2012.pdf>, págs. 241-257.
- KATZ, S. N. (1998): «Parental rights and social responsibility in American Child Protection Laws», en *The changing family. Family Forms & Family Law*. Belgium, John Eekelaar, págs. 433-449.
- (2007): *Rapport de la défenseure des enfants pour l'année* [site internet de la défenseure des enfants], disponible en <http://www.defenseurdesenfants.fr>.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, F.; LÓPEZ B.; FUERTES J.; SÁNCHEZ, J. M., y MERINO, J. (1995): *Actualizaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores*. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales.

- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2005): «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, enero-diciembre, págs. 209 y sigs.
- MARTÍN CASALS, M.; RIBOT J., y SOLÉ FELIU, F. L. (2007): «Children as victims under Spanish Law», en *Children in Tort Law*, Part. II. *Children as Victims, Tort and Insurance Law*, vol. 18. Viena, Springer-Verlag, págs. 225 y sigs.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1992): «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fascículo IV.
- MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J. (2005): *El desamparo de menores*, Pamplona, Thomson Aranzadi.
- MURAT, P. (2005): «Obs. TGI Paris, 2 juillet 2004», en *Droit de la famille*, n. 1, pág. 52.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2009): «El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales», en M. P. RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Madrid, Civitas, págs. 709 y sigs.
- (1999): «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*. La Coruña, Universidad de La Coruña, págs. 26 y sigs.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (1998): *Adopción, acogimiento, tutela y otras Instituciones de Protección de Menores*, Valladolid, Lex Nova.
- PRATS CANUT, J. M. (2005): «Comentario al artículo 226 del Código Penal de 1995», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona, Thomson Aranzadi, págs. 1183-1184.
- ROCA I TRIAS, E. (1999): *Familia y cambio social*. Madrid, Cuadernos Civitas.
- RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, A. M. (2009): *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-familiares*. Madrid, Thomson Reuters.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (1988): «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 2, págs. 70 y sigs.
- SÁNCHEZ CAPELASTEGUI, L. (2006): *La privación de la patria potestad*. Barcelona, Atelier.
- SÁNCHEZ REDONDO, J. M. (2001): «Toma de decisiones. El plan de caso», en J. Paul OCHOTORENA y M. I. ARRUA BARRENA (coords): *Manual de protección infantil*, Barcelona, Madariaga, págs. 245 y sigs.
- SERRANO CASTRO, F. y OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2005): *En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LEC* [en línea], disponible en <http://prodemi.org/Informes>.
- SEVILLA BUJALANCE, J. L. (2002): *El menor abandonado y su protección jurídica*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- SEYMAR, J. (1994): «*Parents patriae* and wardship Powers. Their nature and its origins», 14, *Oxford J. Legal Studies*, 159, 1994.
- STANDLEY, K. (2006): *Family Law, 5th edition*. New York, Palgrave MacMillan.
- VV.AA. (2007): *Denunciamos las consecuencias del nuevo Proyecto de Ley de Adopción Internacional* [en línea]. Disponible en http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=409&Itemid=63

NOTAS

¹ Menores de edad indocumentados no acompañados.

² PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2009), «El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales», En M. P. GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*. Madrid, Civitas, pág. 709.

³ DE PALMA DEL TESO, Á. (2006), *Administraciones Públicas y protección a la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, pág. 18, que pone de manifiesto (a pesar de que el legislador estatal incorporó esta figura al Código Civil al cobijo del título competencial «legislación civil») la naturaleza jurídico-pública del desamparo, corroborado por la evolución histórica de la actuación pública en materia de protección de la infancia (debiendo mencionar la Orden de 1 de abril de 1937, sobre colocación familiar que establece la tutela legal de la Administración, al igual que el Decreto de 23 de noviembre de 1940). Se puede afirmar que la Administración actúa como poder público, esto es, investida de las tradicionales prerrogativas que el Ordenamiento les atribuye para servir al interés general, en este caso la protección de la infancia.

⁴ De forma especial, los menores inmigrantes no acompañados (MENAS), debido a su especial situación de vulnerabilidad; siendo a estos efectos irrelevante la ley personal del menor, dado que el artículo 9.6 del Código Civil establece que «será aplicable la ley española para tomar medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español».

Incluso, la Ley de Extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero, sobre *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*), considera regular, a todos los efectos, la residencia de los menores extranjeros indocumentados que sean tutelados por una Administración. De tal modo que la Administración autonómica, que tienen atribuida su tutela, está legalmente obligada a solicitar a la Administración del Estado, en interés del menor, el permiso de residencia, y esta última obligada a otorgarla.

⁵ Informe SOS Racismo (2012), punto 7. *Menores inmigrantes no acompañados*, disponible en <http://www.sosracismomadrid.es/web/alter/informeanal2012.pdf>, págs. 241-257, cuyas líneas recogen, entre otros datos, que: «(...) en España durante en el año 2010 se han incaido 294 procedimientos de repatriación, aunque solo doce superaron la fase de instrucción, y de esos doce ha podido ejecutarse el retorno en seis casos (en 2009 fueron 11). (...) Asimismo, España no puede expulsar a los menores de edad sin localizar previamente a sus padres. Si se quedan a vivir en España, sus tutores legales deben tramitar sus documentos y asesorarles para que no caigan en la irregularidad al alcanzar la mayoría de edad. (...)».

⁶ Informe del Defensor del Pueblo (2011), *¿Menores o adultos?: procedimientos para la determinación de la edad. Conclusiones respecto a la situación de España*, págs. 170 y sigs.

⁷ Informe SOS Racismo (2012), *op. cit.*, pág. 241.

⁸ Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que «el mutuo goce entre padres e hijos de la compañía del otro constituye un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que ponen trabas a dicho goce suponen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. Tal injerencia constituye una violación de dicho artículo a menos que esté prevista por la ley, persiga uno o varios fines legítimos en virtud del apartado 2 del artículo 8, y pueda ser considerada necesaria en una sociedad democrática» (vid. STEDH de 17 de diciembre de 2002, *Asunto Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos*, pa. 71, TEDH 2002/75).

⁹ En ocasiones el interés del menor puede justificar, por ejemplo, que este no sea entregado a sus padres biológicos (por el tiempo transcurrido hasta que la decisión ha sido firme) a pesar de la decisión jurisdiccional favorable a sus pretensiones, y el daño moral y psíquico que se deriva de dicha situación.

En consecuencia, una posible vía que les puede quedar a los padres es la compensación económica del daño moral sufrido interponiendo una acción de responsabilidad patrimonial

ante la Administración Pública, siempre que se reúnan los tres requisitos clásicos de dicha responsabilidad que es objetiva o sin culpa: una acción, omisión u acto administrativo; un daño o lesión efectivo, individualizado y evaluable económicamente, y que sea antijurídico o no soportable por el ciudadano por no existir una causa de justificación general, ni una ley o reglamento que conceda el derecho a la Administración a causar dicho daño. De tal modo que, al existir el artículo 172 del Código Civil, que permite dicha declaración de desamparo, el daño sería antijurídico en el único supuesto en el que ejercicio de la protestad administrativa discrecional de declarar dicho desamparo haya sido ejercida de modo arbitrario (art. 106 CE, y 139 y sigs. de la LRJ-PAC 30/1992, y RD 429/1993, de 26 de noviembre, *por el que se regula el procedimiento de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*) —vid. Auto de la AP de las Palmas, de 21 de abril de 2004 (EDJ 2004/124599), y STC de 3 de octubre de 1994 (EDJ 1994/8153); y SSAP de Sevilla de 12-6-2000 (EDJ 2000/38064); y 20-6-2001 (EDJ 2001/71828); y de Jaén de 10-1-2001 (EDJ 2002/5196)—.

¹⁰ En España la protección efectiva del menor cuando el riesgo no sea elevado se logra, principalmente, a través del nivel de atención primaria que depende principalmente de la Administración Local (en concreto, de los Servicios Comunitarios de las Diputaciones Provinciales cuando se trate de municipios menores de 20.000 habitantes y de los Ayuntamientos). Dentro de este nivel de atención primaria se ofrece: 1) Asesoramiento especializado e información de los recursos disponibles; labor de *conciliación social*; 2) *Canalización* del asunto a otros servicios y *realización de un informe social* evaluando la situación del menor y procurando ofrecer vías de solución a la problemática que se presente. 3) Incluso, la Administración local *podrá dar curso a un expediente individual familiar para solicitar una prestación o servicio concreto*. 4) *Ayuda a domicilio y los alojamientos alternativos*, cuando se carezca de un ambiente familiar idóneo, como otros *apoyos a la unidad convivencial para las situaciones de conflicto psicofamiliares* que puedan afectar al menor como, por ejemplo, a familias monoparentales, o con violencia de género; amén del interesante programa de la *Mediación familiar* (por psicólogos, trabajadores sociales y educadores sociales). 5) Por último, y respecto a las situaciones más extremas de marginación social, en este nivel sobresalen las *ayudas de emergencia familiares de carácter temporal y preventiva*, que se llevarán a cabo mediante equipos técnicos profesionalizados dependientes de los servicios sociales comunitarios.

¹¹ BERCOVITZ-CANO, R. (2000), «*Protección de menores versus protección de progenitores?*», en *Actualidad Aranzadi*, marzo, págs. 11 y sigs.

¹² MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J. (2005), *El desamparo de menores*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, y DE PALMA DEL TESO, A. (2006), «*Administraciones públicas y protección de la infancia*», en *op. cit.*, págs. 187 y sigs.

¹³ Señala el Tribunal Constitucional español la existencia de una laguna legal respecto al momento inicial para asegurar la constatación de forma rápida y eficaz de si un niño se encuentra o no en situación de desamparo.

¹⁴ Porque los estudios realizados informan de las consecuencias negativas que la separación puede causar en el menor (vid. ref. STEINHAUER, P. D. (1991), *The least detrimental alternative*, Toronto, y SCHAFFER, R. K. (1993), *Making decisions about children*, Cambridge, en SÁNCHEZ REDONDO, J. M. (2001), *Toma de decisiones. El plan de caso*, en J. Paul OCHOTORENA y M. I. ARRUBARRENA MADARIAGA (dir.), *Manual de protección infantil*, Barcelona, Madariaga, pág. 245.

¹⁵ DE PALMA DEL TESO, A. (2006), *op. cit.*, pág. 330, que se basa sobre todo en los dictámenes de la *Comissió Jurídica Asesora* (órgano consultivo de la Administración autonómica catalana que realiza las mismas funciones que el Consejo de Estado en el ámbito estatal), referidos a procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de daños producidos en ejercicio de la actividad de protección de los menores tutelados por la Administración (dictamen 94/00, de 17 de febrero de 2000; el 572/98, de 26 de noviembre de 1998; el 34/99, de 4 de febrero de 1999; el 444/02, de 7 de noviembre de 2002; el 20/02, de 10 de enero de 2002; 19/02, de 10 de enero de 2002).

¹⁶ En este sentido, también, PEREZ ÁLVAREZ, M. A. (1999), «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*. La Coruña, Ediciones de la Universidad de La Coruña, pág. 26.

¹⁷ Cfr. la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, *de promoción, atención y protección a la infancia y adolescencia* (art. 65.3); la Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, *de protección de los menores* (art. 52.2.b); o el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, *por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores* (art. 12). De este modo, en el artículo 11 del propio Decreto, se disponen las medidas dirigidas a asegurar la cobertura de sus *necesidades subjetivas*, lo que significa que se refieren a los aspectos personales y no los patrimoniales.

¹⁸ Se puede llegar a la conclusión de que la tutela *ex lege* de que trata el artículo 172 del Código Civil y el artículo 239 del Código Civil parte de una situación de hecho, que es la del desamparo del menor, para la que se prevén dos posibilidades: *a) la tutela ex lege* de la entidad pública a la que corresponda la protección de los menores; *b) la constitución de la tutela de forma ordinaria*, en atención al beneficio del menor, nombrando tutor a quien haya, en algún modo, tenido una cercanía o convivencia con él, de manera que pueda sentirse este en un clima más familiar o cercano; tutela que al no poder ser declarada por la Administración, deberá ser instada ante el juez, preferentemente por el Ministerio Fiscal. Aunque, en este punto existe una controversia doctrinal en el sentido de que, mientras un sector doctrinal estima que en estos casos la tutela *ex lege* tendrá preferencia cronológica, pues incluso en el supuesto en el que se declare la tutela ordinaria, mientras que esta se sustancia, procederá la tutela *ex lege* de forma automática y desde el mismo momento en que se declare el desamparo; otro sector considera que si existe entre tanto un guardador de hecho no existirá tal desamparo y se procederá, bien a mantener la guarda de hecho, bien a transformar dicha guarda de hecho en tutela ordinaria [vid. SEVILLA BUALANCE, J. L. (2002), *El menor abandonado y su protección jurídica*, Córdoba. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, pág. 191].

¹⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 60, págs. 1 y sigs., de la versión en CD-Rom; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1992), «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fascículo IV; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2002), *Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia y Sucesiones* (coord.: MORENO QUESADA, B.), Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 350; PÉREZ MARTÍN, A. J. (1998), *Adopción, acogimiento, tutela y otras Instituciones de Protección de Menores*, Valladolid, Lex Nova, págs. 215-216, en especial, pág. 99: no es posible tratar de sustituir estas guardas de hecho por el acogimiento familiar con la intervención de la entidad pública, previa la declaración de desamparo del menor, pues si el guardador de hecho está ejerciendo correctamente sus funciones, no procederá la declaración de desamparo; de otro modo, resultaría que tras la Ley 21/1987, la guarda de hecho ha sido sustituida por la tutela administrativa, y sin embargo sucede que la propia Ley otorga relevancia al guardador de hecho por medio del artículo 177-3.^º del Código Civil.

²⁰ Entre las resoluciones judiciales destaco el Auto de 3 de enero de 2002 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, que indica: «(...) Pues de lo que se trata, a la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo, es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de intervención de la Administración, *verificando si aquel tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la Ley, cualquiera que sea quien los proporcione (...)*». En esta sentencia se manifestaba que el menor, que se encontraba atendido por sus abuelos maternos, podía considerarse en una situación de riesgo, pero no de desamparo, por lo que no procede la tutela automática, debiendo adoptarse mecanismos de protección dentro del entorno habitual del menor; al igual que se pronunció, respecto a un supuesto de hecho similar, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla

(Sección 6.^a), de 23 de noviembre de 1999; de Álava, de 15 de junio de 1992, y de Asturias, de 24 de marzo de 1992.

²¹ Para profundizar en esta materia, vid. DE PALMA DEL TESO, A. (2006), *op. cit.*, págs. 259-268.

²² *Ibidem*, pág. 119, y cita la interesante STC 221/2002, de 25 de noviembre (FJ 5), en la que el Tribunal considera vulnerado el artículo 24.1 CE por prescindirse del trámite de audiencia a la menor y no hacer efectivo su derecho a ser oída en el procedimiento.

²³ Según STC 143/1990, de 26 de septiembre, debe procederse siempre al emplazamiento personal de los interesados, siempre que sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el escrito de interposición o en el expediente, siendo solo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio (doctrina aplicable a los procedimientos dirigidos a verificar, y, en su caso, declarar la situación de desamparo de un menor y la adopción de las consiguientes medidas de protección pública).

²⁴ Vid. UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., «Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección», en *Seminario permanente de la APDHA de Córdoba*, disponible en <http://www.apdha.org>. Y ver Informe del año 2003 del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento, págs. 197-207.

²⁵ FOSSIER, T. y GRATADOUR, H. E. (2008), *L'autorité parentale. Les guides d l'intervention sociale* (collection dirigée par Sophie COURAU). Issy —les— Moulineaux: ESF éditeur, pág. 62.

²⁶ Desde algunos sectores se alzaron voces que criticaron la ausencia de plazo para recurrir ante la autoridad judicial las resoluciones administrativas en materia de protección de menores [vid. SERRANO CASTRO, F. y OCANA RODRÍGUEZ, A (2005), *En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LEC*, disponible en <http://prodemi.org/Informes> en fecha de 24-2-2005]. Asimismo, en la realidad práctica se ponía de relieve que lo que se configuró en interés del menor puede demostrarse contrario a ese interés, pues el pleno desarrollo de su personalidad exigiría que en un plazo prudencial pudiera disfrutar de forma estable y permanente de un adecuado entorno familiar. De otro modo, según STS 221/2002, de 25 de noviembre, se corre el riesgo de poner en peligro la integridad moral del menor con la consiguiente lesión de este derecho fundamental (art. 15 CE).

Incluso, en la medida en que la Administración está legalmente obligada a revisar las medidas de protección para adaptarlas a las nuevas circunstancias, el juez puede controlar, precisamente, la falta de adecuación de las mismas a la nueva situación (control judicial dinámico), dado que la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 abrió las puertas del recurso contencioso-administrativo a cualquier acto ilícito de la Administración. Sin embargo en contra, las SSAP de Alicante, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/53533) y de Valencia, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/92884) —vid. DE PALMA DEL TESO, A. (2006), *op. cit.*, np. 270, pág. 125—.

²⁷ Así pues, el Gobierno, en lugar de hacer asumir sus responsabilidades a la Administración, buscando las causas de su desgraciada intervención —comunes en demasiados casos a otros— ha preferido ir por la vía cómoda de machacar los derechos de los padres y de los hijos, otorgando a la propia Administración, como si de una diosa omnipotente fuera, la decisión final a partir de los dos meses y dos años anteriormente citados para valorar las peticiones de los padres. Decisión que no podría ser recurrida ante los órganos jurisdiccionales, rompiéndose la separación de poderes que rige en nuestro Estado de derecho entre poder ejecutivo y judicial, a favor de aquél, cuando justamente lo más adecuado sería lo opuesto, que cada retirada decretada por la Administración viniera respaldada y garantizada por el control judicial (disponible en http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=409&Itemid=63).

²⁸ La práctica judicial evidencia que el desamparo tiene sus causas más frecuentes en: la existencia de un patrón familiar crónico de maltrato, agresividad, episodios de violencia

doméstica; carencia de domicilio conocido o cambios constantes de residencia; adicción al alcohol o drogodependencia; marginalidad o aislamiento social; falta de conciencia en orden a la situación de los hijos; práctica de la mendicidad; enfermedad mental y/o trastornos psíquicos de conducta; limitaciones psicológicas o inmadurez o perfil infantil; situación laboral irregular; ingresos en prisión; incapacidad para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad.

²⁹ ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009), «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», en *Actualidad Civil*, núm. 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2009, pág. 1357.

³⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2009), «El desamparo: resoluciones administrativas...», *op. cit.*, pág. 723.

³¹ Por tanto, hay que buscar el equilibrio entre todos los intereses en juego, tal y como recogen claramente las SSAP de Toledo, de 9 de febrero de 2000, y 25 de abril de 2002, afirmando esta última que: «*la situación de desamparo se ha de examinar minuciosamente atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso concreto, (...) de tal manera que solo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego*».

³² Vid. el interesante estudio de RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2009), *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-familiares*, Madrid, Thomson Reuters, en especial el capítulo cuarto sobre «Daños derivados del incumplimiento de ciertos deberes paterno-familiares», págs. 189-285. Esta autora (np. 425, pág. 229) cita la referencia de MARTÍN CASALS, M.; RIBOT, J., y SOLÉ FELIU, F. L. (2007), «*Children as victims under Spanish Law*», en *Children in Tort Law. Part. II, Children as Victims, Tort and Insurance Law*, vol. 18. Viena, Springer-Verlag, págs. 225 y sigs., a la sentencia de la AP de Sevilla de 5 de octubre de 2000 (JUR 2001/119306) en la que el padre demanda a la compañía de seguros una indemnización por los daños sufridos por su hijo, que el 1 de mayo de 1992 es atropellado por el propio progenitor cuando estaba realizando una maniobra de aparcamiento. El padre tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con la compañía demandada. El tribunal condena a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de diez millones de pesetas.

³³ *Ibídem*, np. 445, pág. 240, en dicha sentencia se pone de manifiesto la falta de diligencia de los padres por la muerte de su hijo de cuatro años de edad ahogado en una alberca de riego a nivel del suelo, parcialmente llena, que no tiene valla protectora y que se encuentra en finca no vallada (no había normal ni legal ni reglamentaria que exigiera dichas medidas). Pues aunque los padres manifestaron haber dejado al menor con unos vecinos (una señora ya mayor y su hijo más joven que al parecer advierte al pequeño de que no anduviera solo, pero sale a visitar a unas amigas en un cortijo próximo), no fueron diligentes al no reunir tales cuidadores una mínima garantía de que se iban a ocupar de forma concienzuda del menor.

³⁴ RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M. (2009), *op. cit.*, np. 430, pág. 232. Así se defiende por la doctrina y jurisprudencia alemana [ref. WACKE, A. (2000), *Minchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7 (Familienrecht I), Rebmann (Redakteur), 4, Auflage, Verlag, CH Beck, München, pág. 273. Y por el Derecho americano, vid. EPSTEIN, R. A. (2004), *Cases and materials on Torts*, New York, Aspen Publishers, págs. 1200-1203, en np. 435, pág. 234.

³⁵ Ref. FERRER I RIBA, J. (2003), «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, Thomson & Civitas, págs. 1860-1861, en RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2009), *op. cit.*, np. 436, pág. 235 (también, ver argumentos, en págs. 231-235), pues si se atiende a la nota de confianza que caracteriza la relación paterno-filial, es más razonable otorgar poderes amplios a los progenitores, en la medida en que resulta lógico presumir que son las personas que se hallan en mejor posición para discernir qué es más ventajoso para sus hijos. Al Ordenamiento Jurídico solo le correspondería fijar unas «condiciones mínimas» que han de respetarse cuando se ejerce el papel de padre o de madre (prestación de alimentos, escolarización obligatoria,

atención sanitaria...) y supervisar su cumplimiento a través de normas penales, administrativas y civiles, pero sin permitir que un juez pueda penalizar a los padres por descuidos esporádicos de atención, salvo que hayan actuado con dolo o culpa grave.

³⁶ Vid., para un desarrollo de las mismas, MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. (2011), *Droit civil. La famille*. París, Défrenois, 4^{ème} édition, págs. 645-651.

³⁷ Las personas legitimadas para interponer la demanda al juez de menores (competente según el domicilio del responsable legal del menor) son el padre, la madre (aunque no sean titulares de la patria potestad), el tutor, el guardador de hecho, el propio menor, de oficio, y por el Ministerio Fiscal.

³⁸ *Les Services de l'Aide Sociale à l'Enfance* (Servicios de Ayuda Social a la Infancia).

³⁹ El presidente del Consejo General debe informar al Ministerio Fiscal de los casos de menores en peligro, y en aquellos en los que sea imposible llevar a cabo la medida por rechazo de la familia, o porque la situación sea imposible de analizar, aquel deberá transmitir el dossier al juez de menores competentes. Parece que no, en caso contrario (CASF, art. L. 226-4).

⁴⁰ El proceso se regula en los artículos 1186 y sigs. del *Code de Procedure Civil* (CPC) que establecen que: 1) El menor puede accionar el proceso, teniendo derecho, al igual que el resto de las partes, a que le represente un abogado; 2) Se producirá bajo sanción de nulidad la audición de las partes, incluido el menor, sin perjuicio de la audición de toda otra persona que el juez estime útil (sector Asociativo, Protección Judicial de la Juventud). 3) El juez deberá intentar la adhesión de la familia a la medida prevista, aunque no es indispensable. Y respecto a las medidas de instrucción del juez son, al margen de las ya citadas *audiciones*, el *examen de personalidad y especializados* (médicos, psicológicos o psiquiátricos) para los padres, que aunque no son obligatorios, es rara la oposición a los mismos; *medidas de investigación y de orientación educativa* (encuesta social sobre la situación de la familia y el estudio de la personalidad del menor). Vid. FOSSIER, T. y GRATADOUR, H. E. (2008), *op. cit.*, pág. 63.

⁴¹ «Les père et mère conservent donc sur l'enfant donné lieu à une mesure d'assistance éducative, tous les attributs de l'autorité parentale qui ne son pas inconciables avec la mesure d'assistance éducative».

⁴² Por ello, según la Corte de Casación francesa, la decisión del juez de menores de confiar el menor a una persona física o moral a título de asistencia educativa, transfiere a estos los poderes necesarios para la organización, la dirección y el control de la vida del menor. En consecuencia, serían responsables civiles por hecho ajeno por el daño causado por el menor *ex artículo 1384.1 del Código Civil* [vid. ref. CHABAS, F. (1997), «Cass. crim. 10 de octubre de 1996», en *JCP G. II*, 1987 y sigs.; y en MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. (2011), *op. cit.*, np.33, pág. 650].

⁴³ Aunque también el juez de menores puede confiar las medidas de asistencia educativa en medio abierto (AEMO) al Consejo General, y, entonces, será la colectividad territorial la que deba escoger el servicio que garantice la inmediatez de la acción.

⁴⁴ Acerca de esta modalidad, vid. HUYETTE, M.; ROZENCZVEIG, J. P.; FOSSIER, T.; COPART, A.; GOUTTENOIRE, A.; RADÉ, C.; LASBATS, A.; MARIENBURG-WACHSMANN, A. (2007), «Dossier Placement de l'enfant», en *AJ Famille*, février, pág. 54.

⁴⁵ El juez de menores puede decidir la modalidad en concreto de acogida del menor en consideración a su interés. Por ejemplo, el juez puede obligar al ASE a que el menor sea confiado a una familia de acogida y no se produzca su guarda en una institución (vid. ref. Civ, 1^{re}, 23 janvier 2001, JCP, 2001, I, 332, obs. FOSSIER, en GOUTTENOIRE, A. (2011), *La prise en charge de l'enfant d'autrui*, documento al que he tenido acceso durante mi estancia en el *Centre de Derecho de Familia* en la Universidad de Lyon III, np. 6, pág. 3. Y GOUTTENOIRE, A. (2007), «La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance: la recherche de nouveaux équilibres», en *Dalloz*, pág. 1090 y sigs.

⁴⁶ «Veilleur à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur».

⁴⁷ FOSSIER, T., GRATADOUR, H. (2008), «L'autorité parentale», *op. cit.*, pág. 69, al margen y siendo una cuestión de otro orden, de que, como regla general, todas las medidas pueden

ser objeto de recurso por los padres (el tutor, el guardador y el Ministerio Fiscal) ante la Sala especial de menores de la Corte de Apelación, dentro de los quince días que siguen a la notificación de la decisión judicial (art. 1192 CPC), pudiéndose pronunciar aquella solamente sobre la legalidad u oportunidad de la medida, sin estar legitimado para establecer medidas de asistencia educativa.

⁴⁸ Vid. MURAT, P. (2005), «Rennes, janvier 2005», *Dr. F.* n1, 52 y sigs.; y HAUSER, J. (2005), «Rennes, janvier 2005», en *RTDC*, pág. 378 y sigs.

⁴⁹ Vid. FULCHIRON, H. (1990), «L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents», en *JCP*, I, 342 y sigs.

⁵⁰ Vid. ref. *Rapport de la défenseure des enfants pour l'année 2007*, site internet de la défenseure des enfants, disponible en <http://www.defenseurdesenfants.fr>, en GOUTTENOIRE, A. (2011), *op. cit.*, np.4, pág. 2, que propone que se puede demandar al juez de asuntos familiares para que el padrastro o cónyuge del progenitor fallecido que vivía con el menor pueda solicitar la guarda del menor bajo el fundamento del artículo 373-3 del Código Civil.

⁵¹ Vid. MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. (2011), «Droit civil. La famille», *op. cit.*, págs. 651-658.

⁵² Vid. GOUTTENOIRE, A. (2011), «La prise en charge de l'enfant d'autrui», *op. cit.*, págs. 1-9.

⁵³ DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. (1999), «Rénover le droit de famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps», en *Doc. Française*, págs. 90 y sigs. Esta figura se inspira en la proposición hecha por la Comisión presidida por el profesor DEKEUWER-DEFOSSEZ a favor de un mandato de educación por un periodo determinado en beneficio de un tercero, generalmente el padrastro quien, de hecho, participa en la realidad en la toma cotidiana de decisiones del menor.

⁵⁴ FOSSION, H. y GRATADOUR, H. (2011), *op. cit.*, pág. 74.

⁵⁵ Si ambos ejercen la patria potestad, la decisión será conjunta, pero si uno de ellos tiene atribuida la misma, podrá tomar la decisión unilateralmente, sin perjuicio del deber de comunicar o advertir al otro cónyuge como titular del deber de vigilancia y dada la importancia de la decisión para la vida del menor (art. 373-2-1, al. 2).

⁵⁶ Vid. CHENEDÉ, F. (2004), «Obs. Nice, 8 juillet 2003, 7 avril 2004, 30 juin 2004», en *AJ Famille*, págs. 453 y sigs. (ref. GOUTTENOIRE, A., *op. cit.*, np. 23, pág. 8), en razón del papel real positivo que le *beau-parents* tienen frente a los hijos de su pareja.

Por otra parte, en Francia se ha constatado como la delegación es necesaria para «legalizar» situaciones en caso de parejas homosexuales, al no poder adoptar de forma plena, como consecuencia de no poder casarse una pareja homosexual (como, por el contrario, ocurre en España a raíz de la Ley 13/2005, de 1 de julio). Aunque en abril de 2013, la Asamblea Nacional francesa ha adoptado, mediante votación solemne, el proyecto de ley sobre el matrimonio gay y la adopción para parejas del mismo sexo. Con esta decisión, la Cámara Baja ratifica el texto corregido por el Senado (<http://www.elmundo.es/2013/04/23>). En consecuencia, la delegación y reparto de la autoridad parental puede devenir en Francia, también, como consecuencia de la determinación de una relación jurídica de filiación en casos de parejas homosexuales. Al respecto, a pesar de que cierta línea jurisprudencial defiende la posibilidad de aplicar la adopción conjunta a la pareja homosexual y la posibilidad de que se derive la autoridad parental para ambos; lo que se admite en la actualidad es la adopción simple por la pareja homosexual del padre o madre biológico, que implica que este tenga que renunciar a su autoridad parental, pero permitiendo posteriormente que, como solución paradójica que solvente las consecuencias de dicha renuncia, se pacte una delegación compartida del ejercicio de la autoridad judicial a favor de la madre biológica [vid. MURAT, P. (2005), «Obs. TGF Paris, 2 juillet 2004», en *Dr. Fam.*, comm. n. 4, que afirma que en su sentencia de 14 de febrero de 2006, la Corte de Apelación de Amiens justifica la adopción simple del menor por la concubina de su madre, a pesar de la pérdida por esta del ejercicio de la autoridad parental, por la posibilidad para esta última de recurrir a una delegación de la autoridad parental].

⁵⁷ Ref. por GOUTTENOIRE, A. (2011), «La prise en charge de l'enfant d'autrui», en *op. cit.*, págs. 6-7, quien nos matiza que este tipo de delegación presenta semejanzas con la Kafala

musulmana, tal y como se desprende de la mayoría de las resoluciones del Consejo de Estado; así, por ejemplo, en la sentencia de 30 de junio de 2003 (*Conseil d'Etat 30 juin 2003, Juris-Datá n.º 065698*) que afirma que: «desde que a un abuelo se le ha confiado su nieta por un Tribunal de Gran Instancia marroquí por un acto de Kafala, y que un Tribunal de Gran Instancia francés ha acordado el exequator a dicho acto de Kafala indicando que implicaba una delegación de la autoridad parental, el abuelo ejerce la autoridad parental sobre su nieta, y está legitimado para actuar en su nombre, en concreto, para contestar u oponerse al rechazo a la visa de entrada en Francia (...»).

⁵⁸ A diferencia del proceso sobre las medidas de asistencia educativa en el que la asistencia del Ministerio Fiscal es facultativa, en estos supuestos la asistencia es obligatoria.

⁵⁹ FOSSIER, T. y GRATADOUR, H. (2008), *op. cit.*, pág. 76.

⁶⁰ En lo que se refiere al Derecho inglés, vid. STANLEY, K. (2006), *Family Law*, New York, Palgrave MacMillan, 5th edition, 2006, págs. 421-477, que analiza las siguientes normativas que regulan la materia: la *Children Act 1989*, que regula los poderes y deberes de las autoridades locales respecto a la protección de los menores, y los poderes de los Juzgados frente al maltrato del menor. El Acta ha sido modificado por *Children (Leaving Care) Act 2000*, and *the Adoption and Children, Act. 2002*, pero afirma el principio recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que los servicios públicos sociales han de colaborar con las familias, siendo un último recurso la intervención obligatoria por orden judicial. Y diferencia entre dos medidas: la *supervision care orden*, en la que el menor está bajo la supervisión de las autoridades locales y los padres continúan ejerciendo su autoridad parental; frente a la *child assessment order an emergency protection*, que regula supuestos de maltrato de menores. La *Care Standards Act 2000*, que tiene como fin mejorar los estándares en el acogimiento de los menores, en los servicios de salud, y otros servicios para los menores. Y la *Children Act 2004*, que realiza cambios en los servicios de protección de los menores con la finalidad de proveer servicios más integrados.

⁶¹ Vid. KATZ, S. N. (1998), «Parental rights and social responsibility in American Child Protection Laws», en *The changing family. Family Forms & Family Law*. Belgium: John Eekelaar, págs. 433-449.

Respecto al concepto de *parens patriae*, vid. HOMER, H. y CLARK, J. (1988), *The Law of Domestic Relations in the United States*. West Publishing, Co. Y SEYMR, J. (1994), «*Parens patriae and wardship Powers. Their nature and its origins*», 14, *Oxford J. Legal Studies*, 159, en KATZ, S. N (1998), *ob. cit.*, np. 28-29, págs. 442-443.

⁶² Vid. el magnífico trabajo de GREVEN, P. (1990), *Spare the Child*, Alfred A. Knopf, Inc, págs. 155-174.

⁶³ El Acta de 1974 dio poder al Congreso para otorgar subvenciones en orden a la investigación y mejora técnica de los servicios sociales de protección del menor de los Estados, siempre que estos se conformaran a los mínimos establecidos. En definitiva, a raíz de dicha Acta, el maltrato de un menor deja de ser un asunto de la vida privada familiar para pasar a ser de orden público, siempre que se estime por algún profesional de la educación, vecino, médico, que el daño que ha sufrido el niño requiera atención médica, debiéndose dar parte a los servicios sociales. Y si estos lo valoran de «grave», los padres serán objeto de un proceso de protección que concluirá ante una audiencia judicial que podría conllevar la retirada de la custodia del menor y su acogimiento por una institución o familia de acogida [ref. BESHAROV, D. J. (1978), «*The legal Aspects of Reporting Known and Suspected Child Abuse and Neglect*», 23, *Vill. L. Rev.*, págs. 458 y sigs., en KATZ, S. N. (1998), *op. cit.*, np. 28, pág. 442].

⁶⁴ Vid. (2009), «*Fostering Connections Act Promises New Opportunities for Children Welfare Reform*», en *Voice*, 2009, volum. 10, issue two [en línea], disponible en <http://www.aecf.org/~media/Pubs/Other/V/VoiceSpring2009Volume10Issue2/voice2009spring.pdf>.

⁶⁵ De acuerdo con un Estudio de un Instituto Urbano en Estados Unidos en el 2005, el 27 por 100 de todos los chicos jóvenes de familias inmigrantes son pobres, comparado con el 19 por 100 de familias nativas. Incluso, uno de cada cinco niños inmigrantes vive bajo el umbral de la pobreza federal. Se une el problema de las familias con el idioma y la falta de

conocimiento de sus derechos y responsabilidades según el Derecho americano; e incluso, es un factor negativo el miedo de estas familias a solicitar las ayudas porque lo interpretan como una dificultad para conseguir su residencia legal.

⁶⁶ Una persona puede abrir una Smart CD (cuenta ahorro) invirtiendo \$100 y haciendo depósitos ulteriores de como mínimo \$5. Si la cuenta permanece abierta seis meses, la Fundación Casey Family Services otorga una cantidad hasta igualar los \$100. Asimismo el banco concede, igualmente, una suma hasta \$100 siempre que la CD haya estado abierta un año. Incluso, dicha cuenta genera un interés significativamente más alto que el interés normal (3,25 por 100) (*ibidem*, pág. 4).

⁶⁷ Vid. <http://www./PolicyforResults.org>.

⁶⁸ Ref. SSTDH de 12 de julio de 2001, asunto K. Y T. contra Finlandia, ap. 173 (TEDH 2001/467); y de 26 de febrero de 2002, asunto Kunter contra Alemania, Ap. 69 (JUR 2002/90046), en DE PALMA DEL TESO, A. (2006), np. 454, pág. 207.

⁶⁹ Sobre la distinción y delimitación de las situaciones de desamparo y de riesgo, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, F.; LÓPEZ, B.; FUERTES, J.; SÁNCHEZ, J. M. y MERINO, J. (1995), *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, págs. 149-150.

⁷⁰ El Plan de Infancia y Adolescencia, 2013-2016, constituirá un marco de trabajo muy valioso para articular en clave de presente y de futuro, las políticas de infancia en nuestro país, de una manera integrada y transversal. En su elaboración han participado diez ministerios, Comunidades Autónomas, entidades locales y ONG del tercer sector (<http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/050413enlaceinfancia.htm>).

⁷¹ Según conversación mantenida con el personal de la Diputación responsable de servicios comunitarios en agosto de 2013, esta escala o protocolo está validada por la Universidad de Málaga con una fiabilidad calificada de «alta».

⁷² Ref. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Necesidades de la infancia y protección social. Fundamentación teórica, clasificación, y criterios educativos*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995; y «Juventud y drogadicción (educativo, afectivo, sexual)», en *Revista de Estudios Juventud*, núm. 55, diciembre de 2001, págs. 83-110, en TORRES PEREA, J. M., *ob. cit.*, np. 116, pág. 75. Para obtener los datos sobre el menor debe, previamente, cumplimentarse un cuestionario de 120 asuntos, recogiéndose información sobre cuatro áreas: necesidades físico-biológicas y psicosociales del menor; capacidad de los padres/tutores o guardadores; influencia social y factores inherentes al menor. En este cuestionario han colaborado 26 jueces y que actualmente está en fase de validación como experiencia piloto.

⁷³ Vid. «Modelo de prevención y detección de situaciones de riesgo social en la infancia y adolescencia desde los servicios sociales comunitarios», en *Trabajo en red. Claves para avanzar en el buen trato a la infancia y la adolescencia. Reflexiones y Alternativas*, ed., Rea, 2010 (www.asociacionrea.org), págs. 125 y sigs.

⁷⁴ En contra, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1988), «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 2, pág. 70 y sigs.

⁷⁵ En igual sentido, en el caso resuelto por la SAP de Barcelona, de 16 de marzo de 2002 (AC 2002/1027), que declaró el desamparo de tres menores al entender el Tribunal que la madre no estaba capacitada, al menos temporalmente, para hacerse cargo de sus hijos. Es un supuesto en que la madre quiere cuidar a sus hijos, pero las circunstancias propiciaron que no pudiera hacerlo: falta de organización mental por su ansiedad que afectaba a los problemas de la madre para organizar las funciones de cuidado y atención de los menores con el horario de trabajo; su coeficiente intelectual más bajo de la normalidad; la ausencia de un entorno familiar estable que le pudiera proporcionar sustento y apoyo, así como las dificultades económicas que le llevaban a no poder contratar a un tercero a pesar de que tenía que irse a trabajar. Pero, a mi parecer, a pesar de la desasistencia de los hijos, la situación cambiaría si a esta madre le ofrecieran un plan de trabajo de ayuda. En sentido parecido, en el caso resuelto por la SAP de Murcia, de 25 de abril de 2006 (AC/906), se declara el desamparo de dos menores al tener el padre embargado el sueldo por una deuda contraída o por falta de

medios materiales, en un caso en el que, creo, no se puede calificar de desidia el hecho de acudir a la Administración para que se hagan cargo de los hijos. Si bien, la Administración resolvió, directamente, declarra el desamparo del menor y la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

⁷⁶ Hay doctrina que no aceptaría dicha propuesta al afirmar, ciertamente, que una nota esencial de la guarda asistencial es que nunca se atribuye *ex lege* por la Administración, sino a solicitud de las personas que tengan potestad sobre el menor (vid. DE PALMA DEL TESO, A., *ob. cit.*, págs. 349-350).

Sin embargo, en orden a una futura reforma de la medida, el carácter de la petición por los padres o la provisionalidad no son caracteres esenciales, a mi parecer, de la diferencia con el desamparo, encontrándose el elemento clave en que en el desamparo la Administración ejerce los poderes de la patria potestad (la toma de decisiones relevantes tanto en el ámbito patrimonial como personal) y por supuesto, tiene la guarda del menor; frente a la guarda asistencial en la que solo se asume por la Administración la guarda del menor y la toma de decisiones que afecten a la vida cotidiana de este.

⁷⁷ Artículo 8: «Serán declarados en estado de adoptabilidad por el Tribunal de Menores del distrito donde se encuentren, los menores de los que se pruebe la situación de abandono, ya que carentes de asistencia moral y material por parte de los padres o de los familiares que deben ocuparse de él, siempre y cuando dicha falta de asistencia no se deba a un motivo transitorio de fuerza mayor. 2. El estado de abandono existirá siempre que se presenten las condiciones indicadas en el apartado 1, incluso cuando los menores se encuentren en institutos de asistencia públicos o privados o en comunidades de tipo familiar o en régimen de acogimiento familiar. 3. No existirá causa de fuerza mayor cuando los sujetos indicados en el apartado 1 rechacen las medidas de ayuda ofrecidas por los servicios sociales locales, y tal rechazo sea considerado injustificado por el juez. 4. El procedimiento de adoptabilidad deberá llevarse a cabo, desde el inicio, con la asistencia legal del menor y de los padres o de otros familiares, como previsto en el apartado 2 del artículo 10» (vid. <http://www.commissioneadozioni.it/media/62050/definitivo-revisi%C3%B3n184sp-si.pdf>).

⁷⁸ Vid., por todos, GANZENMÜLLER Roig, C. (2009), *Conclusiones de las jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas: La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus derechos en el Derecho interno, 2009* [en línea]. Disponible en: http://www.observatoriodeladiscapacidad.es/informacion/ref_bibliografica/201012233.

(Trabajo recibido el 18-9-2013 y aceptado para su publicación el 21-10-2013)