

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Cuestiones actuales del acogimiento familiar

Current issues in family care

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Estamos ante un tipo de procedimiento donde se amplían ex lege las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, el interés superior del menor. Menor que es protegido aun antes de su nacimiento, pudiéndose detectar su situación y declarar su desamparo para una mejor protección en supuestos falta de capacitación de los progenitores y necesidad de modificación de sus patrones de comportamiento. Desamparo que se declara cuando se produce un incumplimiento o hay un 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. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, con mantenimiento de los vínculos, con el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente, y, sobre todo que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En el sistema vigente de protección de menores son principios imprescindibles de la actuación de los poderes públicos la preferencia de las actuaciones de prevención, el mantenimiento del menor en su familia de origen, y, la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial.

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

ABSTRACT: We are facing a type of procedure where the powers of the Judge are extended *ex lege* to guarantee the interests that must be protected, among which the best interest of the minor occupies a prevailing position. A minor who is protected even before his birth, being able to detect his situation and declare his helplessness for better protection in alleged lack of training of the parents and the need to modify their behavior patterns. Helplessness that is declared when a breach occurs or there is an impossible or inadequate exercise of the protection duties established by the laws for the custody of minors, when they are deprived of the necessary moral or material assistance. In order to agree on the return of the helpless minor to his or her family of origin, it will be essential that a positive evolution of the family of origin has been verified, objectively sufficient to reestablish family coexistence, with maintenance of ties, with the purpose of carrying out parental responsibilities adequately, and, especially that it is verified that the return with it does not entail significant risks for the minor through the corresponding technical report. In the current system of protection of minors, the essential principles of the action of the public powers are the preference of preventive actions, the maintenance of the minor in his or her family of origin, and the preference of family foster care over residential care.

PALABRAS CLAVE: Acogimiento. Menores. Desamparo. Situación de riesgo. Protección de menores.

KEY WORDS: Fostering. Minors. Helplessness. Risk situation. Child protection.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y FINALIDAD.—II. MARCO JURÍDICO.—III. TIPOS DE ACOGIMIENTO.—IV. REQUISITOS DE LA FAMILIA DE ACOGIDA.—V. EL TEDH Y LA CELERIDAD EN LAS DECISIONES QUE AFECTAN A LAS RELACIONES DE LOS PADRES CON LOS HIJOS.—VI. CUESTIONES ACTUALES PRÁCTICAS DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR: 1. LA PROTECCIÓN DE MENORES Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. DETECCIÓN DEL RIESGO EN LA SITUACIÓN DEL MENOR ANTES DE SU NACIMIENTO. 3. EXAMEN DE LA SITUACIÓN REAL DEL MENOR: El DESAMPARO: A) La importancia de adoptar un sistema de prevención del riesgo de desamparo. B) El desamparo y la separación del menor de su núcleo familiar. El retorno del menor y la integración en la familia de acogida. C) Otros principios relevantes en la protección de menores. D) La importancia del mantenimiento y la reintegración del menor en su familia de origen. E) La evolución de la familia para la reinserción del menor en su familia de origen: análisis del cambio de circunstancias producido para asumir de nuevo la patria potestad. F) La no reinserción en la familia de origen y el mantenimiento de la situación de acogimiento familiar pues se tiene en cuenta el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su integración en ella y que es satisfactorio el entorno, y si se han desarrollado vínculos afectivos con ella.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y FINALIDAD

El acogimiento familiar es una medida legalmente prevista para dotar de una solución rápida e idónea a aquellos menores en situación de riesgo o desamparo.

Medida de protección dirigida a aquellos menores que no pueden vivir con sus progenitores.

Implica la *delegación de la guarda* de un menor a una familia, que deberá cumplir con las exigencias propias de la *guarda y custodia* previstas en nuestro Código Civil, tales como velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral. La tutela de dichos menores la ostentará la Administración pública. De este modo el menor se integra en un núcleo familiar, ya sea en su propia familia extensa o en una familia ajena, seleccionada expresamente para el cumplimiento de esta función, y que se compromete a cuidarlo y educarlo como un miembro más de la misma.

La finalidad de esta medida de protección se inicia con la detección por el sistema público de servicios sociales, quien debe corregir las situaciones de riesgo y de desamparo, y tiene la obligación de integrar al menor en grupos naturales de convivencia, en condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social y cultural, y, cuyo fin último es su desarrollo integral como persona.

II. MARCO JURÍDICO

El marco jurídico de esta institución lo encontramos en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del Menor¹, (concretamente, en los artículos 20 y 20 bis de este texto normativo) que fue modificada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia², y, por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia³. Leyes que introducen en el artículo 172 ter del Código Civil la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial.

El Código Civil lo regula en el título VII, denominado «De las relaciones paterno-familiares», capítulo V, «De la adopción y otras formas de protección de menores», sección 1.^a, «De la guarda y acogimiento de menores», y más concretamente de los artículos 172 al 174 del Código Civil.

El artículo 173 del Código Civil establece que, «*El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades*».

Las medidas internacionales en cuanto a protección de menores surgieron en la segunda mitad del siglo XX. Así, la *Declaración de los Derechos del Niño*, que proclamó Naciones Unidas en su Resolución 1386 el 20 de noviembre de 1959, en su principio 6 establece que, «*siempre que sea posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material*».

La *Convención sobre los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, es un instrumento internacional obligatorio por el que se comprometen formalmente a respetar los derechos y deberes enunciados, formando parte del ordenamiento jurídico de los países. En su artículo 21 establece que «*los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*». El acogimiento es la medida de protección que da respuesta a este derecho⁴. El Instrumento de

ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de *adopción internacional*⁵, resulta también muy interesante.

También hay que tener presentes el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010 (impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado) centrado en mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional, evitando conflictos entre los sistemas jurídicos internacionales en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los niños, basándose en la cooperación internacional para la protección de menores sobre el principio fundamental del interés superior del menor⁶.

Sin olvidar la importancia de otros instrumentos internacionales, como la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*⁷, y la Resolución (77) 33 de 3 de noviembre de 1977 del Consejo de Europa sobre Acogimiento de Menores⁸.

III. TIPOS DE ACOGIMIENTO

La modalidad de acogimiento familiar se determina teniendo en cuenta, primero, el interés superior del menor con base en su edad, circunstancias personales y familiares. Además, según el mandato legal, deberá primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, y, las consensuadas frente a las impuestas.

Por último, el acogimiento familiar de urgencia será la medida preferente para atender a los menores de seis años, mientras se concreta su plan individual de protección y se establecen sus objetivos y, en su caso, las medidas de protección que correspondan.

Pues bien, el acogimiento familiar puede clasificarse en función de diferentes criterios:

- *Según la vinculación de los menores acogidos con las familias acogedoras.*

Acogimiento en familia extensa: es decir, por alguno de los miembros de su propia familia, siendo uno de los recursos más importantes en el ámbito de protección a la infancia con los que cuenta la administración.

Acogimiento en familia ajena: Cuando un niño o niña no puede permanecer ni con sus progenitores ni con su familia extensa, se propone la convivencia con una familia distinta a la suya, es decir, el acogimiento en una familia ajena, evitando así que crezca en un centro de protección. En función de las características y posibilidades de cada caso, los niños y las niñas mantendrán contacto con sus progenitores u otros familiares, con la finalidad de que se mantengan los lazos afectivos. Para formalizar el ofrecimiento es necesario cumplimentar la solicitud correspondiente y entregarla junto con la documentación que figura en la misma.

- *Según el tipo de intervención.*

Acogimiento familiar temporal: tiene un carácter transitorio y se acuerda cuando se prevé que los padres podrán recuperar la capacidad para atender

adecuadamente al menor acogido en un cierto plazo, que no debe exceder de 2 años salvo excepciones muy determinadas.

Acogimiento familiar permanente: cuando se prevé una incierta posibilidad de retorno del menor con su familia de origen o esta se prevé a largo plazo. No obstante su nombre, esta modalidad mantiene un carácter temporal aunque indefinido en cuanto a su duración.

Acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años, que, en general, tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se evalúa la situación personal y del menor y su familia y se decide la medida de protección familiar que corresponda o el regreso con la familia de origen. Persigue evitar que el menor entre en un centro o institución de forma inmediata. Se requiere una *dedicación exclusiva de al menos un miembro de la familia acogedora*, por lo que está sujeto a subvención en la medida y cuantía que se publique en el Boletín Oficial de la comunidad autónoma correspondiente.

- *Las categorías no son excluyentes entre distintos criterios, ni abarcan todos los tipos de acogimiento, pudiendo existir otras modalidades, como las siguientes:*

Acogimiento especializado: se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de *niños con necesidades o circunstancias especiales*, pudiendo percibir por ello una compensación económica. El acogimiento especializado, para los supuestos de menores con enfermedades físicas, psíquicas, sensoriales crónicas.

El *acogimiento remunerado*, que se produce cuando la Administración pública proporciona a los acogedores unas prestaciones económicas con las que hacer frente a los gastos que implique el menor; es el caso del acogimiento familiar de urgencia.

El *acogimiento profesionalizado* en los casos en los que al menos un miembro de la familia acogedora, ha sido seleccionado por razón de su especial cualificación profesional, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, etc. en atención a las especiales necesidades del menor, que proviene de un entorno de malos tratos, abusos sexuales, etc.

Y, *acogimiento abierto*, que tendría lugar durante fines de semana o períodos vacacionales.

IV. REQUISITOS DE LA FAMILIA DE ACOGIDA

La familia de acogida debe de disponer de una situación afectiva equilibrada, tener tiempo, tener una actitud educativa flexible y un entorno familiar socializador para el menor.

En el caso concreto del acogimiento familiar de urgencia, se precisa un plus en la capacidad de la familia de acogida, una fortaleza emocional superior, que permita crear rápidamente vínculos de afecto con el menor y aceptar la separación en un periodo breve de tiempo. Hay que insistir en que estamos ante niños de escasos meses, hasta los seis años de edad.

Por otro lado, en este tipo de acogimiento de atención inmediata, se persiguen dos objetivos: evitar la institucionalización del menor y obtener un diagnóstico sobre el caso concreto del niño, por lo que se requiere una estrecha colaboración con el equipo de profesionales.

V. EL TEDH Y LA CELERIDAD EN LAS DECISIONES QUE AFECTAN A LAS RELACIONES DE LOS PADRES CON LOS HIJOS

En otro artículo ya nos hemos referido a la exigencia de celeridad en las decisiones que afectan a menores para evitar *las consecuencias irremediables que el transcurso del tiempo puede tener para las relaciones entre el hijo y los progenitores que no viven con él*⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que en los casos que se refieren a la relación de una persona con su hijo, corresponde a las autoridades demostrar una diligencia excepcional porque el simple paso del tiempo puede tener el efecto de resolver la cuestión de facto, de modo que ello también forma parte de las exigencias procesales que derivan implícitamente del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así, las sentencias del TEDH de 24 mayo 2011 (Saleck Bardi contra España)¹⁰, donde se constata la violación del artículo 8 del Convenio, señalando los numerosos fallos de la Administración, quien debió asumir la tutela de la menor por causa de desamparo en septiembre de 2002, confiando su guarda a la familia de acogida y verificando la evolución de la enfermedad para proceder cuanto antes a la repatriación de la menor. Por el contrario, debido a la inercia de la Administración, la menor, aunque seguía con su familia de acogida, permaneció, desde la fecha en la que debería haber sido repatriada, tres años en situación de desamparo jurídico y cinco años en un «vacío jurídico», y esto hasta que se otorgó la tutela ordinaria a su familia de acogida. Así, el paso del tiempo, consecuencia de la inercia de la Administración y de la falta de coordinación entre los servicios competentes, contribuyó decisivamente a la integración de la menor en su familia de acogida y en su vida cotidiana en Murcia.

El Tribunal se ha limitado a examinar si, en el caso de que se trata, las medidas adoptadas por las autoridades españolas para solventar la situación de vacío legal de Saltana en España y garantizar los derechos de la demandante fueron adecuadas y suficientes en la materia. A la vista de lo que precede, estima que las autoridades internas faltaron a la obligación de celeridad especialmente exigible en este tipo de casos.

Concluye que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer cumplir el derecho de la demandante al regreso de su hija, en vulneración de su derecho al respeto de su vida familiar garantizado por el artículo 8. El Tribunal estima que la demandante, en razón de la violación constatada, ha sufrido un daño moral que no puede ser reparado por la simple constatación de violación. Considera que cabe conceder a la interesada 30.000 euros en concepto de daño moral.

En la STEDH de 17 de enero de 2012 (Kopf y Liberda contra Austria)¹¹, se declara que ha habido violación del artículo 8 de la Convención. El Tribunal observa que el procedimiento sobre la solicitud de los demandantes se inició el 20 de diciembre de 2001, cuando solicitaron al Tribunal de Distrito que les concediera derechos de visita, y finalizó cuando se les notificó la decisión final del Tribunal Supremo el 7 de julio de 2005, por lo que duró tres años, seis meses y trece días. Durante el proceso ante el Tribunal de Distrito el proceso se prolongó durante dos años, diez meses y once días y los demandantes no tuvieron contacto con F., quien mientras tanto había regresado con su madre biológica. A pesar de las reiteradas solicitudes de los demandantes para que se acelere el proceso, el proceso avanzó particularmente lento y, en dos ocasiones, se paralizaron. Este paso del tiempo también tuvo un impacto directo y adverso

en la posición de los demandantes. F. no había tenido contacto con sus antiguos padres adoptivos durante más de tres años, que entretanto había restablecido una relación positiva con su madre biológica y que no interesaba ponerlo en una situación de división de lealtades entre ella y su «antigua familia», es decir, los demandantes.

Por lo que el Tribunal señala que los tribunales nacionales no cumplieron con su deber en virtud del artículo 8 de tramitar con diligencia la solicitud de derechos de visita de los demandantes.

En el caso de la STEDH de 15 de abril de 2015 (caso Kuppinger contra Alemania)¹², se halla la denuncia presentada por el padre de un hijo nacido fuera del matrimonio, motivada porque el procedimiento que había llevado a cabo para ejecutar las decisiones judiciales que le concedían los derechos de contacto con su hijo *había sido excesivamente largo e ineficaz*.

El TEDH declara que se ha violado el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de los Derechos Humanos en lo que respecta a la ejecución de una decisión provisional de mayo de 2010 que otorga al demandante el derecho a ver a su hijo. El Tribunal Europeo constata que las autoridades alemanas no habían adoptado medidas eficaces para ejecutar la decisión que se trataba. Además, el Tribunal sostiene que no había habido violación del artículo 8 en lo que respecta tanto a la ejecución de una solicitud sobre custodia de contacto de septiembre de 2010, como a los procedimientos relativos a la revisión de los reglamentos de contacto. Por último, el TEDH declara que se ha violado el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, alegando particularmente que no disponía de un recurso efectivo con arreglo a la legislación alemana contra *la duración de un procedimiento que no solo ofrece una reparación monetaria, sino que podría haber acelerado el procedimiento sobre sus derechos de contacto ante los tribunales de familia, pero que podría haber acelerado el procedimiento sobre sus derechos de contacto ante los tribunales de familia*¹³.

En la STEDH de 16 abril de 2015 (Mitovi contra Antigua República Yugoslava de Macedonia), se declara que el derecho al respeto a la vida familiar entre abuelos y nietos en principio supone el derecho a mantener una relación normal mediante contactos entre ellos aunque tales contactos normalmente tienen lugar con el consentimiento de la persona que tiene la responsabilidad parental. En todo caso, la relación entre nietos y abuelos difiere en naturaleza y grado de la relación entre padre e hijo y por ello tiene un menor grado de protección¹⁴.

El Tribunal considera que las autoridades no han hecho todo lo que estaba a su alcance y que razonablemente se podía esperar de ellas para garantizar los derechos de los demandantes. Considerando que el Centro examinó los efectos a largo plazo que la separación de su padre podría tener en el menor el interés legítimo de los solicitantes en desarrollar y mantener un vínculo con él no fueron considerados. En este sentido, la Corte reitera que la probabilidad de reunificación familiar disminuirá progresivamente y eventualmente se destruirá si no se permite que el padre biológico y el niño se vean en absoluto, o solo en tan raras ocasiones que no es probable que se produzca un vínculo natural entre ellos. Se aplican consideraciones similares a los demandantes quienes tenían derecho, según lo establecido por las autoridades nacionales, a mantener una relación normal de abuelos y nietos a través de contactos entre ellos.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a pesar de la delicadeza del asunto, el Tribunal concluye que las autoridades nacionales no realizaron esfuerzos adecuados

y efectivos para hacer cumplir el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, garantizado por el artículo 8 de la Convención.

La STEDH de 14 de marzo de 2017 (K.B. y otros contra Croacia)¹⁵ se consideró que hubo una violación del artículo 8 de la Convención porque aunque el Tribunal nacional observó que las autoridades se involucraron en el tratamiento de los niños hasta abril de 2012, cuando el oficial de supervisión recomendó a su padre que llevara a los niños a la policlínica de Split para someterse a un tratamiento para superar las dificultades emocionales provocadas por la separación de sus padres, los diversos tratamientos no fueron supervisados, racionalizados o coordinados regularmente por las autoridades judiciales o de bienestar social. Por lo que las demoras y las deficiencias identificadas anteriormente son suficientes para que el Tribunal concluya que las autoridades nacionales no han cumplido con sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio hacia la demandante con respecto a su derecho al respeto de la vida familiar.

VI. CUESTIONES ACTUALES PRÁCTICAS DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

1. LA PROTECCIÓN DE MENORES Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se ha referido a las *garantías exigibles para la tutela de otros intereses en conflicto en los procedimientos de protección de menores, en especial los de los progenitores*.

La STC 58/2008, de 28 de abril de 2008 (FJ 2 que recoge doctrina de otras sentencias), declaró en relación con los intereses de tanta relevancia como los de los menores de cuyo acogimiento, guarda o adopción se trata, así como los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación de filiación va a quedar extinguida que «en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado»

En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones» (art. 9.2)»; y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor».

2. DETECCIÓN DEL RIESGO EN LA SITUACIÓN DEL MENOR ANTES DE SU NACIMIENTO

La SAP de Huesca. Sección: Primera. Sentencia de 21 de octubre de 2022, reconoce que *antes incluso del nacimiento del menor Vicente, ya se propuso la declaración de riesgo del menor ante las carencias relevantes detectadas en los progenitores*, referentes a la vivienda, a su estilo de vida y carencia de control médico.

Tal seguimiento reveló incluso un empeoramiento de sus condiciones de vida, de sus hábitos y espacio destinado a la vivienda, advirtiéndose una falta de control médico del menor y un desentendimiento por parte de la madre y su rechazo a ser ayudada para atender a su hijo, así como diversos episodios de enfrentamiento entre los progenitores en presencia del menor y episodios de ansiedad que impedían a la demandante atender adecuadamente a su hijo, tal y como manifestó la trabajadora social señalando que ninguno de los progenitores tuvo predisposición ni colaboración para mejorar la situación.

Y, sobre todo, en tal informe se apuntó una imposibilidad de lograr la capacitación de los progenitores y modificar sus patrones de comportamiento hacia su hijo, con una *nula conciencia del daño sufrido por el menor y de los factores de riesgo para el mismo*.

3. EXAMEN DE LA SITUACIÓN REAL DEL MENOR: EL DESAMPARO

En el supuesto de la SAP de Huesca de 21 de octubre de 2022¹⁶, se alega por la madre recurrente *la ausencia de una situación real de desamparo del menor de edad*¹⁷.

Se considera por la doctrina científica y jurisprudencial la 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.

El propio artículo 176 bis.1 Código Civil establece que «*La Entidad pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela*

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

Todo ello teniendo en cuenta que tomando como referencia el artículo 2.2 c) y 19 bis.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor la vida y desarrollo del menor debe tener lugar en un entorno familiar adecuado.

A) *La importancia de adoptar un sistema de prevención del riesgo de desamparo*

A lo largo de los años, el legislador ha concretado el diseño de las situaciones de desprotección en las que se puede encontrar un menor y las medidas que se deben adoptar por las Entidades públicas. Así, antes de proceder a la declaración de desamparo, se prevé que la intervención administrativa se centre en eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor y evitar su desamparo.

La situación en que se pueden encontrar los menores a los que resulta aplicable el sistema de intervención de la Administración en materia de protección del menor son:

a) *la «situación de riesgo» de un futuro desamparo*, orientada a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que inciden en la situación personal, familiar y social en que se encuentra el menor y cuya declaración no comporta la separación del menor de su entorno familiar (art. 17.4 LOPJM);

b) *la situación de desamparo* (art. 18 LOPJM y 172.1 CC), que requiere la previa constatación de la situación «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».

La constatación de esta falta de asistencia moral o material ha de ir precedida del examen con detenimiento de la situación del menor, lo que puede llevarse a cabo:

— *Durante la situación de riesgo declarada por resolución administrativa* (art. 17.8.I LOPJM)¹⁸.

— *Durante la guarda temporal asumida por la Entidad a petición de los progenitores o tutores* (art. 172.bis.1 CC)¹⁹.

— *Durante la «guarda provisional» que asuma la Entidad pública en virtud de una resolución administrativa* mientras no tome «en el plazo más breve posible» una decisión definitiva. Esta decisión definitiva puede ser la «declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela» o «la promoción de la medida de protección procedente»; si existen personas que pudieran asumir la tutela en interés del menor, procede promover el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias (art. 172.4 CC)²⁰.

De esta forma, mediante la «guarda provisional» se da cumplimiento a la obligación de prestar «atención inmediata» al menor que lo precise, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 LOPJM²¹.

Dada la competencia que han asumido las comunidades autónomas en materia de asistencia social *ex artículo 148.1.20 CE* (materia a la que se ha reconducido la protección de menores) ese plazo podrá completarse por la legislación autonómica de desarrollo. En cualquier caso, si en atención a las circunstancias, y aun en ausencia de concreción legal del plazo, la actuación de la Administración supone una prolongación injustificada de la situación provisional, el Ministerio Fiscal está obligado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172.4.III del Código Civil, a promover «las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad pública».

La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residen-

cial (art. 172 ter CC). En particular, para la situación en que la Entidad pública, en atención a las circunstancias del menor, debe ejercer la guarda provisional y sacarlo de su entorno familiar originario, es relevante la figura del *acogimiento familiar de urgencia*²².

En atención a su duración y objetivos, el artículo 173 bis.2 Código Civil (redactado por la Ley 26/2015) contempla también un acogimiento familiar temporal (esencialmente provisional) y un acogimiento familiar permanente:

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

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

B) El desamparo y la separación del menor de su núcleo familiar. El retorno del menor y la integración en la familia de acogida

La primera cuestión para superar la situación de desamparo es valorar las posibilidades y la conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

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

Pero también hay que valorar la situación del menor desamparado con la familia acogedora, pues la toma de decisión sobre el retorno, debe valorarse el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

Ya la STS de 21 de febrero de 2011²³ indicaba que han de tomarse para proteger al menor el *valor superior del interés del niño*, recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Precepto que ha sido recogida en el artículo 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio general que «En la aplicación de la

presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, (art. 172.4 CC). Y, el artículo 11.2 de la LOPJM establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: «a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social».

La STS de 31 de julio de 2009 dice que «cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta «la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor», de modo que «*el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto* cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor».

C) Otros principios relevantes en la protección de menores

El artículo 11.1.a. de la LOPJM, de protección jurídica del menor, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, la supremacía de su interés superior. En la medida que sea posible, este interés debe ponderarse en cada caso de manera proporcional a todos los intereses en conflicto, incluido el de los progenitores a ser oídos, a tener al niño o la niña en su compañía, salvo que ello comprometa su bienestar y les perjudique.

Además, en el sistema vigente de protección de menores son principios imprescindibles de la actuación de los poderes públicos también, la preferencia de las actuaciones de prevención, el mantenimiento del menor en su familia de origen, y, la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial.

Así, conforme al artículo 11.2. b. LOPJM, es principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, «El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional».

También es principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores «la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal» (art. 11.2.d. LOPJM).

Y, como precisa el artículo 12.1 LOPJM, la protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

D) *La importancia del mantenimiento y la reintegración del menor en su familia de origen*

No cabe una invocación genérica del principio del interés del menor, pauta a la que la ley supedita que *el menor no sea separado de su entorno familiar* y que, en el caso de haber sido separado, sea reintegrado a su familia de origen (arts. 172.3 CC y 11.2.b. LOPJM). Pues como dice la sentencia de esta Sala 444/2015, de 14 de julio, «El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (STS de 13 de febrero de 2015). *El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor.* Tampoco bastan las simples conjecturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida»²⁴.

Recordemos que el artículo 2.2.c. LOPJM dispone la importancia del criterio interpretativo del principio del interés superior del menor, en los siguientes términos «A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: (...) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia».

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

Respecto de este artículo 19 bis, el preámbulo de la Ley 26/2015 que lo introduce advierte que «este artículo incorpora los criterios que la STS de 31 de julio de 2009²⁵ ha establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida».

Sentencia que destacó que «El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 del Código Civil como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las

Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre. *Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia».*

El Tribunal Supremo sienta la doctrina de que *es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.* La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

En la misma línea, la posterior STS de 17 de marzo de 2016²⁶, afirma que «el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.

En definitiva, las medidas que deben adoptarse respecto del menor son *las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.*

- E) *La evolución de la familia para la reinserción del menor en su familia de origen: análisis del cambio de circunstancias producido para asumir de nuevo la patria potestad*

La STS de 31 de julio de 2009 sienta doctrina jurisprudencial en el sentido de que al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la

Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, debe analizarse el cambio de circunstancias, no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución suponga la eliminación del riesgo de desamparo del menor.

- F) *La no reinserción en la familia de origen y el mantenimiento de la situación de acogimiento familiar pues se tiene en cuenta el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su integración en ella y que es satisfactorio el entorno, y si se han desarrollado vínculos afectivos con ella*

Importante es concretar y valorar que en la familia de acogida se dan los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico. Debe valorarse también, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica, los riesgos psíquicos que para el menor puede tener el retorno al entorno familiar biológico.

Pero, ¿cómo se valora la evolución? Y lo que es más importante, ¿cómo se cuantifica que ya no hay riesgo para el menor en volver a caer en desamparo? La evolución va más allá del cambio de actitud de los progenitores, que puede concretarse en que es beneficiaria de una vivienda de alquiler social, tiene un contrato de trabajo y está siguiendo tratamiento de deshabituación con resultados negativos en drogas en los controles semanales de orina.

Pero ¿esta evolución implica que la madre garantiza el nuevo rol de madre, y la asunción del cuidado de su hijo menor de edad? Y, ¿para el menor que se encuentra plenamente integrado en la familia de acogida, sería aconsejable un cambio de su situación y su retorno con la madre biológica? Puede no serlo. Todos estos interrogantes deberán ser contrastados y probados por el equipo psicosocial como la trabajadora social y la psicóloga.

Además, hay que tener en cuenta el tiempo que lleva el menor en casa de acogida y la edad que tenía el menor en el momento de ser acogido. Pues, en el caso de haber sido acogido desde su nacimiento implica que no tiene ninguna vinculación con el contacto con su familia de origen. Esta situación conlleva que el interés superior del menor siempre va a consistir en mantenerlo en el seno de la familia de acogida, sin restablecer el contacto con su familia de origen. El artículo 2.3 c) de la Ley Orgánica 1/1996 se refiere al irreversible efecto del transcurso del tiempo en el desarrollo del menor, que es un criterio que ha de ponderarse.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2017. ASUNTO K.B. Y OTROS CONTRA CROACIA (art. 8) Right to respect for private and family life (art. 8-1). Sección: Segunda Número Recurso: 36216/2013. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2017:0314JUD003621613
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2015. ASUNTO MITOVI CONTRA «LA EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA» (art. 8) Right to respect for private and family life (art. 8-1) Respect for family life (art. 13) Right to an effective remedy (art. 13) Effective remedy. Sección: Primera Número Recurso: 53565/2013. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2015:0416JUD005356513

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2012 (Kopf y Liberda contra Austria), Tipo resolución: Sentencia Sección: Primera Número Recurso: 1598/2006.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.^a). Caso Saleck Bardí contra España. Sentencia de 24 mayo 2011 *JUR* 2011, 174772.
- STC, Sala Segunda. 58/2008, de 28 de abril de 2008. Número Sentencia: 58/2008 Número Recurso: 2306/2005. Ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Ecli: ECLI:ES:TC:2008:58
- STS Sala: Primera Sección: Primera. Sentencia de 2 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 720/2022 Número Recurso: 9069/2021. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. Numroj: STS 4045:2022. Ecli: ES:TS:2022:4045.
- STS, Sala Primera Sentencia de 17 de marzo de 2016. Número Sentencia: 170/2016 Número Recurso: 2517/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1281:2016. Ecli: ES:TS:2016:1281.
- STS, Sala Primera Sentencia de de 14 de julio de 2015. Número Sentencia: 444/2015. Número Recurso: 2398/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3440:2015. Ecli: ES:TS:2015:3440
- STS, Sala Primera Sentencia de 31 de julio de 2009. Número Sentencia: 565/2009 Número Recurso: 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS.
- SAP de Jaén. Sección: Primera. Sentencia de 20 de diciembre de 2022. Número Sentencia: 1376/2022 Número Recurso: 283/2022. Ponente: Nuria OSUNA CIMIANO. Numroj: SAP J 1855:2022. Ecli: ES:APJ:2022:1855.
- SAP de Huesca. Sección: Primera. Sentencia de 21 de octubre de 2022. Número Sentencia: 357/2022 Número Recurso: 384/2022. Ponente: Mariano Eduardo SAMPIETRO ROMÁN. Numroj: SAP HU 420/2022. Ecli: ES:APHU:2022:420.
- SAP de Granada. Sección: Quinta. Sentencia de 28 de julio de 2022. Número Sentencia: 259/2022 Número Recurso: 40/2022. Ponente: María Lourdes MOLINA ROMERO. Numroj: SAP GR 1113:2022. Ecli: ES:APGR:2022:1113.
- SAP de Córdoba. Sección: Primera. Sentencia de 20 de junio de 2022. Número Sentencia: 603/2022 Número Recurso: 754/2022. Ponente: Cristina MIR RUZA. Numroj: SAP CO 366/2022. Ecli: ES:APCO:2022:366.
- SAP de Granada. Sección: Quinta. Sentencia de 3 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 373/2021 Número Recurso: 387/2021. Ponente: María Lourdes MOLINA ROMERO. Numroj: SAP GR 2354:2021. Ecli: ES:APGR:2021:2354.
- SAP de Zaragoza. Sentencia Sección: Segunda. Sentencia de 10 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 397/2021 Número Recurso: 515/2021. Ponente: María Elia MATA ALBERT. Numroj: SAP Z 2315/2021. Ecli: ES:APZ:2021:2315.
- SAP de Huelva. Sentencia Sección: Segunda. Sentencia de 4 de mayo de 2021. Número Sentencia: 292/2021 Número Recurso: 30/2021. Ponente: Francisco BELLIDO SORIA. Numroj: SAP H 243:2021. Ecli: ES:APH:2021:243.
- SAP de Jaén. Sección: Primera. Sentencia de 11 de abril de 2019. Sección: Primera. Número Sentencia: 400/2019 Número Recurso: 164/2019. Ponente: Ana MANELLA GONZÁLEZ. Numroj: SAP J 615/2019. Ecli: ES:APJ:2019:615.
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Palencia. Sección: Primera. Sentencia de 23 de noviembre de 2022. Número Sentencia:

192/2022 Número Recurso: 239/2021. Ponente: Paloma MARTÍN GALLEGO. Numroj: SJPII 386/2022. Ecli: ES:JPII:2022:386.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

NOTAS

¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.

² Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

³ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

⁴ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

⁵ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

⁶ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008.

⁸ ROSSER LIMIÑANA, Ana: Marco legislativo del acogimiento familiar. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5806/1/ALT_06_12.pdf

⁹ IGLESIA MONJE, María Isabel de la: Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 96, núm. 781, 2020, 3029-3044.

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.^a). Caso SALECK BARDI contra España. Sentencia de 24 mayo 2011 JUR 2011, 174772. <https://www.anasap.org/2011/06/el-tribunal-de-estrasburgo-condena-a-espana-por-vulnerar-los-derechos-humanos-espana-ha-permitido-hacer-a-la-hija-ajena-a-su-madre-sentencia-en-espanol-del-caso-saleck-bardi-contra-espana/>

¹¹ STEDH de 17 de enero de 2012 (Kopf y Liberda contra Austria), Tipo resolución: Sentencia Sección: Primera Número Recurso: 1598/2006.

¹² STEDH de 15 de abril de 2015, rec. núm. 62198/11, caso KUPPINGER contra Alemania.

¹³ <https://idibe.org/jurisprudencia/jurisprudencia-padre-de-un-hijo-nacido-fuera-del-matrimonio-ejecucion-de-las-decisiones-judiciales-que-le-atribuian-el-derecho-a-relacionarse-con-su-hijo-procedimiento-para-hacerles-efectivas-exces/>

¹⁴ STEDH de 16 de abril de 2015. ASUNTO MITOVI CONTRA «LA EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA» (art. 8) Right to respect for private and family life (art. 8-1) Respect for family life (art. 13) Right to an effective remedy (art. 13) Effective remedy. Sección: Primera Número Recurso: 53565/2013. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2015:0416JUD005356513

¹⁵ STEDH de 14 de marzo de 2017. ASUNTO K.B. Y OTROS CONTRA CROACIA (art. 8) Right to respect for private and family life (art. 8-1). Sección: Segunda Número Recurso: 36216/2013. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2017:0314JUD003621613

¹⁶ SAP de Huesca. Sección: Primera. Sentencia de 21 de octubre de 2022. Número Sentencia: 357/2022 Número Recurso: 384/2022. Ponente: Mariano Eduardo SAMPIETRO ROMAN. Numroj: SAP HU 420/2022. Ecli: ES:APHU:2022:420.

¹⁷ La SAP de Huesca de 21 de octubre de 2022 analiza el supuesto de un menor nacido en 2019 declarado en desamparo, asumiendo el director provincial de Huesca del instituto aragonés de servicios sociales en su condición de entidad pública de protección de menores su tutela *«ex lege»*, manteniendo el ejercicio de la guarda del menor bajo la forma jurídica de acogimiento familiar, o en su defecto, de acogimiento residencial en el director/a del centro de protección más adecuado a sus necesidades y características personales en cada momento, hasta que se estime cualquier variación en la forma de ejercicio de tal guarda, suspendiendo el régimen de visitas con la familia biológica. Además, se eleva a la consideración del Consejo Aragonés de la adopción, la propuesta de *delegación de guarda con fines de adopción*. Posteriormente, el director provincial resuelve delegar, previo acuerdo del Consejo Aragonés de la Adopción, la guarda con fines de adopción del menor con la familia idónea seleccionada, hasta que se dicte en su caso, la resolución judicial de adopción, cesando el acogimiento familiar de urgencia menor, y manteniendo la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia biológica.

La madre del menor impugna las resoluciones del director provincial de Huesca del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, alegando una infracción del artículo 172 del Código Civil y la ausencia de una situación real de desamparo del menor de edad, refiriéndose a un escaso periodo de seguimiento por parte del IASS desde que tuvo conocimiento de la propuesta de declaración de riesgo del menor y de la posterior declaración de riesgo hasta que declaró su situación de desamparo.

También se alega una infracción de los artículos 2.2.c) y 19 bis de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, señalando que se ha producido un cambio notable de las circunstancias que en su día determinaron la declaración de desamparo del menor de edad, con una normalización en el estilo de vida de la demandante. A tal respecto se alega que la resolución recurrida no valoró las nuevas circunstancias de la demandante y su evolución positiva, ni tampoco priorizó la reintegración del menor en la propia familia. También se señala que la eliminación de los elementos de riesgo es reconocida por el propio IASS.

Asimismo, se alega una vulneración del derecho de defensa, del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo, por cuanto se considera que la sentencia recurrida descartó el retorno del menor desamparado una vez que el IASS dictó las resoluciones recurridas, refiriendo al respecto que en la primera instancia se inadmitió las testificiales propuestas por la demandante.

Se alega igualmente una falta de motivación e incorrecta valoración de la prueba en lo que respecta a la premura en la adopción de las medidas, a la falta de medidas alternativas que fueron descartadas o al perjuicio causado al menor, considerando que la actuación de la Administración fue precipitada.

Por su parte el Ministerio Fiscal y el IASS interesarón la confirmación de la sentencia recurrida, habida cuenta de los informes de seguimiento obrantes en el expediente, así como a la vista de los informes sociales y psicológicos emitidos por el IMLA.

SAP de Huesca. Sección: Primera. Sentencia de 21 de octubre de 2022. Número Sentencia: 357/2022 Número Recurso: 384/2022. Ponente: Mariano Eduardo SAMPIETRO ROMÁN. Numroj: SAP HU 420/2022. Ecli: ES:APHU:2022:420.

¹⁸ «En los supuestos en que la Administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención o convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal».

¹⁹ «Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad pública que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo».

²⁰ «En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

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

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

²¹ «Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad pública y del Ministerio Fiscal.

«La Entidad pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo».

La resolución administrativa por la que la Entidad pública asume la «guarda provisional» (introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio) da respuesta inmediata al menor que se encuentre en una situación que así lo requiera al mismo tiempo que se procede a constatar y valorar el posible desamparo. En palabras del artículo 172.4.I i.f. del Código Civil, la Entidad pública podrá asumir la guarda provisional, «procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo». Ello, según el mismo precepto, «en el plazo más breve posible».

²² En este sentido, el artículo 173.bis 2.^a del Código Civil (redactado por la Ley 26/2015) dispone:

«El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda. (...).»

Y, conforme al artículo 21.3 LOPJM:

«Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años. No se acordará el acogimiento

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

²³ La STS Sala de lo Civil de 21 de febrero de 2011 Sentencia núm. 84/2011.

²⁴ STS, Sala Primera sentencia de 14 de julio de 2015. Número Sentencia: 444/2015. Número Recurso: 2398/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3440:2015. Ecli: ES:TS:2015:3440

Y, STS, Sala Primera, 13 de febrero de 2015. Número Sentencia: 47/2015 Número Recurso: 2339/2013.

²⁵ STS, Sala Primera sentencia de 31 de julio de 2009. Número Sentencia: 565/2009 Número Recurso: 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS.

²⁶ STS, Sala Primera sentencia de 17 de marzo de 2016. Número Sentencia: 170/2016 Número Recurso: 2517/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1281:2016. Ecli: ES:TS:2016:1281