

Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia

LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ
Profesora contratada
Doctora de la Universidad de Vigo

RESUMEN

La promulgación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha supuesto la renovación del sistema de protección a la infancia y adolescencia en el ámbito estatal. Mediante las mismas, se han introducido importantes cambios legislativos en las medidas de protección a los menores de edad, procediéndose a la creación de nuevas figuras y la reforma de otras ya existentes. Pretenden además, ser el marco de referencia para la aprobación de las normativas de las Comunidades Autónomas en un intento de dotar de uniformidad a la regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, dada la complejidad existente en la actualidad por la diversidad de normas autonómicas aprobadas. Debido a la amplitud de los cambios normativos introducidos, en las siguientes líneas nos centraremos en aquellos que afectan a las medidas de riesgo, desamparo y guarda, reguladas fundamentalmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y en el Código Civil, poniendo de manifiesto las modificaciones operadas en estos textos legales respecto a su anterior redacción y realizando un juicio crítico, en su caso, sobre la idoneidad de las novedades del nuevo régimen jurídico.

PALABRAS CLAVE

Protección de menores, riesgo, desamparo, guarda, principio de reintegración familiar.

ABSTRACT

The promulgation of the Organic Law 8/2015, of July 22 and of the Law 26/2015, of July 28, has supposed the renovation of the protection system to the infancy and adolescence in the state area. By means of the same

ones, important legislative changes have got in the protection measures to the minors, coming to the creation of new figures and the reform from already existing others. They try in addition, to be the frame of reference to the approval of the regulations of the Autonomous Communities in an attempt of providing with uniformity to the regulation of this matter in our juridical classification, given the existing complexity at present for the diversity of autonomous approved procedure. Due to the extent of the normative introduced changes, in the following lines we will centre on those that concern the measures of risk, abandonment and guard, regulated fundamentally in the Organic Law 1/1996, of January 15 and in the Civil Code, revealing the modifications produced in these legal texts with regard to his previous draft and realizing a critical judgment, in its case, on the suitability of the innovations of the new juridical regime.

KEY WORDS

Minor's protection, risk, abandonment, guard, principle of family reintegration.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La situación de riesgo.* 1. Obligaciones del órgano público competente. 2. Conceptualización. 3. Proyecto de intervención familiar. 4. Procedimiento para su declaración.—III. *La situación de desamparo.* 1. Definición y circunstancias generadoras de la declaración de desamparo. 2. Determinación del órgano competente en la protección de menores en los supuestos de traslado del menor dentro de España y al extranjero. 3. Efectos jurídicos de la declaración de desamparo. 4. Procedimiento para la declaración de desamparo.—IV. *Revocación y oposición a las medidas de protección adoptadas por la Administración.* 1. Revocación de la declaración de desamparo. 2. Derecho de oposición a las medidas de protección adoptadas por la entidad pública.—V. *La guarda.* 1. La guarda provisional. 2. La guarda voluntaria o administrativa. 3. La guarda judicial. 4. El ejercicio de la guarda y de la tutela automática. 4.1 Priorización del acogimiento familiar frente al residencial. 4.2 El principio de reintegración familiar. 4.3 Deber de contribución de los progenitores o tutores a los gastos de los menores en desamparo o guarda.—VI. *Conclusiones.*—VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se pretende la exposición detallada de la regulación de las figuras de riesgo, desamparo y guarda tras las reformas legales operadas en el régimen de protección jurídica del menor mediante la promulgación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22

de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹ y su homónima, la Ley 26/2015, de 28 de julio².

La necesidad de actualizar el sistema de protección de los menores de edad en el ámbito estatal es la *ratio legis* de la aprobación de esta nueva normativa, como se recoge en el Preámbulo de las citadas normas. Además, pretende uniformar la regulación de esta materia en el territorio nacional, configurándose como el nuevo marco jurídico a seguir por las Comunidades Autónomas en la aprobación de sus respectivas legislaciones. Se debe señalar que desde hacía años, se habían dado pasos en ese sentido, como veremos a continuación.

Con anterioridad a su exposición, consideramos conveniente realizar un sucinto resumen de la atención del legislador hacia esta materia. La protección del menor y, en particular, la referida a los menores en situación de riesgo o conflicto social, ha sido objeto de especial preocupación por los organismos internacionales que se ha plasmado en la promulgación de diversas normas que regulan dicha problemática. Durante el pasado siglo distintos fueron los documentos que reconocieron la autonomía personal, social y jurídica del menor: Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948); Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1959); La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), que fue ratificada por más de 90 estados, entre ellos España en fecha de 30 de noviembre de 1990.

Con posterioridad, y en el mismo sentido, se dictó por el Parlamento Europeo la Resolución A3-012/92, que aprueba la Carta Europea de los Derechos del Niño, así como dos Convenios impulsados por el Convenio de la Haya de Derecho Internacional Privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, 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, ratificado el 6 de noviembre de 2010.

Por otro parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre

¹ BOE de 23 de julio de 2015, n.º 175.

² BOE de 29 de julio de 2015, n.º 180.

de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Por último, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

La influencia de los textos internacionales anteriormente citados se aprecia de forma nítida en la normativa promulgada sobre la materia en el ámbito estatal. A su vez, cabe afirmar que si bien es cierto que la protección al menor de edad en situación de abandono ha sido objeto de atención por parte del legislador español desde la publicación del Código Civil, no es sino con la legislación especial dictada en estos últimos lustros cuando el menor alcanza la protección de forma activa e integral.

En este sentido, la Constitución de 1978, en el Capítulo III del Título I –al regular los principios rectores de la política social y económica–, recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de esta, de modo muy singular, la de los menores, artículo 39. El cumplimiento del mandato constitucional puede considerarse el primordial causante de esa legislación precisa para superar las situaciones de desprotección de los menores de edad.

En la legislación estatal, es preciso señalar que fue, de forma indudable, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción³, la que ocasionó la definitiva renovación del régimen protector del menor de edad imperante hasta ese momento.

Esta norma incorpora significativas novedades en relación a la regulación de la adopción y otras formas de protección de menores. En orden a estas últimas, es de destacar la introducción de instituciones jurídicas protectoras de nueva creación. Otras, ciertamente, ya existían en el ámbito legislativo, pero son reformadas por la norma citada con distinto grado de profundidad. Centrándonos en las figuras objeto de este estudio –riesgo, desamparo y guarda–, se debe mencionar que esta norma determina la desaparición del concepto de abandono y su sustitución por el de desamparo –el producido «(...) 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 (...)»–.

³ BOE de 17 de noviembre de 1987, n.º 275.

De igual modo, se dota de contenido jurídico a una figura hasta entonces desconocida en el ordenamiento español: la tutela que por ministerio de la ley es otorgada a la entidad pública cuando el menor se encuentre en una situación de desamparo. Asimismo, se permite a los sujetos que ostentan la potestad sobre el menor solicitar al órgano competente que asuma la guarda sobre este, siempre que justificadamente no puedan atenderlo por «(...) enfermedad u otras circunstancias graves (...)» o cuando así lo determine el Juez «(...) en los casos que legalmente proceda (...)».

Con posterioridad, se produjo la promulgación de la referida Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, actualmente en vigor pero que ha sido objeto, como se comentó, de una sustantiva reforma mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, que ha afectado, entre otras, a la citada Ley Orgánica y al Código Civil⁴, culminando un proceso normativo que ha propiciado la renovación del ordenamiento jurídico en esta materia.

Sin perjuicio de las modificaciones operadas por las normas anteriormente citadas, es conveniente comentar que la LO 1/1996,

⁴ De forma específica, la Ley Orgánica 8/2015, ha modificado la mencionada Ley Orgánica 1/1996; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* de 8 de enero de 2000, n.º 7; la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* 2 de julio de 1985, n.º 157; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* de 15 de noviembre de 2002, n.º 274 y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *BOE* de 29 de diciembre de 2004, n.º 313.

Por su parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha reformado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil; el Código Civil, Real Decreto 24 de julio de 1889, *Gaceta* 25 de julio de 1889, n.º 206; la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 de diciembre de 2007, n.º 312; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, *BOE* de 14 de julio de 1998, n.º 167; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, *BOE* de 15 de noviembre de 2002, n.º 274; el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *BOE* de 29 de marzo de 1995, n.º 75; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, *BOE* de 13 de abril de 2007, n.º 89; la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, *BOE* de 19 de noviembre de 2003, n.º 277; la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la Calidad Educativa, *BOE* de 10 de diciembre de 2013, n.º 295; la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, *BOE* de 30 de diciembre de 2006, n.º 312; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *BOE* de 15 de diciembre de 2006, n.º 299; el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, *BOE* de 15 de diciembre de 2006, n.º 299; el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, *BOE* de 29 de junio de 1994, n.º 154; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto 14 de septiembre de 1882, *Gaceta* de 17 de septiembre de 1882, n.º 260; la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, *BOE* de 11 de octubre de 2011, n.º 245, que han culminado un proceso normativo que ha propiciado la renovación del ordenamiento jurídico en esta materia.

en su redacción original, siguió el camino iniciado por la Ley 21/1987, pero, con un intento por parte del legislador, de subsanar las deficiencias de aquella y mejorar la técnica jurídica empleada. Como novedad, cabe destacar la introducción del concepto de riesgo, caracterizado «(...) *por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar (...)*».

En referencia al concepto de desamparo, la mencionada norma mantiene la misma definición que su predecesora, pero se regula el procedimiento para su declaración; asimismo, se determina que la asunción de la tutela *ope legis* por parte de la Administración supondrá la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, aunque los actos de contenido patrimonial realizados por progenitores o tutores serán válidos si redundan en beneficio del menor. En relación a la institución de la guarda, las modificaciones operadas con respecto a la Ley 21/1987, no son sustanciales; aunque sí destacable la restricción exclusiva de su solicitud al órgano público, a los padres o tutores, cuando existan circunstancias graves que así lo aconsejen.

Como decíamos, fueron varios los intentos legislativos para actualizar el sistema de protección al menor de edad. Se puede considerar el primero de ellos, la creación de una Comisión Especial del Senado para analizar la problemática de la adopción nacional y los temas afines relacionados con ella, como el desamparo, el acogimiento familiar y residencial y la adopción, aprobada por unanimidad de los senadores presentes por el Pleno del Senado el 1 de octubre de 2008⁵. En la última sesión de la Comisión, que tuvo lugar el día 15 de noviembre de 2010, fue aprobado, por unanimidad, el citado Informe sobre la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. En él se recogen las principales cuestiones abordadas y propuestas planteadas por los intervinientes, estableciéndose al final las conclusiones y recomendaciones de la propia Comisión⁶.

«(...) *Siguiendo las propuestas formuladas por el Defensor del Pueblo, por la Fiscalía General del Estado o por el Comité de los*

⁵ Su finalidad era estudiar «(...) la forma en que las Comunidades Autónomas están solventando los principales problemas que plantea; su relación con la adopción internacional, para conocer si el impacto de su crecimiento en los últimos años ha podido condicionarla; la situación y perspectivas de institucionalización de menores desamparados; la eficacia de las diferentes modalidades de acogimiento; la cooperación entre las distintas administraciones competentes; los efectos de la dilatada institucionalización de los menores en su desarrollo personal; la suficiencia de la normativa actual para hacer frente a los procesos de acogimiento y adopción nacional; y cuantos aspectos afecten directa o indirectamente al interés superior del menor, bien jurídico fundamental a proteger (...)».

⁶ *BOCG* Senado, Serie I, de 17 de noviembre de 2010, n.º 545, p. 3.

Derechos del Niño, y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (...)», el 7 de julio de 2011 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia y el Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria al mismo. No obstante, dichos textos legislativos no fueron objeto de tramitación parlamentaria debido a la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria anticipada de elecciones para el 20 de diciembre de ese mismo año. Pese a ello, deben ser considerados el antecedente legal más cercano a las posteriores textos legislativos aprobados y que dieron como resultado las mencionadas LO 8/2015 y Ley 26/2015.

De esta forma, el 28 de abril de 2014 se publicaron el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia y el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección a la Infancia que siguieron la línea de reforma recogida en los citados Anteproyectos del 2011. Como se recoge en el Preámbulo de ambas normas, y en el mismo sentido que lo establecido en los precedentes Anteproyectos, el marco legal imperante hasta el momento en materia de protección de menores se sustenta en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, junto a lo estipulado en el Código Civil, garantizando una protección uniforme en todo el territorio español y que ha sido el referente para la aprobación de la normativa en las diferentes CCAA. No obstante, el transcurso de 18 años desde su promulgación y los cambios sociales producidos desde entonces que han incidido de forma especial en la situación de la infancia, hacen necesaria una mejora y actualización de las medidas de protección a los menores de edad siguiendo, como los Anteproyectos del 2011, los postulados del Defensor del Pueblo, de la Fiscalía General del Estado...

Tras su conversión en Proyecto de Ley y su tramitación parlamentaria, se promulgaron las citadas Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, procediendo a una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Es conveniente señalar que en los Preámbulos de ambas normas, fundamentalmente en la Ley 26/2015, se indica que la actualización del sistema de protección al menor de edad se realiza en consonancia con los últimos convenios ratificados por España, en concreto el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 de enero de 1996, la Convención de derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y el Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 27 de noviem-

bre de 2008⁷. Asimismo y como habían declarado los Anteproyectos anteriormente mencionados, se pretende la unificación de las distintas legislaciones existentes en el territorio nacional, y que las presentes normas sirvan de marco jurídico de referencia en la aprobación de las correspondientes normativas autonómicas.

En las líneas siguientes, se analizarán las modificaciones operadas en la Ley Orgánica 1/1996 y en el Código Civil por la nueva normativa en relación a las instituciones de riesgo, desamparo y guarda.

II. LA SITUACIÓN DE RIESGO

Las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015 en la Ley Orgánica 1/1996 respecto a la situación de riesgo tienen por finalidad la consecución de una regulación más detallada de la misma. De esta forma, el legislador procede al desarrollo integral de esta institución así como el procedimiento para su declaración. Hay que señalar que esta medida de protección no fue regulada en la Ley 21/1987, siendo introducida por la citada Ley Orgánica. En su Preámbulo se establece que las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. No realizaba la norma un desarrollo legal expreso de la figura, aunque dedicaba los artículos 12 a 18 a ciertos aspectos de la misma.

Puede considerarse la ratio *legis* de la situación de riesgo el intento por parte del legislador de evitar el rigor derivado de la declaración de desamparo. Como decíamos, no fue recogida por la Ley 21/1987 que sí reguló el desamparo que, como se expondrá, implica la asunción automática de la tutela *ex lege* del menor por parte de la entidad pública y la separación de su familia de origen. La aplicación práctica de dicha norma puso de manifiesto que, en

⁷ Como destaca LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, n.º 2185, enero 2016, p. 7. Recogen este mismo postulado, ALVÁREZ OLALLAY, M. P., «Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia», *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2.º, n.º 4, 2014, p. 39; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, Save the Children, Málaga, 2015, p. 12 y UREÑA MARTÍNEZ, M., «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 15, 2015, p. 145.

determinadas ocasiones, la declaración de desamparo de un menor, cuando la problemática familiar no era lo suficientemente grave, provocaba efectos muy perjudiciales en las relaciones familiares pudiendo incluso suponer el alejamiento definitivo de aquel de su entorno familiar. Así, a través de esta figura se permite la intervención familiar por parte de la entidad pública evitando que la situación se agrave y deban adoptarse medidas más traumáticas como la separación del menor de su familia.

1. OBLIGACIONES DEL ORGANISMO PÚBLICO COMPETENTE

La reforma introducida por la Ley 26/2015 afecta a diversos artículos que regulan la medida de riesgo. El primero de ellos es el art. 12 que establece una serie de actuaciones de protección que debe realizar el órgano público. En el primer punto, se dispone que la protección de los menores será realizada por los poderes públicos mediante «(...) *la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin (...)*». Asimismo, la modificación operada en el apartado 1.º del artículo 13 indica la obligación de toda persona o autoridad, especialmente aquellos que por su profesión o función detecten cualquier situación de maltrato, riesgo o posible desamparo, de comunicarlo a las autoridades competentes, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato necesario. Por otro lado, en el nuevo apartado 5 del artículo 13 se determina que para el ejercicio de profesiones o actividades que supongan el contacto habitual con menores, será requisito no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, debiendo presentar el interesado certificado negativo del Registro Central de delincuentes sexuales.

Se impone también, en el artículo 14, a las autoridades y servicios públicos, la obligación «(...) *de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor (...)*»; de actuar si son competentes o dar traslado al órgano competente, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, de la entidad pública y del Ministerio Fiscal. Como principio rector, el artículo 15 dispone que en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia en la toma de decisiones sobre las medidas adecuadas evitando, en lo posible, la interferencia en su ámbito escolar, social o laboral. Asimismo, los órganos públicos competentes quedan obligados a

investigar y comprobar las denuncias recibidas y prestar la asistencia necesaria en cada caso específico, como recoge el artículo 16.

2. CONCEPTUALIZACIÓN

Es en el artículo 17 dónde se regula de forma expresa la situación de riesgo, que ha modificado de forma relevante el anterior contenido de este precepto de la Ley Orgánica 1/1996⁸. Como se comentó, procede el legislador a una regulación más detallada que incluye, entre otros, aspectos como su conceptualización, programa de intervención administrativa, procedimiento para su declaración, situaciones de posible riesgo prenatal... Asimismo, cabe destacar el protagonismo que se otorga a los servicios sociales municipales y su importancia, junto con los servicios sanitarios y educativos, en la detección, recepción y análisis de los supuestos de desprotección infantil. Además, se incide en la necesaria colaboración entre los distintos organismos intervinientes.

Respecto a su definición, el apartado 1 del artículo 17 del citado texto legal establece que «(...) se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos y de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afecten y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar (...)»⁹.

⁸ LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º 111, junio 2015, pp. 20 y ss., destaca que con la nueva norma «(...) la situación de riesgo mejora notablemente su regulación (...)», dado que la anterior redacción, pese a que contemplaba la existencia de la situación de riesgo y la diferenciaba de la de desamparo, no procedía a su definición.

⁹ La conceptualización realizada por el legislador está en consonancia con lo establecido con anterioridad por la doctrina civilista. Así, ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores», *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, Barcelona, 2011, p. 10, describe la situación de riesgo como «(...) aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia del entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración pública. De acuerdo con la definición anterior, las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar (...)». En esta línea de principio, BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15 (El menor ante el Derecho en el

En este punto, cabe realizar las siguientes matizaciones. La modificación operada no ha superado la falta de concreción sobre las circunstancias generadoras de una situación de riesgo de la que adolecía la anterior redacción del citado artículo¹⁰. Si bien es cierto que se establece como indicador de riesgo, «(...) entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma notable (...)», sigue manteniéndose la generalización que, como señala la doctrina, supone importantes dificultades de interpretación, otorgando a la entidad pública un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de una hipotética situación de riesgo¹¹. En un intento de limitar esta generalidad conceptual, la jurisprudencia ha venido estableciendo las causas desencadenantes de esta situación¹². No obstante, se debe señalar que la reforma ha acotado los efectos negativos que podían provocar situaciones de precariedad laboral o económica en la familia puestos de manifiesto por el sector doctrinal¹³, al disponerse que «(...) la concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará un indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar (...)».

En virtud de lo expuesto, consideramos necesaria la determinación legal en una norma estatal de las causas que puedan dar lugar a una declaración de riesgo¹⁴, en aras a evitar posibles decisiones administrativas arbitrarias, habiéndose perdido una oportunidad

Siglo XXI), Madrid, 2011, pp. 20 y ss., considera que las situaciones de riesgo son «(...) aquellas que, perjudicando el desarrollo personal o social del menor, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley (...)».

¹⁰ A juicio de BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», ob. cit., pp. 20 y ss., en el estudio realizado antes de la reforma «(...) la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (...) no define ni detalla (...) las situaciones de riesgo (...)».

¹¹ GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», *La Ley* n.º 1, 1996, p. 1693, entiende que en las declaraciones de riesgo, se produce una «(...) omnímoda discrecionalidad de la Administración (...)», circunstancia, entendemos, no subsanada tras la nueva regulación.

¹² Así, la SAP de Lérida de 25 de octubre de 2004, ponente POCINO MOGA, J. M., *J. U. R.* 2005, marg. 7910, determina de forma específica aquellas situaciones consideradas como «nivel de alto riesgo», citando textualmente «(...) la falta de medidas de salud e higiene (tanto de la madre como del menor), en parte derivados de la falta de domicilio en condiciones, la falta de sustento económico, la desestructuración del núcleo familiar, y otras derivadas (...), falta de estímulos del menor (...)».

¹³ NÚÑEZ MUÑIZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley* n.º 1, 1996, p. 1487. La autora, en su comentario sobre la redacción de la Ley Orgánica anterior a la reforma, afirma que en ocasiones se produce la declaración de riesgo o incluso de desamparo, cuando existen en la familia situaciones de precariedad laboral o económica que no implican desatención ni perjuicio importante para el menor. Consideración que, en nuestra opinión, la nueva regulación ha conseguido superar.

¹⁴ Como se recoge, por ejemplo, en el artículo 49 de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la convivencia de la familia en Galicia, *BOE* de 30 de julio de 2011, n.º 182.

con ocasión de la presente modificación de la legislación de protección de los menores de edad.

Por otro lado, es importante incidir en el hecho de que el legislador, al igual que lo dispuesto con anterioridad a la reforma, sigue considerando que la situación de riesgo no tiene la entidad suficiente para proceder a la separación del menor de su núcleo familiar, hecho que sí ocurre cuando se procede a la declaración de desamparo, dada su mayor gravedad¹⁵.

3. PROYECTO DE INTERVENCIÓN FAMILIAR

Respecto a la intervención familiar de la administración pública competente, exige la ley, en el apartado 2 del antedicho artículo, que garantice los derechos del menor y se oriente a la disminución de los «(...) indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra (...)». Dispone la norma que este programa de intervención deberá llevarse a cabo en coordinación con los centros escolares, servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras competentes o con cualquier otro órgano público.

En relación a los efectos, la nueva regulación otorgada al artículo 17.4 de la LO 1/1996, es suficientemente explícita al declarar que la situación de riesgo implicará la elaboración por parte de la administración pública de un proyecto de intervención multidisciplinar que abarcará aspectos sociales, educativos y de cualquier otro tipo que afecten a la familia¹⁶. Se deben establecer «(...) los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a este [al menor] en su medio familiar (...)». Se observa, pues, la pretensión del legislador de que el proyecto de intervención sea lo más completo posible, buscando su efectividad práctica y evitando su limitación a una mera declaración de intenciones. De especial interés nos parece la preceptividad en el establecimiento de los objetivos a

¹⁵ Resaltado por la doctrina, entre otros, ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo (...)», ob. cit., pp. 17 y ss., «(...) las situaciones de riesgo no alcanzan la entidad, intensidad o persistencia suficiente como para aconsejar la separación del menor del núcleo familiar. En cambio, las situaciones de desamparo, al revestir una mayor gravedad, sí aconsejan tal separación. Por lo tanto, la consecuencia jurídica que se deriva es distinta, esto es, las medidas en orden a paliar el riesgo o el desamparo serán diferentes, habida cuenta de que la necesidad de protección de partida tiene distinto alcance (...)».

¹⁶ Cuestión ya recogida en distintas resoluciones judiciales; entre otras, el AAP de Tarragona de 23 de octubre de 1997, ponente JAREÑO CORTIJO, F., A. C. 1997, marg. 2277. En la misma línea de entendimiento, cabe citar el AAP de Vizcaya de 3 de febrero de 1999, ponente AYALA GARCÍA, J. M., A. C. 1999, marg. 3911 y el AAP de Cádiz de 8 de junio de 2001, ponente RODRÍGUEZ ROSALES, P. M., J. U. R. 2001, marg. 237044.

alcanzar, pese a no realizar, desafortunadamente, una estipulación expresa de los mismos¹⁷, es decir, qué se pretende con esa intervención y la previsión de plazos para su consecución evitando, de este modo, la cronificación de estas situaciones y el incumplimiento del principio de búsqueda de soluciones estables para el menor.

Por otro lado, no podemos obviar una cuestión que, en nuestra consideración, no ha sido resuelta por la nueva normativa. Es la referida a la especificación de las medidas a aplicar en estos casos, tampoco contemplada con anterioridad a la modificación legislativa. En este sentido, consideramos procedente el establecimiento expreso en un texto legal de las diversas actuaciones a efectuar por la administración pública para la superación de la problemática familiar¹⁸. En caso contrario, serán los propios órganos públicos, administrativos o judiciales, los que deban establecer la tipología de las mismas, como ocurría con anterioridad a la reforma¹⁹.

La norma pretende que el proyecto pueda ser consensuado con los progenitores, tutores, guardadores o acogedores del menor, por lo que se solicitará su participación activa como se dispone en el artículo 17.4 de la mencionada LO. En cualquier caso, se tendrá en cuenta su opinión y la del menor si tiene suficiente madurez y en todo caso, a partir de los doce años. El documento de intervención deberá ser firmado por los representantes legales del menor y en caso de que se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en su desarrollo, se procederá a la declaración de riesgo, informándoles de las consecuencias de la misma y de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo. A nuestro entender, nos parece un acierto del legislador estipular la necesidad del consenso con la familia y con el menor para lograr el éxito del programa de intervención.

4. PROCEDIMIENTO PARA SU DECLARACIÓN

En el punto 6 del artículo 17 LO 1/1996 se dispone que el órgano público declarará la situación de riesgo mediante resolución

¹⁷ En este sentido, es específica la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, al recoger en su artículo 51 la tipología de dichos objetivos.

¹⁸ A modo ilustrativo, véase el artículo 20 de Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, *BOE* de 24 de junio de 1998, n.º 189 que, a nuestro entender, contiene una relación sistemática de las medidas preventivas y de ayuda a las familias declaradas en situación de riesgo.

¹⁹ Como se contempla, entre otras, en la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2003, ponente ANGALDA FORS, E., *J. U. R.* 2004, marg. 5232, en la que se dispone de forma taxativa las medidas a cumplir para que el menor permanezca en el seno de la familia. En el mismo sentido, se expresa la SAP de Las Palmas de 9 de diciembre de 2009, ponente MORDES MIRAT, J., *J. U. R.* 2010, marg. 139123.

administrativa, previa audiencia de los progenitores, tutores, guardadores y acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y en todo caso, a partir de los doce años²⁰. La exigencia de un procedimiento administrativo para la declaración del riesgo no se recogía en la anterior regulación estatal, por lo que su inclusión aporta seguridad jurídica²¹ y supera la laguna legal existente con anterioridad en este aspecto. Como se comentó, se deberán recoger todas las medidas y actuaciones que el ente público adoptará para superar la problemática familiar, estipulando los deberes de los responsables del menor. Contra dicha resolución, cabe la interposición de recurso conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Indica el artículo 17.8 del citado texto legal que si la administración pública competente en la intervención de las situaciones de riesgo, considera que existe una desprotección del menor que exige su separación de su entorno familiar o cuando tras la conclusión del programa no se hayan alcanzado los cambios necesarios en la actuación de los representantes del menor que garanticen su necesaria asistencia moral y material, lo notificará a la entidad pública competente para que valore la posible declaración de desamparo del menor, comunicándola al Ministerio Fiscal. Cuando la entidad pública considere que no procede la declaración de desamparo pese a la propuesta de la administración pública, lo pondrá en su conocimiento y en el del Ministerio Fiscal. Este órgano público deberá supervisar la situación del menor, pudiendo recabar información de los centros educativos, servicios sociales y sanitarios o cualquier otro.

Respecto a esta cuestión, conviene realizar las siguientes aclaraciones. En concordancia con uno de los principios rectores de la actuación administrativa «(...) *el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés (...)*», recogido en el artículo 11.2 b de la LO 1/1996, se exige a la Administración que intente de forma rigurosa no separar al menor de su núcleo familiar, utilizando para la consecución de este objetivo todos los medios disponibles. El principio de integración familiar solo puede

²⁰ En relación al derecho del menor a ser escuchado, véase el «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia realizado por el Defensor del Pueblo», MIC, Madrid, 2014, pp. 16 y ss. En el mismo, se declara que «(...) el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tomen en serio debe también entenderse como un principio esencial para la determinación del mejor interés del niño, considerado un interés superior (...)». Considera de tal importancia dicho derecho que sostiene que «(...) siempre deberá producirse la escucha del menor salvo renuncia de éste o constatación de la ausencia de juicio propio (...)», especificando que «(...) debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio (...)» y que «(...) la aplicación automática de criterios de edad para inhibir el acto de escucha resulta improcedente (...)».

²¹ LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», ob. cit., pp. 22 y 23.

ser quebrado cuando los esfuerzos realizados en ese sentido por el ente público competente sean infructuosos e ineficaces y se hayan agotado todas las vías para su consecución, derivando la situación en un evidente riesgo lesivo para el menor²². Por lo tanto, en estos casos en que la aplicación de las medidas no consigan la rehabilitación de los progenitores, bien por no haber seguido las directrices marcadas por la entidad pública o por agravarse las condiciones iniciales, la protección del menor exige que sea retirado de su entorno para evitar le sean ocasionados mayores perjuicios²³.

Se introducen, asimismo, en el apartado 7 de la LO 1/1996, los mecanismos de protección para los menores que se trasladen dentro del territorio nacional, circunstancia silenciada en la precedente normativa y que entendemos necesaria y acertada. Así, en los supuestos en que la administración pública que esté desarrollando este programa, tenga conocimiento de que el menor va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, comunicará a la administración de destino las actuaciones que está realizando para su continuación, si esta lo considera procedente. En el caso que desconociese el paradero del menor, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que procedan a su averiguación. Tras su localización, dará traslado al expediente del menor al órgano público correspondiente para que sean adoptadas las medidas pertinentes.

Se añade otra cuestión, en el artículo 17.9 de la mencionada norma, a nuestro juicio importante, relativa a la protección del *nasciturus*, estableciéndose que la administración competente en las situaciones de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas necesarias para la prevención, intervención y seguimiento en las situaciones de posible riesgo prenatal para evitar daños al feto así como una posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. Considera la norma como riesgo prenatal «(...) *la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adicti-*

²² De forma análoga a lo establecido en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. A propósito de la protección que el Derecho internacional ofrece al menor frente a los abusos que pueda infligirle su propia familia, *vid.*, el interesante estudio realizado por TRINIDAD NÚÑEZ, P., «La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia», *La Ley*, n.º 3, 2004, pp. 1783-1794.

En esta línea de principio, se manifestaba la jurisprudencia en la aplicación de la norma con anterioridad a la reforma y a nuestro entender, este postulado sigue vigente tras las modificaciones operadas por la Ley 26/2015. A título ilustrativo, *vid.* la SAP de Orense de 31 de marzo de 2004, ponente CARVAJALES SANTA EUFEMIA, *J. U. R.* 2004, marg. 142323 y la SAP de Islas Baleares de 29 de octubre de 2009, ponente FERNÁNDEZ ALONSO, M. P., *J. U. R.* 2010, marg. 9416.

²³ Así lo declaran, entre otros, el AAP de Soria de 14 de diciembre de 2000, ponente CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, R. M., *J. U. R.* 2001, marg. 79466 y la SAP de Valencia de 9 de junio de 2004, ponente MANZANA LAGUARDA, M. P., A. C. 2004, marg. 2237.

vo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido (...)». Serán los servicios de salud y los profesionales sanitarios los que deban comunicar esta situación a la administración y al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento, se mantendrá la intervención con el menor y su núcleo familiar para, si fuese necesario, proceder a su declaración de riesgo o desamparo.

En el último punto del artículo, se dispone que se considerará situación de riesgo la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar consentimiento a los tratamientos médicos para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor. En tales casos, las autoridades sanitarias lo pondrán en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para la adopción de la decisión conveniente para la defensa del interés del menor.

En líneas generales, es preciso señalar que el informe emitido por el Consejo del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que, por su semejanza sustantiva y formal con la definitiva Ley 26/2015, permite su equiparación en algunos aspectos, destaca que la reforma efectuada sobre la situación de riesgo recoge los postulados manifestados por los Tribunales y, en general, alaba la potenciación que se ha otorgado al Ministerio Fiscal en materia de protección de menores y en especial en la referida a la situación de riesgo.

III. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

Respecto a la declaración de desamparo, conviene señalar que las modificaciones introducidas afectan a los artículos 18 Ley Orgánica 1/1996 y 172 Código Civil.

1. DEFINICIÓN Y CIRCUNSTANCIAS GENERADORAS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

En referencia a su conceptualización, se mantiene la definición recogida con anterioridad a la reforma al señalar en ambos preceptos que se considerará «(...) *situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por*

las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

De este premisa se infiere la necesaria relación causal entre el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de la guarda de los menores y la privación de la asistencia moral o material sufrida por el menor para proceder a declarar su desamparo, cuestión que ya había sido puesta de relieve por la jurisprudencia²⁴.

Como novedad, en el apartado 2 del artículo 18 L. O. 1/1996 se declara también que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la declaración de desamparo²⁵; asimismo, sigue disponiendo el citado precepto que en ningún caso, se procederá a la separación del menor de sus progenitores por causa de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos²⁶. Además añade, en el mismo sentido que lo dispuesto respecto a la declaración de riesgo, que se considerará un indicador de desamparo el que un hermano esté declarado en esta situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente²⁷.

No obstante, y al contrario que en la situación de riesgo, en el citado apartado 2 del artículo 18 de la antedicha norma legal se establecen, de forma primigenia en una normativa de rango estatal, las circunstancias que determinan la declaración de desamparo,

²⁴ Entre otras, véase, la SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012, ponente MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., *J. U. R.* 2012, marg. 372010, la SAP de Almería de 29 de enero de 2014, ponente PEDRO PUERTAS, A., marg. *J. U. R.* 2014, marg. 95936, En el mismo sentido, la SAP de Almería de 29 de enero de 2014, ponente PEDRO PUERTAS, A., marg. *J. U. R.* 2014, marg. 95936.

²⁵ Con anterioridad a la reforma, los pronunciamientos jurisprudenciales eran antagónicos sobre esta cuestión. Por un lado, en algunas resoluciones judiciales no se consideraba la única circunstancia para proceder a dicha declaración; así, entre otras, la SAP de Toledo de 21 de abril de 2015, ponente BUCETA MILLER, E., *J. U. R.* 2015, marg. 132338. Por el contrario, otras resoluciones judiciales sí entendían como factores que imposibilitaban la reunificación familiar, la inexistencia de recursos económicos suficientes, como se recoge en la SAP de Asturias de 9 de abril de 2001, ponente AVELLÓ ZAPATERO, R. *J. U. R.* 2001, marg. 163406.

Como crítica a este último criterio jurisprudencial, *vid.* el interesante estudio de CARRASCO PERERA, A., «Desamparados», *Actualidad Jurídica, Aranzadi*, n.º 583 (Tribuna), Pamplona, 2003, p. 48, cuando considera que «(...) el supremo interés del niño eleva cada día más el nivel de exigencias materiales, sociales, espirituales, cuya carencia se acredita como desamparo. Y hay una clase social que normalmente no podrá satisfacer esa exigencia. Como tampoco hay un mercado de niños (¡y con qué frivolidad se maldice a la mujer hindú que vendió a su hija por unas piastras!), éstos acaban siendo transferidos, en un procedimiento sinuoso y opaco, de las clases miserables a las acomodadas. Defendámonos de esta dictadura de la buena conciencia social. Dejad a los pobres en su pobreza; dejad a los niños con sus padres. ¡O dejad al menos que sean ellos quien los vendan! (...).»

²⁶ Cuestión ya contemplada por la STS de 14 de noviembre de 2011, ponente ROCA TRÍAS, E., *R. J.* 2012, marg. 3390.

²⁷ Circunstancia ya tenida en cuenta y avalada por los tribunales en sentencias como la STS de 31 de julio de 2009, ponente XIOL RÍOS, J. A., *R. J.* 2009, marg. 4581.

siendo considerado una de las mayores novedades de la citada reforma²⁸ y dando respuesta a una de las observaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño/a a España²⁹. A nuestro juicio, supone una de los mayores aciertos del legislador por lo que exponemos a continuación.

La introducción de estas circunstancias determinantes del desamparo ha provocado dos importantes efectos. En primer lugar, ha intentado paliar la indeterminación de la declaración del mismo³⁰ imperante hasta la promulgación de la Ley 26/2015. Por otro lado, ha contribuido a resolver, en parte, la falta de seguridad jurídica de la que adolecía la regulación anterior, permitiendo discernir y definir, por exclusión, cuándo concurre una situación de riesgo y cuándo existe una situación de desamparo³¹.

La lectura del antedicho artículo 18 introducido por la Ley 26/2015, pone de relieve que el legislador ha considerado procedente la declaración de desamparo en aquellos supuestos en que la gravedad de las circunstancias existentes ponen en peligro la estabilidad física y/o moral del menor; así, entre otros, cuando

²⁸ Como se establece en el Preámbulo de la Ley 26/2015, se pretende así la clarificación y unificación de criterios para su declaración.

²⁹ El requerimiento para que el Estado adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las regulaciones administrativas en todas las Comunidades Autónomas sean completamente acordes con los principios y disposiciones de la Convención y con sus dos Protocolos Facultativos.

³⁰ Existente, a juicio, de BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», ob. cit., pp. 21 y ss. en la anterior normativa, consideración que compartimos.

³¹ En este sentido, la doctrina con anterioridad a la reforma había establecido distintas pautas para su diferenciación; *vid.*, DE PAÚL OCHOTORRENA, J. y ARRUBARRENA MADARIAGA, M. I., *Manual de Protección Infantil*, ed. Masson, Barcelona, 2007, MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil. Una revisión del sistema de protección*, ed. Psicología Pirámide, Madrid, 2005, p. 24.

Se debe resaltar que, antes de la modificación legislativa, era frecuente la existencia de diferencias de criterio entre las entidades administrativas de protección de menores y los Tribunales sobre cuando era procedente la declaración de riesgo o la de desamparo. Se observan entre otras, en las siguientes resoluciones jurisprudenciales: SAP de Cantabria de 5 de diciembre de 2003, ponente ARROYO GARCÍA, M. J., *Aranzadi* 2003 marg. 66876, SAP de Jaén, de 10 de enero de 2002, ponente JURADO CABRERA, M. J., A. C. 2002 marg. 166, STS de 14 de noviembre de 2011, ponente ROCA TRÍAS, E., *R. J.* 2012 marg. 3390. Es de desear que tras el establecimiento de las circunstancias generadoras del desamparo por la Ley 26/2015, se evite esta discordancia.

A mayor abundamiento sobre esta cuestión, Cita MOREDA BENAVENTE, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores...», ob. cit., p. 19, los distintos estudios doctrinales que han estudiado esta materia. Así, ESCRIBANO TORJADA, P., «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», *Actualidad Civil*, n.º 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2009, tomo I, p. 1357; GARCÍA PASTOR, M., *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, tomo I, artículo 172, MIGUEL PASQUAU LIAÑO (dir.), ed. Comares, segunda edición, 2009, pp. 171 y ss; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español*, ed. Fundación universitaria española, Madrid, 2004, pp. 133 a 198; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 48; CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 49-51.

exista abandono, malos tratos, abuso sexual, negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud, inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo...

Es preciso apuntar que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial venían señalando como factores desencadenantes de la declaración de desamparo el incumplimiento de los deberes relativos al contenido personal de la patria potestad o tutela³², que coinciden de forma palmaria con los supuestos recogidos en la Ley 26/2015.

En este sentido, y para atemperar las perjudiciales consecuencias de tal declaración, el propio Tribunal Constitucional³³ ha determinado retiradamente que la declaración de desamparo ha de estimarse siempre de forma restrictiva, siendo únicamente procedente cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos en el ejercicio de la guarda sobre los menores pues, aunque es primordial y preferente el interés del menor, también lo son el derecho de los progenitores a tener consigo a su hijo así como el derecho del propio menor a crecer en el seno de su familia de origen. Entendemos que tras la aprobación de la mencionada reforma, esta interpretación constitucional sigue teniendo plena validez.

2. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN LA PROTECCIÓN DE MENORES EN LOS SUPUESTOS DE TRASLADOS DEL MENOR DENTRO DE ESPAÑA Y AL EXTRANJERO

En los puntos 4, 5 y 6 del artículo 18 de la LO 1/1996 se regulan, por primera vez, los criterios para determinar la entidad

³² IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 169; LLEBARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, ed. Bosch., Barcelona, 1990, p. 49.

En relación a los pronunciamientos jurisprudenciales que recogen este postulado, cabe señalar, entre otras, la SAP de Barcelona de 15 de julio de 2015, ponente PEREDA GÓMEZ, F. J., A. C. 2015, marg. 1447, STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2015, ponente SAAVEDRA RODRÍGUEZ, P., R. J. 2015, marg. 1237STJS de Aragón de 26 julio de 2013, ponente MARTÍNEZ LASIERRA, I., R. J. 2013 marg. 8304, ATJS de Cataluña de 7 de febrero de 2013, ponente VALLS GOMBAU, J. F., R. J. 2013, marg. 3656, ATSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2012, ponente BASSOLS MUNTDA, N., R. J. 2012, marg. 11178, SAP de Islas Baleares de 20 de octubre de 2009, ponente ARTOLA FERNÁNDEZ, M. A., A. C. 2010, marg. 17.

³³ STC de 28 de febrero de 2011, ponente ASUA BATARRITA, A., R. T. C. 2011, marg. 11, STC de 18 de octubre de 1993, ponente CRUZ VILLALÓN, R. T. C. 1993, marg. 298, STC de 26 de septiembre de 1990, ponente LEGUINA VILLA, R. T. C. 1990, marg. 143.

pública competente para la protección de menores cuando éstos se trasladen dentro del territorio nacional o cuando los menores españoles se encuentren en el extranjero, hecho que refuerza el régimen jurídico de protección del menor evitando así que, en estos supuestos, la normativa sea inoperante, como ocurría con anterioridad. De esta forma, cuando el menor, sujeto a una medida de protección, sea trasladado de forma permanente de una Comunidad Autónoma a otra, la Comunidad Autónoma de destino deberá asumir aquella medida de protección o adoptar la que corresponda en el plazo máximo de tres meses desde que fue informada del traslado. No obstante lo dispuesto, si la familia permanece en la Autonomía de origen y se prevé la reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la entidad pública receptora deberá colaborar en el seguimiento de su evolución. Por el contrario, en los casos de traslado temporal de un centro sito en otra Comunidad o cuando se establezca el acogimiento con una familia residente en ella, no será necesaria la adopción de nuevas medidas si existe acuerdo entre ambas comunidades.

Por otro lado, determina la norma que cuando se detecte una posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre en el extranjero, la Administración General del Estado se encargará de su traslado a España. La competencia para su protección desde su llegada a nuestro país corresponderá a la entidad pública de la Comunidad Autónoma donde residan los progenitores o tutores del menor. En su defecto, será competente el órgano público autonómico donde el menor o sus familiares tuvieran mayores vínculos. Si conforme a tales criterios, no pudiera determinarse la competencia, la ostentará la entidad pública de la Autonomía en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia. En todo caso, si el menor hubiese sido objeto de una medida de protección previa a su desplazamiento, será competente el órgano público que ostente su guarda o tutela.

En el último punto del artículo 18 del citado texto legal, se dispone que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero y que deban cumplirse en España, se regirán por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 221/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, o norma europea que lo sustituya. En los supuestos no regulados por la legislación europea, se aplicará lo dispuesto en los Tratados y Convenios internacionales en vigor en España y, en

especial, al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o Convenio que lo sustituya. En defecto de normativa internacional, se estará a lo establecido en las normas españolas sobre eficacia en España de medias de protección de menores.

A nuestro juicio, ha sido un acierto legislativo imponer la coordinación que debe existir entre los órganos competentes en materia de protección de menores de las distintas Comunidades Autónomas, dado que anteriormente los traslados del menor dentro de nuestro país implicaban, en numerosas ocasiones, su desprotección. Asimismo, nos merece una valoración positiva la regulación establecida para proteger al menor cuando se encuentre en el extranjero, evitando de este modo que su salida de España provoque la ineficacia del sistema de protección.

3. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

En el mismo sentido que lo dispuesto con anterioridad a la promulgación de la Ley 26/2015, los efectos derivados de la declaración de desamparo se mantienen al establecer el artículo 18.1 LO 1/1996 y el artículo 172.1 CC que la entidad pública asumirá la tutela del menor por ministerio de la ley, debiendo adoptar las medidas procedentes y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Únicamente se ha añadido en este precepto del Código Civil que también debe ser comunicada al «(...) *Juez que, en su caso, haya acordado la tutela ordinaria (...)*». Sigue indicando el artículo 172.1 CC que la declaración de desamparo implica la automática asunción de la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública, suspendiendo la patria potestad o tutela siendo solo válidos los actos de contenido patrimonial realizados por los progenitores y tutores si redundan en beneficio del menor³⁴.

³⁴ LASARTE ALVÁREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia.*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 375 y ss., destaca que «(...) la tutela automática se encuentra regulada en el número 1 del artículo 172, pasaje normativo bastante extenso del que conviene destacar que se trata de una norma de carácter imperativo que tiene por objeto procurar la inmediata tutela del menor desamparado por parte de la entidad pública correspondiente (...)». Añade que la consecuencia fundamental de la denominada tutela automática «(...) es determinar la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria que en su caso se hubiere constituido, vista la desatención de que es objeto el menor en cuestión y la situación de desamparo en que se encuentra (...)», postulado que sigue teniendo plena vigencia.

La reforma añade, en el antedicho artículo, que el órgano público o el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela ordinaria. La inclusión de esta premisa nos parece acertada, dado que cuando los incumplimientos de los progenitores o tutores en sus funciones de guarda son muy graves, se debe instar la privación de la patria potestad o tutela y no la declaración de desamparo.

Se regulan en el artículo 172.5 CC, de forma novedosa, las causas de finalización de la tutela de los menores declarados en desamparo, que consideramos positiva por la seguridad jurídica que aporta. La entidad pública procederá a su cese cuando constate, mediante los correspondientes informes, la concurrencia de alguno de los supuestos que dan lugar a la extinción de la tutela ordinaria, remitiendo a lo contemplado en los artículos 276 y 277.1 CC (este último no había sido incluido en el Anteproyecto)³⁵. El citado artículo declara, asimismo, que también deberá ser cesada cuando puedan comprobarse alguna de las circunstancias establecidas en el mismo.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

En relación al procedimiento para su declaración y adopción de las medidas pertinentes, indica el citado apartado 1 del artículo 172 CC que se realizará mediante resolución administrativa debiendo ser notificada, en forma legal, a los progenitores, tutores o guardadores, y al menor afectado si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. Serán informados de forma inmediata, sin que se pueda superar el plazo máximo de 48 horas, y la información aportada será clara, comprensible y comunicada de manera accesible y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. La información incluirá las causas que dieron lugar a la declaración, así como los efectos de las medidas adoptadas. Siempre que sea posible, esta información se facilitará de forma presencial. Respecto a la anterior redacción, se ha incluido al menor de suficiente madurez o mayor de doce años como sujeto al que, preceptivamente, se ha de informar de la situación de desamparo así como cualquier medida que se pretenda adoptar, modificación que, en nuestra consideración, era necesaria.

³⁵ Algunas de estas causas ya habían sido consideradas por la doctrina, *vid.*, VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario Derecho Civil*, 1991, p. 666.

IV. REVOCACIÓN Y OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN

1. REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Respecto al procedimiento para la revocación y oposición a las decisiones adoptadas por la entidad pública en materia de protección del menor, se han introducido ciertas modificaciones. En el artículo 172.2 CC se mantiene la legitimación de los progenitores y tutores suspendidos de la patria potestad o tutela para solicitar, en el plazo de dos años, la revocación de la declaración de desamparo si consideran que, por cambio de las circunstancias, se encuentran en condiciones de asumirla nuevamente. Transcurrido dicho plazo, decaerá su derecho, solo pudiendo informar a la entidad pública o al Ministerio Fiscal de cualquier cambio en las circunstancias que dieron lugar a la declaración del mismo³⁶. Se añade respecto a la precedente regulación, la exclusiva legitimidad del Ministerio Fiscal para oponerse a cualquier resolución de la entidad pública, tras el transcurso de los dos años.

Una de las novedades más significativas incluidas en la nueva regulación, es la relativa a la posibilidad de que el órgano público, ponderando la situación, adopte la medida de protección que considere más adecuada durante dicho plazo (dos años desde la declaración de desamparo), incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de irreversibilidad del retorno del menor a su familia de origen³⁷, debiendo ser notificada al Ministerio Fiscal como se dispone en el último apartado del artículo 172.2 CC. A nuestro entender, es un acierto legislativo dado que es preceptivo buscar siempre la alternativa más estable para el menor y no tiene sentido esperar dos años si se considera imposible la reunificación familiar. Por otro lado, se ha suprimido el inciso recogido en el Anteproyecto relativo a la improcedencia para la adopción de cualquier medida en tanto esté pendiente de resolución la oposición

³⁶ Una de las primeras resoluciones judiciales que ha aplicado este precepto es la SAP de Palencia de 22 de octubre de 2009, ponente RAFOÉS PÉREZ, I. J., A. C. 2010, marg. 121.

³⁷ Esta posibilidad ya había sido contemplada por Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *J. U. R.* 2009, marg. 24418, p. 4, al determinar que en aquellos supuestos en que se constatase la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente a sus hijos –entre otros, por enfermedades graves y crónicas, problemas de drogadicción...– no se debiera esperar el transcurso de los dos años para instar la constitución de la adopción o en su caso, el acogimiento familiar preadoptivo.

contra la declaración de desamparo; en nuestra opinión, era una premisa claramente innecesaria dado que ya la propia norma exige la existencia de un pronóstico fundado de imposibilidad de la reintegración familiar, circunstancia que no se produciría en tanto no hubiese resolución firme sobre la idoneidad de la situación de desamparo, por lo que consideramos coherente su no inclusión en la Ley 26/2015.

La potestad para revocar la declaración de desamparo y decidir el retorno del menor a su familia en cualquier momento sigue correspondiendo a la entidad pública, de oficio o a instancia de parte (Ministerio Fiscal, persona o entidad interesada), si lo considera adecuado para su interés³⁸ debiendo ser notificado al Ministerio público, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo (anteriormente recogido en el apartado 8 del art. 172 CC).

2. DERECHO DE OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS POR LA ENTIDAD PÚBLICA

Más acusadas son las modificaciones introducidas en el derecho de oposición a las medidas de protección adoptadas por el órgano público. En primer lugar, se suprime el párrafo 2.º del punto 3 del artículo 172 CC que permitía a los padres o tutores oponerse en el plazo de dos meses a la resolución de constitución del acogimiento, si consideraban que la modalidad acordada no era la más conveniente para el menor o cuando existiesen personas más idóneas en el entorno familiar que las designadas.

Por el contrario, se sigue manteniendo que los progenitores o tutores podrán oponerse en el plazo de dos años a cualquier decisión administrativa adoptada respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo, decaerá su derecho, solo pudiendo ser impugnadas por el Ministerio Fiscal, como expusimos en líneas precedentes.

La Ley 26/2015 ha suprimido el apartado 6 del artículo 172 CC, modificado los apartados 1 y 2 del artículo 780 LEC y añadido un nuevo apartado 5 al mismo. El punto primero de este precepto declara que no es preceptiva –como con anterioridad a la reforma–, la reclamación previa en vía administrativa. No obstante, unifica el plazo para presentar recurso a cualquier decisión administrativa (anteriormente, para la declaración de desamparo era de tres meses y para las restantes resoluciones de la Administración dos), fijándose

³⁸ Respecto a la redacción precedente se ha suprimido, como causa para decretar la revocación de la declaración de desamparo, la falta de integración del menor de forma estable en otra familia.

en dos meses desde su notificación, modificación que avalamos en aras a la unificación de criterios y simplificación del procedimiento.

De forma específica, permite formular oposición a las citadas resoluciones administrativas a toda persona que tenga interés legítimo y directo en tal resolución: «(...) *los menores afectados por la resolución, los progenitores, los tutores, los acogedores, los guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones (...)*», estableciéndose de forma expresa lo que era una interpretación del precepto³⁹ y que, a nuestro juicio, aporta claridad al proceso. Asimismo, dicta que los menores tendrán derecho a ser parte y oídos en el proceso conforme a lo estipulado en la LO 1/1996. Ejercitarán sus pretensiones a través de sus representantes legales y si existiese conflicto de intereses, mediante la persona designada como su defensor para su representación.

En el apartado 2 del antedicho artículo 780 LEC se simplifica la iniciación del procedimiento, exigiéndose la presentación de un escrito inicial en el que de forma sucinta, el actor exprese la pretensión y la resolución a la que se opone. Se debe consignar expresamente la fecha de notificación de la resolución y manifestar si existen procedimientos relativos a ese menor. En el añadido apartado 5 de este texto legal, se dispone la acumulación de procedimientos de oposición a resoluciones administrativas a petición del Ministerio Fiscal, las partes o el Juez competente.

En líneas generales, nos parece muy adecuado el establecimiento de estos plazos para recurrir o revocar cualquier medida adoptada por la entidad pública, ya recogidos en la anterior redacción –con las variaciones comentadas, que nos merecen una valoración positiva– y que habían sido introducidos por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Y ello porque no era infrecuente que los padres recurriesen las decisiones administrativas años después de ser adoptadas por el órgano público, en numerosas ocasiones incluso cuando se estaba instando el procedimiento para la adopción del menor, con la consiguiente paralización del mismo y dilación en el tiempo en la toma de decisiones estables para aquel.

³⁹ En la citada Circular de la Fiscalía General del Estado, dada la imprecisión del texto legal, se entendía que la legitimidad para oponerse a las decisiones administrativas, se debía interpretar en un sentido amplio, concediéndola a todos aquellos que tenían un derecho o interés legítimo: padres, tutores, familiares que hubiesen convivido con el menor, guardadores, Fiscal..., p. 3.

V. LA GUARDA

Las modificaciones operadas en la guarda por la nueva normativa se pueden resumir en las siguientes: creación de una nueva modalidad, la guarda provisional, modificación de ciertos aspectos de la guarda voluntaria de menores, como su duración, e introducción de importantes variaciones en el ejercicio de la misma. No obstante, se debe resaltar que el legislador, al igual que en el texto anterior, no ha procedido a definir esta institución jurídica, a nuestro entender, requisito necesario en toda medida de protección y por tanto, esta omisión nos merece un juicio negativo.

1. LA GUARDA PROVISIONAL

Como decíamos, se introduce una nueva figura en el sistema de protección al menor de edad, la denominada guarda provisional. La Ley 26/2015, de 28 de julio, procede a su regulación en los dos cuerpos legales: la Ley Orgánica 1/1996 (art. 14) y el Código Civil (art. 172.4).

En el primero de ellos, se dispone la obligación de los órganos públicos de prestar atención inmediata a cualquier menor que la precise pudiendo asumir, para tal fin, la guarda provisional regulada en el artículo 172.4 CC. Se deberá poner en conocimiento los hechos a los representantes legales de este y, en su caso, a la entidad pública o al Ministerio Fiscal.

El artículo 172.4 CC establece que se formalizará mediante resolución administrativa cuando sea necesario prestar inmediata asistencia al menor sin necesidad de proceder a su declaración de desamparo. Se articula para situaciones de urgencia, en tanto se procede, como dictan ambos preceptos, «(...) *a practicar las diligencias precisas para la identificación del menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo (...)*». Por cuestiones de seguridad jurídica debe estar sujeta a límites temporales; no obstante, la norma solo exige que sea el plazo más breve posible. Al respecto, consideramos que se debería haber establecido una duración máxima de esta modalidad de guarda, pues el interés del menor exige la pronta definición de su situación y la máxima celeridad en la adopción de las medidas necesarias. En este sentido, es importante señalar que el Anteproyecto, en los citados artículos de la LO y del Código Civil, contemplaba una duración máxima de tres meses, circunstancia que desafortunadamente se excluyó en la redacción de la Ley 26/2015.

Como señala el mencionado artículo del Código Civil, durante ese tiempo se procederá bien a la declaración de desamparo del menor y la consiguiente asunción de la tutela *ex lege* por el órgano público o bien a la promoción de la medida de protección adecuada. Especifica el legislador que si existen personas idóneas para ejercer como tutores del menor, se inste el procedimiento para la constitución de la tutela ordinaria. Como garante del cumplimiento de estas obligaciones del ente público, se erige el Ministerio Fiscal quien deberá promover las acciones para adoptar las medias de protección adecuadas si la entidad pública no hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución en el plazo señalado⁴⁰.

A nuestro juicio, nos parece muy loable la regulación de esta modalidad de guarda dado que consigue evitar el rigor derivado de la declaración de desamparo de un menor en aquellos supuestos en los que la entidad pública no posea suficiente información sobre su situación real; como se señala desde los servicios de atención primaria, en ocasiones, existen muchas dificultades para establecer si un menor se encuentra en situación de riesgo o desamparo y, en la mayoría de los casos, se requiere un tiempo prudencial para el análisis de la situación y la adopción de la medida más adecuada. Antes de la aprobación de esta medida, la entidad pública en estos casos «sugería» a los progenitores o tutores la solicitud de la guarda voluntaria, para conseguir así la protección del menor y analizar con detenimiento la situación familiar. Actualmente, como se ha comentado, la regulación de la guarda provisional permite su declaración por parte de la entidad pública sin que sea necesaria petición por parte de los progenitores o tutores, como sí se exige para la guarda administrativa. Las causas de finalización de la tutela automática recogidas en el artículo 172.5 CC, mencionadas con anterioridad, son también aplicables a la guarda provisional.

El Consejo del Fiscal General ha emitido, al igual que el Consejo del Poder Judicial, un informe sobre el Anteproyecto precursor de la actual Ley 26/2015. Cabe asimismo su aplicación a los preceptos sobre los que no se han operado cambios significativos durante la tramitación parlamentaria de la mencionada Ley. En relación a esta figura de nueva creación, considera muy acertada su regulación por prestar atención inmediata a los menores, buscando una alternativa que no implique graves consecuencias para las relaciones familiares, aspecto, como se comentó, no contemplado en la anterior redacción.

⁴⁰ A nuestro entender, pese a la inexistencia de un plazo legal de duración de esta medida, la alusión en el citado precepto «(...) al plazo señalado (...)» puede interpretarse en que el mismo se deberá determinar en la resolución administrativa que declara la guarda provisional.

2. LA GUARDA VOLUNTARIA O ADMINISTRATIVA

La regulación de la guarda voluntaria o administrativa se recoge en los artículos 19 LO 1/1996 y 172 bis CC. La redacción contemplada en el primero de ellos «(...) además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la entidad pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda» es complementada por lo dispuesto en el artículo 172 bis apartado 1 CC «(...) 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 (...)». Se detrae, por tanto, que solo cabe su constitución cuando no se observen otros factores que impliquen una posible situación de desamparo.

Al respecto y conforme a lo estipulado en la normativa anterior, conviene señalar que en estos supuestos, se requiere que los titulares de la patria potestad o tutela, por motivos ajenos a su voluntad, no puedan atender de forma adecuada al menor. Como señala la doctrina científica, es necesario que en estos casos no exista despreocupación, desinterés o descuido en el desempeño de las funciones paternas o tutelares⁴¹. A título ilustrativo se pueden citar como situaciones que permiten solicitar la guarda: la enfermedad grave de cualquiera de los guardadores, la necesidad de emigrar del país por motivos laborales, la existencia de una sentencia firme de prisión... A nuestro entender, hubiera sido conveniente la inclusión de las circunstancias motivadoras para la solicitud de la guarda administrativa, a semejanza de lo establecido para la procedencia de la declaración de desamparo. En todo caso, no se debe interpretar como una sanción al guardador por su falta de diligencia en el cuidado del menor, sino que se pretende la subsanación de una situación fáctica de desprotección evitando que derive en una declaración de desamparo.

En virtud de lo expuesto, se observa que la guarda convencional cumple una doble finalidad: de un lado, se trata de una función asistencial que permite a los particulares que ostentan la guarda recurrir a la delegación provincial competente para que, provisio-

⁴¹ VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autónoma e internacional*, ed. Comares, Granada, 1994, pp. 47 y 48.

nalmente, se haga cargo del menor; y de otro lado, es una medida de protección que permite atenuar el rigor derivado del carácter objetivo que se asigna al desamparo⁴². De esta forma, los padres o tutores que se encuentren en dificultades para cumplir con los deberes dimanantes de la patria potestad o tutela podrán evitar la declaración del mismo solicitando a la entidad pública que asuma la guarda del menor en tanto superan las circunstancias que dieron lugar a la misma. Porque como se sabe, la declaración de desamparo es procedente cuando existan circunstancias graves que hagan imposible el ejercicio de los deberes de guarda y custodia, con independencia de si la situación se debe a causas imputables a los progenitores o de fuerza mayor.

No obstante, uno de los mayores problemas que presentaba esta opción, sin duda a veces la más beneficiosa para todas las partes era que, en demasiadas ocasiones, el tiempo transcurrido hasta la adopción de una medida definitiva se alargaba de forma indefinida provocando los consecuentes perjuicios para la estabilidad del menor. Muy acertadamente, se ha introducido una importante modificación referida a su duración máxima que no podrá sobrepasar los dos años, como se dispone en los artículos 172 bis apartado 1 CC⁴³ y 19.2 Ley Orgánica 1/1996, salvo que excepcionalmente se considere conveniente su prórroga si el interés del menor lo aconseja o «(...) *por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (...)*», como rezan respectivamente los citados artículos. Añade este último que en estos supuestos será necesario el compromiso de la familia para someterse, en su caso, a la intervención profesional determinada por la entidad pública.

Como advierte el legislador en el Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, la finalidad de esta limitación temporal es evitar que se hagan crónicas situaciones de guarda del menor privándole de soluciones familiares estables y permanentes⁴⁴. Transcurrido dicho

⁴² Así lo entiende MORENO FLÓREZ, R., *Acogimiento Familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 118, al considerar que la guarda rogada puede suponer «(...) ponerse la venda antes de recibir la pedrada, porque en virtud de esta facultad concedida a los padres o al tutor, se evita la contingencia de que, aún por causa de fuerza mayor, el menor sea declarado en situación de desamparo con la consiguiente tutela por la entidad pública. En estos casos, por tanto, acudir con carácter previo a la guarda administrativa evitará que la entidad pública pueda dar al menor en régimen de acogimiento preadoptivo o en adopción (...)».

⁴³ Afortunadamente, se ha modificado la indeterminación de la duración de esta figura presente en la redacción del artículo 172 bis apartado 1 CC del Anteproyecto cuando estipulaba «(...) *que no podrá sobrepasar el previsto por la ley como plazo máximo de cuidado temporal del menor (...)*», si bien es cierto que el artículo 19 LO del citado Anteproyecto declaraba expresamente la duración máxima de dos años.

⁴⁴ Circunstancia puesta de manifiesto con anterioridad a la reforma por la doctrina jurisprudencial. *Vid.*, la SAP de Zaragoza de 21 de julio de 2004, ponente SOLCHAGA LOITEGUI, *J. U. R.* 2004, marg. 217648.

plazo, el menor deberá volver con su familia o ser declarado en desamparo, conforme a lo establecido en el mencionado precepto del Código Civil⁴⁵.

En relación a los cambios propuestos en el Anteproyecto y finalmente incluidos en la Ley 26/2015 respecto a la figura de la guarda, en el citado informe del Consejo Fiscal se considera positiva la fijación de una duración máxima de dos años desde su constitución, salvo en aquellos supuestos en los que sea procedente su prórroga «(...) por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (...)». Asimismo, juzga adecuada la previsión sobre la necesidad del compromiso de la familia para someterse, en su caso, a una intervención profesional. A su entender, el momento adecuado para su determinación sería el momento de formalización de esta medida protectora.

En relación al procedimiento para su constitución apenas se han realizado variaciones, dado que la entrega se realizará por escrito, dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen ostentando sobre los menores y que la misma se ejercerá mediante el acogimiento familiar o residencial como indica el artículo 172.1 bis segundo párrafo CC. Se añade que la entidad pública garantizará, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de cualquier otro si fuera necesario. El órgano público queda obligado a fundamentar y comunicar la guarda voluntaria, y cualquier variación que pudiera producirse en su ejercicio, a lo progenitores, tutores y al Ministerio Fiscal. En ambos casos, se excluye de este deber de notificación al menor de doce años o al que tenga suficiente madurez⁴⁶.

Asimismo, distintos autores habían incidido en esta cuestión; IGLESIAS REDONDO, J. I., al señalar que la expresión «(...) durante el tiempo que sea necesario (...)» alude al necesario requisito de la temporalidad de la medida, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ob. cit., p. 137. En el mismo sentido, DE ROMÁN PÉREZ, R., «Tutela, curatela y guarda de menores», en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 118-119.

⁴⁵ Pese a no recogerse de forma explícita en la anterior redacción de la norma, no era infrecuente que las entidades públicas, avaladas en numerosas ocasiones por los órganos judiciales, acordasen la declaración de desamparo tras el ejercicio de la guarda o incluso detectasen una situación de desamparo tras la solicitud de la guarda por sus progenitores o tutores. A título ilustrativo, *vid.*, AAP de Toledo de 13 de diciembre de 2001, ponente DE LA CRUZ MORA, A. C. 2002, marg. 378; SAP Madrid de 23 de mayo de 2002, ponente Hernández Hernández, R., A. C. 2002, marg. 1351; SAP de Valencia de 30 de abril de 2002, ponente MANZANA LAGUARDA, M. P., J. U. R. 2002 marg. 185690; SAP de Girona de 12 de julio de 2002, ponente FERNÁNDEZ PONT, J. M., A. C. 2002, marg. 1156.

⁴⁶ Hecho que podría ser contrario a lo recogido en el artículo 9.1 de la LO 8/2015, que especifica el derecho del menor a ser oído «(...) tanto en el ámbito familiar como en cualquier otro procedimiento administrativo, judicial o de medicación en que este afecta-

Por otro lado, no se recogen en el citado precepto, ni en la Ley Orgánica 1/1996, las causas de cesación de la guarda, establecidas anteriormente en el apartado 5 del artículo 172 CC, trasladándose su contenido al artículo 173 de este cuerpo legal, dedicado a la figura del acogimiento familiar. En su nueva redacción, se permite al menor, al acogedor o acogedores, al Ministerio Fiscal, a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela⁴⁷ o cualquier persona interesada⁴⁸ solicitar a la entidad pública su remoción cuando surgieren graves problemas de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda. Es preciso señalar que se ha ampliado las personas legitimadas para su solicitud –frente a la anterior redacción«(...) *aquel [el menor] o persona interesada (...)*»–. No obstante, sorprende que no se exija el requisito de tener doce años o suficiente madurez al menor. Además, a nuestro entender, cabría la aplicación analógica de las causas de extinción dispuestas respecto a la tutela y guarda provisional en el actual artículo 172.5 CC (con la excepción del apartado c) y no limitar su finalización a los posibles problemas de convivencia.

3. LA GUARDA JUDICIAL

Los artículos 19 LO 1/1996 y el 172.2 bis CC estipulan que la entidad pública deberá asumir la guarda cuando así lo declare el Juez en los casos en que legalmente proceda, concretando este último que el órgano público deberá adoptar la medida protectora idónea.

La indeterminación del legislador sobre los supuestos legales en los que la autoridad judicial debe decretar la misma, desafortunadamente no resuelto por la nueva redacción, ha propiciado la existencia de divergentes interpretaciones doctrinales sobre este aspecto de la institución que siguen teniendo validez. Por un lado, se defiende que solo cabe su aplicación en los casos previstos en el

do y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (...)».

⁴⁷ Con anterioridad a la reforma, la doctrina ya consideraba que cabría su finalización cuando los padres o tutores lo solicitasen alegando y justificando que podían cuidar del menor y la entidad pública así lo considerase. *Vid.*, IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ob. cit., pp. 146 y ss.

⁴⁸ Entiende LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», ob. cit., p. 39, que con esta expresión cabría la inclusión de la familia extensa del menor.

Código Civil⁴⁹; por otro, en una interpretación menos restrictiva, se considera que procederá su constitución en todo supuesto en que los progenitores o tutores no puedan proporcionar la asistencia necesaria al menor por cualquier circunstancia⁵⁰. En nuestra opinión, el propósito del legislador es la protección del menor de una forma integral, por lo que no nos parece acertado subsumir las actuaciones protectoras únicamente a las situaciones recogidas en el Código Civil, debiendo ampliarse este amparo a todos los supuestos en los que el menor se encuentre en un contexto de desprotección. Además, se entiende que cabe la solicitud judicial de constitución de la guarda asistencial cuando la entidad pública deniegue su formalización tras la petición realizada por los padres o tutor cuando, por diversas circunstancias, no puedan ejercer de forma temporal sus funciones de forma idónea⁵¹. A nuestro entender, hubiera sido deseable que el legislador hubiese indicado las causas determinantes para su formalización en el nuevo texto legal, para evitar así interpretaciones doctrinales dispares sobre este aspecto de esta modalidad de guarda.

El régimen de la guarda quedará establecido en la resolución jurisprudencial y podrá ser modificado por el órgano jurisdiccional competente; dicha medida estará sujeta a control judicial a través de los medios procesales previstos en el procedimiento en cuestión. En relación al régimen de finalización de la guarda instada judicialmente, hay que señalar que la normativa en vigor no contempla las causas para su cesación. Se entiende que se producirá en virtud de resolución judicial dictada en el proceso en que se hubiese acordado cuando, tras el examen de las circunstancias existentes, se considere procedente la adopción de cualquier otra medida o, por el contrario, sea posible la reunificación familiar por superación de la problemática originaria. Asimismo, por resolución judicial al recurso presentado por los progenitores tras la negativa de la entidad pública a su finalización en vía administrativa. En el mismo sentido a lo comentado con anterioridad, consideramos necesario que se hubiesen regulado las circunstancias determinantes del cese de esta institución, evitando así su indeterminación legal y la necesidad de recurrir a criterios interpretativos. En virtud de lo expuesto, entendemos que la regulación de la guarda judicial contemplada

⁴⁹ Defendida esta tesis, entre otros, por BENITO ALONSO, F., «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda», en «jurisdicción voluntaria», *La Ley*, n.º 6, 1997, pp. 1742 y ss.; GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 823, concretados fundamentalmente en los supuestos contemplados en los artículos 103.1.º y 158.2.º CC.

⁵⁰ VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores...*, *vid. ob. cit.*, p. 66.

⁵¹ IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege...*, *ob. cit.*, p. 136.

en la nueva normativa no ha aportado novedades relevantes respecto a la anterior redacción y no ha solventado las lagunas jurídicas que esta presentaba.

4. EL EJERCICIO DE LA GUARDA Y DE LA TUTELA AUTOMÁTICA

Respecto a este aspecto de ambas instituciones, el legislador ha introducido importantes novedades que requerían una regulación específica que, en su conjunto, valoramos positivamente pese a que debería haberse profundizado con mayor detalle en determinadas cuestiones, como exponemos a continuación.

4.1 Priorización del acogimiento familiar frente al residencial

En relación al ejercicio de la guarda, se ha añadido el artículo 172 ter en el Código Civil señalando que se realizará mediante el acogimiento familiar o en caso que no sea posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. En el mismo sentido se expresa el artículo 11.b LO 1/1996 cuando establece que cuando no sea posible el mantenimiento en su entorno familiar, «(...) se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional (...)»⁵².

La legislación estatal anterior no establecía el carácter preferente del primero frente al segundo⁵³, aspecto subsanado por la

⁵² Esta premisa no se contemplaba en el Anteproyecto, por lo que su inclusión en la redacción final de la Ley 26/2015 determina claramente la pretensión del legislador de incidir en la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial.

⁵³ En el articulado del Código Civil no se recogía ninguna disposición de esta naturaleza; solo el artículo 21 LO 1/1996 declaraba «(...) la necesidad de que el menor tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurando que la duración del internamiento sea lo más breve posible (...)»

Por el contrario, la mayoría de las CCAA sí establecen este principio en sus respectivas normativas. Entre otras, la Ley 1/1998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención al menor de Andalucía, artículo 36.1; la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia de Aragón, BOE de 8 de agosto de 2001, n.º 189, artículo 66.1; la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores de guarda y protección de menores del Principado de Asturias, BOE de 20 de abril de 1995, n.º 94, artículo 61.1; la Ley 3/1999, de 31 de marzo, que regula las competencias en materia de menores de Castilla-La Mancha, BOE de 25 de mayo 1999, n.º 124, artículo 44.b; la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, BOE de 28 de junio de 2010, n.º 156, artículo 120; la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, de 14 de junio, BOE de 11 de agosto de 2006 n.º 191, artículo 21; la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de Murcia, BOE de 2 de junio de 1995, n.º 131, artículo 29.1; la Ley 1/2006 de Protección de Menores de La Rioja, de 28 de febrero, BOE de 23 de marzo de 2006, n.º 70, artículo 87.3; la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de

Ley 26/2015 y que puede considerarse uno de los grandes aciertos de la reforma, consideración compartida por el Consejo Fiscal. Su plasmación legal era una de las peticiones más reiteradas por los profesionales de los distintos ámbitos dedicados a la protección de menores y consolida una práctica judicial unánime, pues son numerosas las resoluciones jurisprudenciales que se han expresado en este sentido⁵⁴.

A nuestro entender, la priorización en la formalización del acogimiento familiar frente al residencial, es sumamente positiva pues permite que el menor se integre en una familia en vez de un centro asistencial, lo que indudablemente le reportará importantes beneficios emocionales y afectivos⁵⁵. No obstante, en virtud del supremo interés del menor, el legislador también ha establecido la posibilidad de anteponer la constitución de un acogimiento residencial cuando las circunstancias así lo aconsejen⁵⁶. Por último, se debe apuntar que esta modalidad no solo es considerada subsidiaria respecto al acogimiento familiar, sino también en relación a las demás medidas de protección.

4.2 El principio de reintegración familiar

Una de las cuestiones sobre las que incide de forma especial la reforma es la relativa a la reunificación familiar. Es en el artículo 11 LO 1/1996 dónde se recogen los principios rectores en esta materia, ya contemplados en la anterior redacción del citado precepto, entre los que destaca la supremacía del interés superior del

atención y protección a la infancia y adolescencia del País Vasco, *BOE* de 14 de noviembre de 2011, n.º 274, artículo 76.1.

⁵⁴ Entre otras, SAP de Zaragoza de 29 de octubre de 2004, ponente NAVARRO PEÑA, E., *J. U. R.* 2004, marg. 297765; SAP de Navarra de 15 de febrero de 2005, ponente GOYENA SALGADO, F. J., *J. U. R.* 2005, marg. 85280; SAP de Asturias de 19 de septiembre de 2005, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J. U. R.* 2005, marg. 236955; SAP de Asturias, de 19 de septiembre de 2005, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J. U. R.* 2005, marg. 236955; SAP de Navarra, de 15 de febrero de 2005, ponente GOYENA SALGADO, F. J., *J. U. R.* 2005, marg. 85280.

⁵⁵ En esta línea de principio, *vid.*, NÚÑEZ CASTILLO, A., «El sistema de protección de menores», en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, dirigido por GARCÍA GARNICA, M. C., coordinado por MORILLAS FERNÁNDEZ, M. y QUESADA PÁEZ, A., ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 208, que entiende que es mucho más beneficiosa la modalidad de acogimiento familiar frente al residencial pues es en la familia «(...) donde se produce una mayor estimulación, una continuidad en los cuidados, unas relaciones más intensas y un trato más individualizado y personal y, por tanto, es en este contexto donde se cubren de una manera más eficaz y saludable las necesidades tanto físicas como, y sobre todo, emocionales de los niños (...)».

⁵⁶ En relación a los criterios defendidos por la jurisprudencia y la doctrina científica sobre los supuestos en los que es preferente la constitución del acogimiento residencial frente al familiar, con anterioridad a la reforma, *vid.*, NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código Civil y en el Derecho Civil de Galicia*, ed. Colegio Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010, pp. 239 y ss.

menor y en tanto no sea incompatible con este, «(...) *el mantenimiento en su familia de origen* (...)»⁵⁷. En concordancia, el apartado 2.º del artículo 172 ter CC, determina que se buscará el interés supremo del menor y se priorizará cuando no sea contrario al mismo, «(...) *su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a la misma institución o persona para que permanezcan unidos* (...)». Además, se exige la revisión cada seis meses al menos, del régimen de visitas y cualquier otra forma de comunicación entre el menor y su familia.

Al respecto, se ha introducido un nuevo artículo 19 bis en la LO 1/1996 titulado disposiciones comunes a la guarda y tutela. En el mismo, se dispone la obligación de la entidad pública de elaborar un plan individualizado de protección para cada menor en guarda o tutela en el que se establecerán los objetivos, previsión y plazo de las medidas a adoptar «(...) *incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar* (...)»⁵⁸. Asimismo, se indica que cuando un menor presente algún tipo de discapacidad, se deberán mantener los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de aquellos que sean adecuados para sus necesidades. Esta modificación legislativa nos parece muy loable por dos razones; la primera de ellas, porque uno de los mayores problemas de los que adolecía la anterior regulación era la relativa a la ausencia de un proyecto específico para cada menor, lo que en la práctica provocaba la indefinición de su situación. Y la segunda, porque no se hacía mención expresa al programa de reunificación familiar. Incide en este punto el apartado 2.º del citado precepto al establecer que «(...) *cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la entidad pública aplicará el programa de reintegración familiar* (...)». Además, cuando la entidad pública decreta la reunificación familiar, deberá realizar un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor.

⁵⁷ Véase, CORRAL GARCÍA, E., «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos», *Revista General de Derecho*, n.º 682, 2001, pp. 6709 y ss.

⁵⁸ No recogido en la anterior redacción, pero sí señalado por la doctrina científica y jurisprudencial. *Vid.*, PÉREZ ALVÁREZ, M. A., «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 Aranzadi, A Coruña, 1997, pp. 28-30; Díez GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 7, marzo-abril 2003, p. 176; LÓPEZ SÁNCHEZ, F./LÓPEZ GÓMEZ DE CÁDIZ, B./FUERTES ZURITA, J./SÁNCHEZ REDONDO, J. M. y MERINO MUÑOZ, J., *Necesidades de la infancia y protección infantil*, ed. Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p. 58.

Asimismo, son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales dictados en este sentido; entre otras, SAP de Asturias de 19 de septiembre de 2005, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J. U. R.* 2005, marg.; SAP de Granada de 23 de febrero de 2005, ponente GALLO ERENA, A., *J. U. R.* 2005, marg. 135049.

Otra cuestión pendiente en la anterior regulación era la relativa a las condiciones que debía cumplir la familia para posibilitar la reunificación familiar. En realidad, el problema residía en determinar cuando los factores existentes en la misma eran irreversibles⁵⁹. A nuestro juicio y sin pretender ser exhaustivos, cabría citar como causas inhabilitantes para el ejercicio de la patria potestad de difícil solución: los malos tratos físicos o psíquicos infringidos al menor de forma continuada, los abusos sexuales, las enfermedades mentales graves e irreversibles de los progenitores, los problemas crónicos de drogodependencia o alcoholismo...

Actualmente, la propia norma, sin llegar a estipular expresamente los supuestos en que es factible la reintegración familiar del menor desamparado, lo que hubiera sido deseable, ha dado un paso importante al establecer en el apartado 3.º del citado artículo 19 LO 1/1996 que para su determinación «(...) *será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico (...)*».

En relación a lo establecido sobre la reunificación familiar en el Anteproyecto y que coincide de forma palmaria con lo dispuesto en la Ley 26/2015, por lo que cabe su aplicación, el Consejo Fiscal ha realizado las siguientes consideraciones. Por un lado, entiende que la regulación llevada a cabo por el prelegislador es muy acertada pues aunque en el anterior texto legal ya se contemplaba este principio, también señala que se guardaba «(...) un criticable silencio sobre cómo articularlo, silencio al que responde el Anteproyecto (...)». Sin embargo, no está de acuerdo la Fiscalía General del Estado con la redacción otorgada al ap. 3.º artículo 19 bis pues a su entender es defectuosa, aunque se muestra conforme con el contenido sustantivo del precepto⁶⁰.

⁵⁹ Así lo expresa Díez GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», ob. cit., pp. 180 y 181, cuando considera que si bien es cierto que es muy difícil determinar si el menor podrá reintegrarse en su núcleo familiar, se debería atender a la transitoriedad de la situación de desamparo y a las causas que la ocasionaron.

⁶⁰ Su propuesta es la siguiente: «(...) para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya constatado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor. En la toma de decisión sobre el retorno deberá ponderarse el tiempo transcurrido, la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma (...)».

Por otro lado, en el apartado 3 del artículo 172 ter CC se dispone la posibilidad de acordar por parte de la entidad pública, que el menor en acogida familiar o residencial pueda realizar estancias, salidas de fin de semana o de vacaciones con familias o instituciones idóneas, tras ser escuchado si tiene suficiente madurez o si es mayor de doce años. Esta medida será comunicada a los progenitores o tutores en tanto no hayan sido privados de la patria potestad o removidos de la tutela.

4.3 Deber de contribución de los progenitores o tutores a los gastos de los menores en desamparo o guarda

Como importante novedad, se señala en el artículo 172.4 ter CC. que en los casos en que el menor esté en situación de desamparo o de guarda, el órgano público podrá establecer la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores «(...) en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por los actos realizados por los mismos».

Esta premisa solventa un debate nada pacífico sobre la posibilidad de que los progenitores o tutores, pese a que su hijo o tutelado esté bajo la tutela *ex lege* o la guarda de la entidad pública mantengan, respecto a él, determinadas obligaciones. Así lo establecen los artículos 110 y 111 CC que disponen que la exclusión o no ostentación de la patria potestad no exime a los padres de su deber de alimentar y velar por sus hijos. En referencia al tutor, el artículo 269.1.º CC impone que procure alimentos a su tutelado. No obstante, las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre este aspecto con anterioridad a la reforma eran claramente contradictorias, abogando en algunos casos por el mantenimiento de dichas obligaciones⁶¹ y en otros por su supresión⁶².

⁶¹ EGEA FERNÁNDEZ, J., «La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de junio, de protecció de menors. L'acolliment», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, vol. 86, 1987, p. 330; HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *El acogimiento convencional de menores*, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios), ed. Montecorvo, Madrid, 2002, p. 265; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., «Visión general del acogimiento familiar», *Actualidad Civil* n.º 5, 2000, p. 1690; EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al artículo 173 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 104; VATTIER LAGARRIGUE, C. J., «Contribución al estudio del acogimiento», en *Instituciones protectoras del menor...*, ob. cit., p. 159.

En el mismo sentido, se manifiestan la SAP de Orense de 28 de febrero de 2003, ponente CARVAJALES SANTA EUFEMIA, A., *J. U. R.* 2003, marg. 129209 y SAP de Asturias de 27 de julio de 2005, ponente CASERO ALONSO, J. L., *J. U. R.* 2005, marg. 24993.

⁶² Argumento recogido, con matices, por RUIZ RICO-RUIZ, J. M., «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)», *Actualidad Civil*, n.º 1, 1988, p. 155; RODRÍ-

La aclaración introducida por la reforma nos parece necesaria y acertada dotando de seguridad jurídica a un aspecto importante de la protección de menores. No obstante, consideramos casi nula su aplicabilidad práctica dado que en escasas ocasiones los progenitores o tutores cuyos hijos o tutelados están en situación de desamparo o guarda, tienen recursos económicos suficientes para proceder a su manutención⁶³.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha expuesto, la reforma del sistema de protección del menor se ha realizado mediante la promulgación de dos normas: la Ley 26/2015, de 28 de julio, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que han introducido modificaciones en diversas normativas legales, entre ellas el Código Civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. En términos generales, se puede afirmar que los cambios operados son significativos, dotando de mayor seguridad jurídica a este régimen jurídico de la que existía en la legislación anterior, mas no supone una auténtica renovación de dicho sistema porque no regula nuevas medidas de protección al menor de edad, salvo contadas excepciones. En cualquier caso, era necesaria esta actualización legislativa porque el transcurso del tiempo había dejado obsoletos o sin aplicación práctica ciertos institutos jurídicos recogidos en las normas anteriores, además de adolecer desde su aprobación de importantes carencias y defectos que se han intentado –y en algunos casos–, conseguido superar con la publicación de la nueva normativa.

Respecto a la situación de riesgo, nos parece acertada la actual regulación. En especial, consideramos muy positiva la regulación del procedimiento para su declaración, silenciado en la anterior redacción por la seguridad jurídica que aporta. No obstante, como se comentó, en nuestra opinión es necesaria una mayor concreción de aquellas situaciones generadoras de una declaración de riesgo

GUEZ SOL, L., «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley* n.º 1, 1993, pp. 1113 y 1114.

En el ámbito judicial, defienden esta postura, entre otras, la SAP de Cáceres de 5 de julio de 2000, ponente ESTEFANI LÓPEZ, M. R., *J. U. R.* 2000, marg. 285533; la SAP de Murcia de 7 de noviembre de 2006, ponente PACHECO GUEVARA, A., *J. U. R.* 2007, marg. 23814.

⁶³ Como ya lo señalaban con anterioridad a la reforma, EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al art. 173 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, ob. cit., p. 104; PÉREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios. Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y Formularios*, ed. Lex nova, Valladolid, 1998, p. 367.

para evitar una posible discrecionalidad en su declaración, así como la estipulación legal de las medidas que en estos supuestos debe aplicar la Administración.

En relación a la situación de desamparo, se incluye el deber de la entidad pública de informar al menor de la situación de desamparo y de cualquier otra medida a adoptar que, como se expuso, nos parece un acierto del legislador. Cabe resaltar como una de las novedades más importantes de la reforma la estipulación de las circunstancias generadoras de desamparo que, como se ha comentado, ha contribuido a paliar la indeterminación que existía en torno a este instituto jurídico. Asimismo, nos parece adecuada la inclusión de una regulación específica que determine el órgano público competente para la protección del menor cuando se traslade dentro del territorio nacional, así como cuando se encuentre en situación de desamparo en el extranjero, para evitar así situaciones de desprotección en estos supuestos.

Las modificaciones introducidas en los derechos de oposición y revocación de los progenitores a las decisiones de la entidad pública, entendemos, mejoran su regulación. En nuestra opinión, una de las innovaciones más importantes incluidas en este apartado es la relativa a la que permite que el órgano público pueda instar cualquier medida que considere adecuada, incluso iniciar el proceso para la adopción, si fundamentadamente se considera inviable el retorno del menor a su familia, premisa que, como dijimos, nos merece una valoración positiva en aras a la estabilidad del menor.

Una de las pocas figuras creadas por la nueva regulación es la referente a la guarda provisional para aquellos supuestos en los que sea preciso prestar asistencia inmediata a un menor y al mismo tiempo, disponer de un tiempo prudencial para estudiar su situación familiar. Como se comentó, compartimos plenamente el criterio del legislador sobre la oportunidad de su regulación, evitando que en estos supuestos se declare directamente al menor en situación de desamparo, sin tener suficientes elementos de juicio. Sin embargo, se silencia el tiempo máximo de duración de esta medida que, a nuestro juicio, sería importante determinar para evitar el alargamiento innecesario de esta modalidad de guarda.

Respecto a la guarda administrativa o voluntaria, se debe indicar que la única novedad introducida, pero de indudable significación, es la relativa a la estipulación de un plazo máximo de dos años de duración, manteniéndose los demás criterios en cuanto a su formalización y procedimiento.

Otro acierto legislativo incluido en la nueva normativa ha sido establecer, de forma primigenia en una normativa estatal, la priori-

dad en la formalización de la medida del acogimiento familiar en detrimento del residencial. Por otro lado, se ha resaltado la importancia del principio de reunificación familiar y, si bien no se han explicitado expresamente las condiciones que ha de cumplir la familia para permitir el regreso del menor a su seno, el legislador sí ha establecido una serie de condicionantes para que sea efectivo.

Por último, se recoge la obligación que siguen manteniendo los progenitores o tutores de prestar alimentos a los menores en guarda o desamparo, pese a que como comentamos, en principio no parece una medida operativa precisamente por la escasez de recursos materiales que, en general, presentan estas familias.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores», *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, Barcelona, 2011, 1-25.
- ALVÁREZ OLALLAY, M. P., «Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia», *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2.º, n.º 4, 2014, pp. 37-49.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15 (El menor ante el Derecho en el Siglo XXI), Madrid, 2011, pp. 15-62.
- BENITO ALONSO, F., «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda, en «jurisdicción voluntaria», *La Ley*, n.º 6, 1997, pp. 1727-1749.
- CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, ed. La Ley, Madrid, 2008.
- CARRASCO PERERA, A., «Desamparados», *Actualidad Jurídica, Aranzadi* n.º 583 (Tribuna), Pamplona, 2003, pp. 25-60.
- CORRAL GARCÍA, E., «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos», *Revista General de Derecho*, n.º 682, 2001, pp. 6709-6742.
- DE PAÚL OCHOTORRENA, J. y ARRUBARRENA MADARIAGA, M. I., *Manual de Protección Infantil*, ed. Masson, Barcelona, 2007.
- DE ROMÁN PÉREZ, R., «Tutela, curatela y guarda de menores», en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 79-126.
- DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 7, marzo-abril 2003, pp. 166-208.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., «La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de junio, de protecció de menors. L'acolliment», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, vol. 86, 1987, pp. 301-338.

- «Comentario al artículo 173 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 88-111.
- ESCRIBANO TORJADA, P., «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», *Actualidad Civil*, n.º 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2009, tomo I, pp. 10-42.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., «Visión general del acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, n.º 5, 2000, pp. 1685-1695.
- GARCÍA PASTOR, M., «Artículo 172», en *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, tomo I, Miguel PASQUAU LIAÑO (dir.), ed. Comares, segunda edición, Granada 2009, pp.240-285
- GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, n.º 1, 1996, pp. 1690-1693.
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios)*, ed. Montecorvo, Madrid, 2002.
- IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996.
- LASARTE ALVÁREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia.*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º111, 2015, pp. 17-23.
- LLEBARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, ed. Bosch. Barcelona, 1990.
- LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, n.º 2185, enero 2016, pp. 3-89.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, F./LÓPEZ GÓMEZ DE CÁDIZ, B./FUERTES ZURITA, J./SÁNCHEZ REDONDO, J. M. Y MERINO MUÑOZ, J., *Necesidades de la infancia y protección infantil*, ed. Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1995.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil. Una revisión del sistema de protección*, ed. Psicología Pirámide, Madrid, 2005.
- MORENO FLÓREZ, R., *Acogimiento Familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: guía para profesionales y agentes sociales*, Save the Children, Málaga, 2015.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código Civil y en el Derecho Civil de Galicia*, ed. Colegio Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010.
- NÚÑEZ CASTILLO, A., «El sistema de protección de menores», en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, dirigido por GARCÍA GARNICA, M. C., coordinado por MORILLAS FERNÁNDEZ, M y QUESADA PÁEZ, A., ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 203-209.
- NÚÑEZ MUÑOZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, n.º 1, 1996, pp. 1483-1490.

- PÉREZ ALVÁREZ, M. A., «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 Aranzadi, A Coruña, 1997, pp. 23-37.
- RODRÍGUEZ SOL, L., «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley* n.º 1, 1993, pp. 1097-1116.
- RUIZ RICO-RUIZ, J. M., «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)», *Actualidad Civil*, n.º 1, 1988, pp. 137-160.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español*, ed. Fundación universitaria española, Madrid, 2004.
- TRINIDAD NÚÑEZ, P., «La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia», *La Ley*, n.º 3, 2004, pp. 1783-1794.
- UREÑA MARTÍNEZ, M., «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 15, 2015, pp. 145-148.
- VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario Derecho Civil*, 1991, pp. 611-695.
- *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autónoma e internacional*, ed. Comares, Granada, 1994.
- VATTIER LAGARRIGUE, C. J., «Contribución al estudio del acogimiento», en *Instituciones protectoras del menor Especial referencia a la normativa de Castilla y León*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 127-171.