

Sistema de **protección de  
niñas, niños y adolescentes:**  
España y Perú

Andrés Corrales y Evelia Fátima Castro (Eds.)

**Sistema de protección de niñas, niños y adolescentes:  
España y Perú**

# Sistema de **protección de niñas, niños y adolescentes:** España y Perú

Andrés Corrales y Evelia Fátima Castro  
Editores

CORRALES, Andrés (editor),

*Sistema de protección de niñas, niños y adolescentes: España y Perú* / [editores, Andrés Corrales ; Evelia Fátima Castro]. – Huancayo : Universidad Continental, Fondo Editorial, 2024.

ISBN 978-612-4443-61-9

e-ISBN 978-612-4443-62-6

1. Protección 2. Derechos del niño 3. Adolescentes 4. Aspectos sociales.

362.76 (SCDD)

Datos de catalogación Universidad Continental

Es una publicación de Universidad Continental

*Sistema de protección de niñas, niños y adolescentes: España y Perú*  
Andrés Corrales, Evelia Fátima Castro (editores)

Primera edición digital (en PDF)

Huancayo, julio de 2024

Disponible a texto completo en <https://repositorio.continental.edu.pe/>

© Autores

© Universidad Continental S. A. C.

Av. San Carlos 1980, Huancayo, Perú

Teléfono: (51 64) 481-430 anexo 7863

Correo electrónico: [fondoeditorial@continental.edu.pe](mailto:fondoeditorial@continental.edu.pe)

[www.ucontinental.edu.pe](http://www.ucontinental.edu.pe)

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2024-06865

ISBN 978-612-4443-61-9

e-ISBN 978-612-4443-62-6

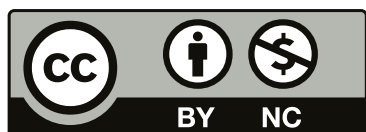
DOI <http://dx.doi.org/10.18259/978-612-4443-62-6>

Coordinación académica: Elio Vélez Marquina

Diseño editorial: Yesenia Mandujano Gonzales

Cuidado de edición: Jullisa del Pilar Falla Aguirre

La obra ha sido sometida a evaluación par. Su contenido es responsabilidad exclusiva de los autores. No refleja necesariamente la opinión de la Universidad Continental.



*Sistema de protección de niñas, niños y adolescentes: España y Perú* se publica bajo la licencia internacional Creative Commons Attribution-Non-Commercial 4.0 International. Compartir bajo la misma licencia. Se autoriza su reproducción, siempre que se cite la fuente y sin ánimo de lucro.

# I Índice

<b>Palabras preliminares</b>	<b>11</b>
<b>Prólogo</b>	<b>13</b>
<b>SECCIÓN PRIMERA: SITUACIÓN DE DESAMPARO O DESPROTECCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y PERUANO</b>	<b>15</b>
Sistema tuitivo español de los menores en situación de desamparo <i>Romina Santillán Santa Cruz</i>	17
Actuaciones de la Administración en la declaración de desamparo en Aragón <i>María Isabel Lamana Peña</i>	31
La situación problemática de los procesos judiciales de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes en el Derecho peruano <i>Evelia Fátima Castro Avilés</i>	39
<b>SECCIÓN SEGUNDA: MEDIDAS DE PROTECCIÓN TEMPORALES Y PERMANENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y PERUANO</b>	<b>53</b>
Panorama general de las figuras de protección de menores en el Derecho español <i>Carlos Martínez de Aguirre Aldaz</i>	55
La reintegración familiar del menor en los supuestos de intervención administrativa <i>M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo</i>	65
La situación jurídica de los niños niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal: entre el ámbito tutelar y el ámbito penal en el Perú <i>María C. Barletta Villarón</i>	95

<b>SECCIÓN TERCERA: COMPETENCIAS DE LA JUDICATURA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO: DECISORIAS, DE REVISIÓN Y VIGILANCIA</b>	121
La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: los casos noruegos y dos casos españoles <i>María Elósegui</i>	123
Competencias de la judicatura en España: decisorias, de revisión y de vigilancia. Intervención judicial en el ámbito de la protección de menores <i>Vanesa Álvaro Bernal</i>	189
Supervisión por el Ministerio Fiscal español de la actividad protectora de la Administración <i>Benito Soriano Ibáñez</i>	229
<b>Sobre los autores</b>	239

El presente libro ha sido realizado en el marco del  
PID2019-105489RB-I00/AEI/10.13039/501100011033  
(Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación de España  
PID2019-105489RB-I00: «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos  
jurídicos», IIPP M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo).

# I Palabras preliminares

Desde su fundación hace cuarenta años en Huancayo, en medio de los Andes peruanos, la organización educativa Continental, de la que la Universidad Continental forma parte, nació con la intencionalidad de generar impacto positivo en la sociedad, con proyección nacional e internacional. Hoy, además de tener presencia con nuestros campus en diversas regiones y cubrir todo el Perú mediante una robusta modalidad a distancia, hemos iniciado firmemente una estrategia de internacionalización, inicialmente con Continental University of Florida y esperamos que próximamente esta se replique en otros países iberoamericanos.

Estamos convencidos de que las perspectivas comparadas a escala internacional aportan valor en cuanto al análisis de problemas, alternativas de solución, buenas prácticas e innovaciones, que son fuentes de aprendizajes útiles para aplicar o adaptar, en los distintos ámbitos, teniendo en cuenta las singularidades de los contextos. También el intercambio de ideas y experiencias entre expertas y expertos de diferentes países enriquecen y amplían las miradas. Así contribuyen a una discusión fructífera y constructiva para abordar la pluralidad y diversidad de las realidades. Por ello, es importante nuestra apuesta por la movilidad internacional de estudiantes y docentes, así como por la organización de eventos académicos internacionales, en la amplitud de materias que conforman nuestra oferta académica, dentro de la cual se incluyen nuestra carrera de Derecho y diversos programas en temas jurídicos, tanto de educación continua como de la Escuela de Posgrado.

Asimismo, el origen de nuestra Escuela de Posgrado estuvo estrechamente ligado a España, puesto que, sobre la base de convenios con prestigiosas universidades españolas, impulsamos programas de maestrías con titulación española y hemos mantenido a lo largo de los años relaciones activas con instituciones ibéricas.

Por todo ello me es muy grato presentar esta publicación que reúne ponencias de juristas españoles y peruanos, cuyo origen fue el Congreso Internacional *Sistema jurídico tuitivo de niñas, niños y adolescentes en desprotección familiar: España y Perú* coorganizado por la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental, el Programa Presupuestal Familia del Poder Judicial del Perú y el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencias e Innovación del gobierno de España, *Vulnerabilidad patrimonial y personal. Retos jurídicos*. Las ponencias aquí recogidas destacan la normativa, jurisprudencia y experiencia legal de España y Perú, pero también trascienden las fronteras nacionales para ofrecer una mirada integral, enriquecida por el diálogo entre expertos de ambos países.

En nuestra búsqueda por generar impacto social positivo desde la academia, destaca con preponderancia la protección de la infancia, pues como bien señala el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la infancia: «No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana»<sup>1</sup>.

Estoy seguro de que la presente publicación, por la calidad de sus ponencias, será de alta valoración por magistrados, académicos, abogados y profesionales vinculados con la protección de la niñez desde distintos sectores. Esperamos seguir contribuyendo con su valiosa misión.

*Jaime Sobrados Tapia*  
Director Académico  
Escuela de Posgrado  
Universidad Continental

# I Prólogo

Después de haberse realizado el Congreso Internacional *Sistema jurídico tuitivo de niñas, niños y adolescentes en desprotección familiar: España y Perú*, coorganizado por la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental, el Programa Presupuestal 0067-«Celeridad de los procesos judiciales de familia» del Poder Judicial del Perú y el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencias e Innovación del gobierno de España, *Vulnerabilidad patrimonial y personal. Retos jurídicos*, y de haberse logrado el objetivo de contar con la participación de juristas españoles y peruanos reconocidos académicamente, presentamos una compilación de ponencias, cuyo verdadero propósito es dar a conocer el importante derecho del niño a vivir y crecer en una familia, así como su derecho a una protección especial y reforzada debido a su condición de persona en desarrollo.

Mediante el análisis del derecho comparado, se contrastaron las normas legales y la jurisprudencia peruana y española y la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional de derechos humanos que ha transformado la concepción de la niñez desde el punto de vista del derecho. Las ponencias aquí recogidas profundizan el análisis de los sistemas de protección legal tanto en el Perú como en España, con la finalidad de mejorar la situación actual, promover la aplicación de los principios y las garantías de protección de la niñez, en caso que sean necesarios los cuidados alternativos, buscando poner fin a la institucionalización de niñas y niños en los centros de atención residencial, así como prevenir que los niños se vean privados de su derecho a vivir y crecer en un entorno familiar que promueva su desarrollo integral y el libre desarrollo de su personalidad.

La presente publicación presenta las ponencias agrupadas en tres secciones, la primera de ellas dedicada a profundizar en la situación de desamparo o desprotección en el Derecho español y peruano, tanto a nivel sustantivo como respecto de las actuaciones de la administración en una comunidad autónoma en España y de los procesos judiciales de desprotección familiar en el caso peruano.

La segunda sección se orienta al análisis de las medidas de protección temporales y permanentes en ambos derechos que importan la separación de niñas, niños y adolescentes de su núcleo familiar, así como de la reintegración familiar y de la situación jurídica de los menores de catorce años que infringen la ley penal en el Perú.

La sección tercera se destina a profundizar en las competencias de la judicatura relacionadas con los derechos de niñas, niños y adolescentes a un ambiente familiar adecuado, tanto a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como profundizando en la actuación del Ministerio Fiscal español y de los jueces y tribunales en España y Perú.

Confiamos en que la compilación de ponencias que tenemos el honor de presentar supondrá un aporte para la protección de los derechos humanos de niñas y niños, particularmente expuestos a la vulneración de sus derechos, y se constituirá en un recurso valioso para el abordaje de los casos de riesgo o de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes por parte de los operadores administrativos y judiciales del sistema de protección de la niñez.

*Andrés Corrales y Evelia Fátima Castro*

Editores

SECCIÓN PRIMERA  
SITUACIÓN DE DESAMPARO  
O DESPROTECCIÓN EN EL  
DERECHO ESPAÑOL Y PERUANO

# I Sistema tuitivo español de los menores en situación de desamparo<sup>2</sup>

*Romina Santillán Santa Cruz*

## I. Introducción

La protección de los menores constituye un principio rector en el ordenamiento español, según se desprende del artículo 39 de la Constitución Española. La razón de esta protección se halla fundada en la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran aquellos<sup>3</sup>, situación que, a su vez, deriva de la «falta de madurez y competencia de los niños y de las niñas inherentes a las limitaciones propias de la edad, [y de] la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos» (STS núm. 625/2022).

Tal protección va a quedar cristalizada a través de medidas de tipo negativo y positivo (Martínez de Aguirre, 1992, p. 1400; Mayor del Hoyo, 2012, p. 51). Las *medidas de protección negativa* se encauzan a través de previsiones normativas que limitan la capacidad de ejercicio del menor en orden a evitar que determinados actos realizados por él puedan serle opuestos con inminentes efectos perjudiciales. Mientras que, por su parte, las *medidas de protección positiva* se concretan a

---

2 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familia», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M.<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo; y, del Proyecto de Investigación de la Fundación Ibercaja-Universidad de Zaragoza (JIUZ-2021-SOC-10): «Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital», IP. Javier Martínez Calvo.

3 Sobre la mayor protección que precisan los menores en tanto sujetos vulnerables y la prevalencia de su superior interés en todo escenario en que pueda verse inmerso (Pérez Monge, 2022, pp. 206-208).

través de la incorporación al sistema de instrumentos y mecanismos de carácter tuitivo ideados para el cuidado de la persona y bienes del menor; medidas estas últimas, de carácter positivo, que, a su vez, han sido doctrinalmente clasificadas en medidas de protección institucional y funcional (Martínez de Aguirre, 1992, pp. 1463 y ss.). Precisamente, integran el modelo funcional de protección la situación de desamparo y la tutela administrativa de la que aquella es causa.

Debido a la importancia que cobra la medida de protección funcional antes aludida frente a la desprotección real que pueden experimentar los menores desamparados (sea cual fuere la institución protectora bajo la que hubiesen estado, al menos formalmente, sujetos: patria potestad o tutela), el presente trabajo tiene por objeto ofrecer unas líneas maestras que permitan conocer, desde una visión general —que en ningún caso tiene intención de ser exhaustiva—, el sistema tuitivo que dispensa el Derecho español a los menores en situación de desamparo.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, se estima como conveniente hacer algunas precisiones que, a bien seguro, permitirán desarrollar esta temática con mayor soltura y, en contrapartida, permitirán al lector, tanto español como extranjero, hacer un seguimiento más cómodo de la misma.

El tratamiento del desamparo en el Derecho español exige articular sistemáticamente una serie de preceptos para la correcta comprensión del tema, pero estos preceptos no están contenidos en un único texto legal. Esto es así porque, cronológicamente, se han ido dando una serie de leyes, que, a su vez, han introducido modificaciones importantes para calificar, por ejemplo, cuándo acontece una situación de desamparo y facilitar, de este modo, el desenvolvimiento del procedimiento destinado a su determinación.

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a encontrar disposiciones relativas al desamparo en el Código civil español (en adelante, CC), en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica

del Menor (en adelante, Ley Orgánica 1/1996), y en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, Ley 26/2015).

A todas las normas antes citadas haré alusión únicamente para explicar la situación del desamparo en España y sus efectos inmediatos, sin entrar —de modo distendido, salvo para referencias oportunas— en las medidas de protección que pueden establecerse con ocasión de aquella, ni en la posible reintegración familiar del menor en su familia de origen, porque estos temas ya constituyen objeto de estudio de otras contribuciones que también forman parte de la presente obra colectiva.

## **II. Definición de la situación de desamparo e identificación de su existencia**

El desamparo es una institución de protección del menor que encuentra su regulación general en el Código civil, específicamente en el artículo 172<sup>4</sup>. Si consideramos su estructura sistemática dentro de este Código, vamos a ver que el citado artículo se sitúa dentro de la Sección Primera «De la guarda y acogimiento de menores», que forma parte del Capítulo Quinto «De la adopción y otras formas de protección de menores», previsto en el Título Séptimo «De las relaciones paterno-filiales», a su vez comprendido dentro del Libro Primero «De las personas». Dicho esto, ahora podemos descender a las cuestiones más específicas del desamparo.

De acuerdo con el artículo 172 inciso 1 CC, la situación de desamparo es aquella que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección

---

4 La declaración del desamparo del menor en el Derecho español forma parte de ese conjunto de medidas que Martínez de Aguirre (1992) denomina «medidas de protección positiva», las cuales son incorporadas al sistema en forma de instrumentos y mecanismos destinados a la asistencia del menor, o más en concreto, al cuidado de su persona y bienes. Esto explica la existencia de un sistema tuitivo para los menores desamparados, cuya tutela, como se verá después con detalle, recaerá en la entidad pública.

establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la «necesaria asistencia moral o material»<sup>5</sup> que debían proveerles sus padres o sus tutores, según fuera el caso.

El desamparo es, por tanto, una situación fáctica en la que los menores se van a ver inmersos y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias; hayan sido estas queridas o no por los responsables de su cuidado. A ello se debe que la situación de desamparo no resulte, en estricto, del mero incumplimiento de los deberes de protección, sino que a consecuencia de este incumplimiento debe haberse producido una falta de asistencia moral y material de los menores, lo que concluirá en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, según se trate.

Teniendo en cuenta lo anterior, pueden destacarse de la regulación civil del desamparo las siguientes notas características (Mayor del Hoyo, 2021):

- i) el desamparo, como situación que afecta a los menores, puede provenir de la falta de ejercicio o de un ejercicio deficiente de los deberes de protección exigidos legalmente para la guarda de aquellos;
- ii) para la determinación de la existencia de una situación de desamparo, resultan indiferentes las causas que motivan la falta de ejercicio o ejercicio deficiente de los mencionados deberes, de modo que el incumplimiento de los deberes de protección podría tener lugar sin culpa del guardador (tal como sucedería

---

5 Varias voces de la doctrina advierten que la expresión legal «necesaria asistencia moral o material», contenida en el art. 172.1 CC, constituye un concepto jurídico indeterminado (Mayor del Hoyo, 2012; López Azcona, 2013). Sobre tal concepto indeterminado, también resultan aplicables a esta consideración las reflexiones realizadas por Mayor del Hoyo (2013). Serrano García (1991) y García Cantero (2004) ponen el acento en los peligros derivados de este concepto jurídico indeterminado (sea que este carácter sea advertido, en forma amplia, sobre la figura de desamparo en sí misma, o, en forma más específica, sobre la expresión legal apuntada *ut supra* en esta misma nota).

- cuando la desatención del menor encontrara su causa en la enfermedad que padecen los padres y que les impide brindar al menor una necesaria asistencia moral y material); y,
- iii) esa falta de ejercicio o ejercicio deficiente de las funciones de guarda debe producir, como consecuencia directa, la desatención moral o material del menor; desatención que opera, además, como condición necesaria para la configuración del desamparo.

Para determinar la existencia de una situación de desamparo tendrán que valorarse minuciosamente las circunstancias fácticas concurrentes en cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, pero sin desconocer la necesaria protección del entorno familiar a que aquel pertenece. Siendo, por ello, muy importante que se acredite efectivamente el incumplimiento de los deberes de protección, ya que también habrá otros derechos e intereses en juego igualmente dignos de tutela, como son, por ejemplo, los de los padres biológicos.

### **III. Distinción entre las situaciones de riesgo y de desamparo del menor**

Tal es la trascendencia socio-jurídica del sistema de protección de los menores, al que se viene haciendo referencia, que el art. 39 de la Constitución Española establece, entre otros deberes, que:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Por su parte, para reforzar este sistema de protección, la Ley Orgánica 1/1996 establece que toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor tiene la obligación de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o a sus agentes más próximos. Del mismo modo, se prevé el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la inasistencia del menor al centro escolar, cuando esta se produzca de forma habitual o sin justificación.

Estas previsiones más generales contenidas en la Ley Orgánica 1/1996 han permitido distinguir, a efectos prácticos, las diversas situaciones en que puede encontrarse un menor, y estas son, empezando por la menos grave: i) la situación de riesgo y ii) la situación de desamparo.

Visto así, no cabe confundir estas dos situaciones, pues si bien en la situación de riesgo existe un perjuicio potencial o real para el menor, este aún no ha alcanzado la gravedad suficiente como para justificar la pérdida de contacto con su familia.

Por ello, para la declaración del desamparo debe probarse que, como consecuencia de un incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, se ha privado al menor de la necesaria asistencia moral o material.

#### **IV. La declaración administrativa de la situación de desamparo y sus efectos**

Sobre el procedimiento de desamparo, el artículo 172.1 CC, que he citado en algún momento anterior, señala que instarán este procedimiento las entidades públicas que, en el respectivo territorio, tengan atribuidas las competencias de protección de los menores.

En España, la Administración Pública es la encargada de declarar el desamparo del menor a través de una resolución administrativa,

una vez constatada la situación de desamparo<sup>6</sup>, y como consecuencia de tal declaración, aquella —es decir, la Administración— asumirá automáticamente la tutela del menor<sup>7</sup>—suponiendo esto, evidentemente, la extracción del menor del entorno familiar en que el desamparo se produjo—, debiendo adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, y poner en conocimiento de todo ello al Ministerio Fiscal y, en su caso, al Juez que acordó la tutela ordinaria.

Ahora bien, en 2015, el artículo 172.1 CC, inicialmente referido, fue modificado por la Ley 26/2015, y desde entonces se dispuso que: la resolución administrativa que declare la situación de desamparo —y que deberá encontrarse debidamente motivada (López Azcona, 2013)— se notificará a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez o fuere mayor de doce años; notificación que deberá realizarse de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. En esta comunicación, dice la Ley, se expondrán los motivos de la intervención y los efectos que pudiera conllevar.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que, además del mencionado artículo 172.1 CC, los artículos 199.1º y 222, párrafo primero, CC también contemplan previsiones relacionadas con los efectos de la declaración de desamparo del menor. Así, el artículo 199.1º CC establece, en forma genérica, que quedan sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo, mientras que, por su parte, el último de los preceptos citados dice, aunque de forma reiterativa

6 De acuerdo con la regulación española, la situación de desamparo es una situación de hecho que no precisa de declaración judicial ni de un plazo de duración determinado, pues basta con que tal situación sea apreciada por la entidad pública, la cual notificará la resolución administrativa que la declare a los progenitores o tutores, según se trate, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Ver STC núm. 114/1997, de 16 junio, y Díez-Picazo y Gullón (2018). Sobre los eventuales problemas que puede provocar la falta de control judicial previo, revisar Serrano García (1991). En parecida consideración, a decir de Lacruz Berdejo (2008): «[No] resulta muy admisible que la calificación de desamparo se realice directamente por la entidad pública sin intervención judicial [...] (p. 431)».

7 Por esta razón, la doctrina se refiere a la tutela administrativa como *tutela automática*. Ver Serrano Fernández (2017), Ballesteros de los Ríos (2009 y 1997) y Lasarte (2008). También, aunque en menor medida, recibe el nombre de tutela extraordinaria, véase Albaladejo (2013).

—salvando su redacción más directa—, que: «La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores»<sup>8</sup>. Esto, sin embargo, no impediría que la guarda del menor desamparado, como contenido de la tutela administrativa que corresponde a la entidad pública, pudiera ser delegada<sup>9</sup>.

## V. Determinación de la situación de desamparo: sobre los supuestos legales

Toda vez que, en el apartado anterior, hemos entrado en el terreno de las modificaciones, debo precisar que el artículo 18 inciso 2 (párrafo 4º) de la Ley Orgánica 1/1996 fue también modificado por la Ley 26/2015, con el objeto de delimitar unos supuestos legales que faciliten la determinación de la situación de desamparo.

Así, de acuerdo con el actual artículo 18 inciso 2 de la Ley Orgánica 1/1996, en la redacción dada por la Ley 26/2015:

«[...] se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor».

---

8 Que la tutela de los menores desamparados corresponde a la entidad pública por ministerio de la ley quiere decir que, una vez que la entidad pública a la que se ha encomendado la protección de menores en cada territorio (entiéndase, en cada Comunidad Autónoma) haya declarado en desamparo a un menor, aquella asumirá en forma automática *ope legis*, esto es, sin intervención judicial, la tutela de este. Ver López Azcona (2013). Sobre esta misma cuestión, véase a Iglesias Redondo (1996).

9 Como bien observa Pérez Álvarez (2021): «En cuanto se asigna exclusivamente a organismos públicos, la tutela administrativa se caracteriza por ser de *titularidad pública*. Mas, ello no obsta a que el ejercicio de la guarda del menor desamparado, inherente a la tutela administrativa que corresponde a las entidades públicas, sea delegable. Al respecto ocurre que, según se comprobará, la guarda de los menores en desamparo puede ejercitarse por particulares a través de la figura del acogimiento familiar». En esta misma línea, dice Mayor del Hoyo (2021) que este «acogimiento, que puede ser familiar o residencial —aunque es prioritario el primero—, se presenta como modo de ejercer esa guarda.

Tales circunstancias, a las que cabe identificar como supuestos legales de configuración directa de una situación de desamparo, son:

- El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla.
- El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales.
- El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor.

En particular, dicho riesgo se presentará cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; pero también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia, dice la norma, cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas.

- El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores.

Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial

adictivo o por otras conductas adictivas habituales, deberá valorarse como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

- El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.
- La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.
- La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria; y, finalmente,
- Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor<sup>10</sup> que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

Si concurre uno o varios de los supuestos descritos en un mismo caso, pues es una posibilidad que puede darse, la Administración, como ya se había anticipado, asumirá automáticamente la tutela del menor una vez declarado el desamparo<sup>11</sup>.

Lo anterior, sin embargo, no sucederá si los padres incumplen sus deberes, pero se encargan del menor, por ejemplo, los abuelos, pues

---

10 Como puede verse, no se trata de una lista cerrada, pues el actual art. 18 inc. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 en su literal h) alude ampliamente a «cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor». Opina en el mismo sentido Mayor del Hoyo (2021).

11 En palabras de López Azcona (2013): «Esta modalidad de tutela *ex lege* o automática constituye la intervención más enérgica de la Administración en el ámbito de la protección de menores».

el menor, en este caso, no estaría de hecho desasistido o desprotegido, en cuanto habría una guarda de hecho que lo ha impedido, y por tanto no habría lugar al desamparo (Mayor del Hoyo, 2021).

Cosa distinta es también que ese incumplimiento de deberes por parte de los padres reuniera los caracteres del artículo 170 CC (sobre el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad, al que ha hecho referencia el Tribunal Supremo en su interpretación del precepto en cuestión)<sup>12</sup>, pues este supuesto podría dar lugar a una privación de la patria potestad por medio de sentencia judicial y al nombramiento de los abuelos como tutores, por mencionar un ejemplo.

Por todo ello, estos dos últimos casos que acabo de mencionar no se subsumen en cualesquiera de los supuestos de desamparo que antes tuvimos ocasión de ver y, por ende, en ellos ya no entraría en juego la Administración ni su tutela automática.

## Bibliografía

- Albaladejo, Manuel. *Curso de Derecho civil. Derecho de familia*, tomo IV, 12.ª ed., Edisofer, Madrid, 2013.
- Ballesteros de los Ríos, María. «Comentarios al Artículo 170», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 302-304.

---

12 El artículo 170 CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella (Ballesteros de los Ríos, 2009) y (Castán, 1991). Pero, desarrollando el contenido del mencionado precepto, el Tribunal Supremo, a través de la Sentencia núm. 621/2015, ha señalado que: «[...] la privación [de la patria potestad] requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que [aquella privación] sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme [...] que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma».

- Ballesteros de los Ríos, María. *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.
- Ballesteros de los Ríos, María. «Comentarios al Artículo 172», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 306-310.
- Castán Vázquez, José M. «Comentario al Art. 170», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 573-575.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia*, tomo I, vol. IV, 12.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2018.
- García Cantero, Gabriel. «El desamparo y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 239-250.
- Iglesias Redondo, Julio Ignacio. *Guarda asistencial, tutela «ex lege» y acogimiento de menores: (en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil)*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- Lacruz Berdejo, José Luis *et al.* *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, 3.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2008.
- Lasarte, Carlos. *Principios de Derecho civil. Derecho de familia*, tomo sexto, 7.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.
- López Azcona, Aurora. «La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. III, pp. 1045-1107.
- Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos. «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, núm. 4, 1992, pp. 1391-1498.
- Mayor del Hoyo, M<sup>a</sup> Victoria. «La violencia contra los hijos menores en el Derecho civil. A la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño», en BLANCO RODRÍGUEZ, Jinyola y TENA PIAZUELO, Isaac (Coords.), *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, Bogotá D.C., 2021, pp. 575-601.

- Mayor del Hoyo, M<sup>a</sup> Victoria. «Sistema tuitivo del menor en el Código civil español: acogimiento y otras medidas de protección», en PADIAL ALBÁS, Adoración M<sup>a</sup> (coord.), *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 2012, pp. 51-67.
- Mayor del Hoyo, M<sup>a</sup> Victoria. *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- Pérez Álvarez, Miguel Ángel. «El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coord.), *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia*, 6.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2021, pp. 455-471.
- Pérez Monge, Marina. «Derecho a conocer los orígenes de las personas adoptadas y mediación en Aragón», en ARGUDO PÉRIZ, José Luis (coord.), *Mediación y Derecho aragonés*, Reus, Madrid, 2022, pp. 195-216.
- Serrano Fernández, María. «La patria potestad y las instituciones tutelares», en PIZARRO MORENO, Eugenio y PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo (coords.), *Derecho de Familia*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 203-234.
- Serrano García, Ignacio. «Comentario al Art. 172», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et al.* (dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 577-580.

## **Jurisprudencia citada**

- Tribunal Constitucional  
STC núm. 114/1997, de 16 junio (RTC 1997, 114).
- Tribunal Supremo  
STS núm. 621/2015, de 9 noviembre (RJ 2015, 5157).  
STS núm. 625/2022, de 26 septiembre (RJ 2022, 3742).

## I Actuaciones de la Administración en la declaración de desamparo en Aragón

*María Isabel Lamana Peña*

### I. Competencia

En Aragón, la entidad competente en materia de Protección a la Infancia y a la Adolescencia es el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS). Por su parte, el Servicio de Atención a la Infancia y a la Adolescencia del IASS planifica y coordina la gestión del sistema de protección a la infancia. La gestión se lleva a cabo a través de las direcciones provinciales del IASS en Zaragoza, Huesca y Teruel. En cada provincia, existe una subdirección de protección a la infancia y tutela.

Asimismo, en cada subdirección provincial hay equipos interdisciplinarios formados por psicólogos, trabajadores y educadores sociales para la valoración, propuesta de medida de protección y seguimiento de casos de desprotección en cada provincia.

### II. Marco jurídico

Cabe considerar las siguientes leyes:

- **Ley Orgánica 8/2015**, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- **Ley 26/2015**, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia
- **Ley Orgánica 8/2021**, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (*Boletín Oficial del Estado* N.º 134 de 5 de junio)

- **Ley 12/2001**, de 2 de julio, de la Infancia y adolescencia en Aragón (pendiente de ser modificada para su adaptación a la nueva regulación de la protección a la infancia).
- **Derecho Foral Aragonés**

### III. Responsabilidad compartida, progresiva y subsidiaria

La responsabilidad en la atención y protección a las personas menores de edad es una responsabilidad compartida por diferentes niveles de intervención: padres y tutores, sociedad, servicios sociales de atención primaria, servicios de protección a la infancia y administración de Justicia.

La protección a la infancia, como servicio especializado, debe actuar subsidiariamente siempre que los anteriores niveles no sean suficientes para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes con la garantía y la superior vigilancia del sistema judicial y con la participación de los propios menores de edad, sujetos de derechos y partícipes fundamentales de su desarrollo.



#### **IV. Principios rectores de la actuación**

- Supremacía del interés superior del niño, niña y adolescente
- Mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés
- Prioridad de acogimiento familiar frente al residencial
- Prioridad de medidas estables frente a las temporales
- Prioridad de medidas consensuadas frente a las impuestas
- Integración familiar y social
- Prevención y detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal
- La protección contra toda forma de violencia
- La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten
- La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia
- El libre desarrollo de su personalidad
- El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural
- El carácter educativo de todas las medidas que se adopten
- Garantizar la participación y escucha del menor de edad en todas las decisiones y actuaciones que le afecten

#### **V. Valoración y determinación del interés superior del niño**

La evaluación del interés superior del niño, niña o adolescente consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para niñas y niños. Esta evaluación incumbe al responsable de la toma de decisiones, a la persona menor de edad e, idealmente, un equipo interdisciplinar.

Por determinación del interés superior del niño, niña o adolescente se entiende el proceso como un todo estructurado, con garantías

estrictas que sea concebido para determinar el interés superior de la niñez tomando como base la evaluación del interés superior.

## **VI. Procesos de actuación**

Cuando llega un caso a la Unidad de Recepción del Servicio Especializado de Protección a la Infancia, se llevan a cabo un estudio y la valoración de la información planteada, que puede dar lugar o bien al archivo de las diligencias previas si no existen indicadores de desprotección o bien a la apertura de expediente de protección.

Una vez abierto el expediente de protección, se asigna el caso a un profesional del equipo interdisciplinar al que le corresponda, que es el impulsor del expediente y el referente del menor de edad hasta el archivo y cierre del expediente de protección.

El equipo técnico —formado por especialistas en psicología, trabajo social y educación social— hace un estudio pormenorizado de la situación del menor de edad y de su familia, realizando un diagnóstico y una propuesta de medida de protección y un programa de intervención, atendiendo siempre al interés superior del menor de edad.

### **6.1 Instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de desprotección infantil en Aragón (2014)**

#### **Tipologías de maltrato**

1. Maltrato físico
2. Maltrato psicológico
3. Negligencia física
4. Negligencia psicológica
5. Abuso sexual
6. Explotación laboral y mendicidad
7. Modelo de vida inadecuado

8. Maltrato prenatal
9. Abandono
10. Renuncia
11. Incapacidad parental de control de la conducta del menor de edad

Se señalan para cada tipología de maltrato las conductas o situaciones posibles, así como los niveles previstos de gravedad (leve, moderado, grave). Asimismo, se establecen los criterios de evaluación de la gravedad y riesgo en situaciones de desprotección, teniendo en cuenta las características de la situación de desprotección, los factores de vulnerabilidad infantil, las características de los padres, tutores o guardadores, las características del entorno y la respuesta ante la intervención.

## 6.2 Procedimiento

Constatado que un menor de edad se encuentra en situación de desamparo, valorando que la separación del menor de edad de su entorno familiar es la única opción que asegura sus derechos básicos y siempre que dicha situación no se derive de motivos socioeconómicos y/o derivados de la discapacidad del niño/a o de sus progenitores, procede instar la declaración de desamparo mediante resolución administrativa y ejercer la tutela del mismo adoptando las medidas de protección necesarias para su guarda.

La tutela es ejercida por el director provincial del IASS que corresponde al domicilio del menor de edad. Se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del juez que acordó la tutela ordinaria. El menor de edad, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### **6.2.1 Tutela urgente**

- Se aplica para casos calificados como graves y urgentes.
- Solo se deberá utilizar cuando exista un riesgo inminente para la integridad física, psicológica o mental de los menores de edad.
- En los casos de necesitar acceder al domicilio del menor de edad, es preciso contar con la oportuna autorización de entrada del Juzgado de Primera Instancia que corresponda.
- Se debe notificar a progenitores, tutores o guardadores y al menor o menores de edad de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.
- La información debe ser clara, comprensible y estar en formato accesible. Se deberán consignar las causas que han dado lugar a la intervención administrativa y los efectos de la decisión adoptada. Tal información deberá comunicarse al menor de edad, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor de edad, esta información se facilita de forma presencial.
- Dicha tutela deberá confirmarse o revocarse en un plazo máximo de dos meses.

### **6.2.2 Tutela firme**

- Se notifica, siguiendo lo establecido en la normativa reguladora del procedimiento administrativo, a los progenitores, tutores o guardadores y al menor de edad afectado si tiene suficiente madurez y, en todo caso, si es mayor de doce años.
- La información debe ser clara, comprensible y estar en formato accesible. Asimismo, se incluirán las causas que han dado lugar a la intervención administrativa y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor de edad, adaptada a su grado de madurez.

## **6.3 Recursos**

- Los menores de tres años siempre estarán en familia (urgencia, temporal), nunca en recurso residencial.

- Los menores de entre tres y seis años preferentemente serán ubicados en acogimiento familiar.
- Hogares y casas de acogida en Zaragoza o viviendas hogar en Huesca y Teruel son dispuestas en función de la edad y de las características y necesidades de cada niño, niña o adolescente.
- Se cuenta con centros de atención educativa, de autonomía, o específicos en función de las necesidades de cada niño, niña o adolescente.

#### 6.4 Formas de ejercer la guarda

- Acogimiento familiar (de urgencia, temporal y permanente)
- Acogimiento residencial en centros de protección
- Acogimiento en centros específicos de menores de edad con problemas de conducta
- Guarda con fines de adopción o para la convivencia preadoptiva

#### 6.5 Plan de intervención

- Es elaborado por un equipo interdisciplinar.
- Se establecen por escrito los objetivos por trabajar con la familia y el o la menor de edad para modificar los factores de riesgo, con el objeto de que la reinserción familiar se produzca lo antes posible, mediante acuerdos con la familia y el o la menor de edad. En caso contrario, deberá adoptarse otra alternativa de carácter estable para la persona menor de edad.
- Niños, niñas y adolescentes de más de doce años —o siempre que la edad o la capacidad cognitiva lo permita— manifestarán su parecer ante la situación. Deberá quedar reflejado en el procedimiento que se ha escuchado al menor de edad y, si es posible, que se ha tenido en cuenta su opinión.
- Se regularán las visitas entre la familia y el o la menor. Asimismo, se podrá acordar motivadamente, en interés del menor de edad,

la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor de edad si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

## 6.6 Evaluación

- El educador coordinador de caso realiza el seguimiento de la adaptación y evolución del niño, niña o adolescente al recurso asignado. De esta manera, establece mecanismos de coordinación entre profesionales y servicios: residenciales, sanitarios, escolares, tiempo libre, entre otros.
- Evaluación del caso según edad y programa de intervención:
  - Menores de tres años: cada tres meses.
  - Mayores de tres años: cada seis meses
  - Programas de carácter temporal: duración máxima de dos años.
  - Programas de carácter permanente: revisión durante el primer año cada seis meses. A partir del segundo año, cada doce meses.

Este es un resumen del plan de intervención en los pasos de situación de desamparo. Queda pendiente la exposición de nuestros programas de intervención en las medidas de declaración de riesgo, cuya especificidad requiere de un documento autónomo.

## ■ La situación problemática de los procesos judiciales de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes en el Derecho peruano

*Evelia Fátima Castro Avilés*

La Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030 ha determinado como problema público el limitado ejercicio de los derechos de los niños. Una de las principales causas es el desfavorable entorno familiar para la protección de los menores de edad, debido a las ausentes y deficientes competencias parentales, así como a la violencia física, psicológica y sexual contra las niñas, niños y adolescentes (MIMP, 2021).

Esta situación requiere la intervención urgente del Estado para erradicar las causas que lo ocasionan y, en este sentido, el tercer objetivo prioritario de esta política es la disminución del riesgo de desprotección familiar y, para ello, se deberán seguir dos lineamientos: mejorar las competencias parentales, fortaleciendo pautas de crianza positiva con enfoques de ciclo de vida, género; perspectiva de discapacidad e interculturalidad en las madres y padres; y optimizar la capacidad de identificación, prevención y denuncia de las diferentes formas de violencia, en las niñas, niños y adolescentes (MIMP, 2021).

Para el Decreto Legislativo N.º 1297, las competencias parentales o de crianza y cuidado son el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes que permiten a la familia afrontar de forma flexible y adaptativa la tarea de cuidar y educar a las niñas, niños o adolescentes, de acuerdo con sus necesidades de desarrollo y aprendizaje. En cambio, los comportamientos parentales son las actitudes concretas que tienen los progenitores frente a las necesidades materiales y afectivas y ante las situaciones ordinarias y especiales en la vida del niño, la niña o el adolescente (Corte IDH, 2002).

En cuanto a los comportamientos parentales, las legislaciones extranjeras mayoritariamente han optado por entender que existen personas que están incapacitadas para ejercer la función parental por su conducta manifiestamente inadecuada, la cual puede ser causal de suspensión o pérdida de la patria potestad. Existen diversas causales que están asociadas al incumplimiento de las obligaciones parentales o a la carencia de un trato adecuado, vinculado a los deberes de protección o cuidado, como cuando los padres cometen actos de violencia o delitos contra sus hijos que atentan contra su integridad o libertad.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas versus Chile* esclarece que el interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios (Corte IDH, 2002).

En otras palabras, los inadecuados o malos comportamientos parentales que impactan negativamente en los niños, afectando o vulnerando sus derechos, pueden generar desprotección familiar o el riesgo de que los menores de edad se encuentren en esa situación.

De lo que se trata, es que el Estado a través de su intervención mediante las autoridades competentes, promueva el fortalecimiento de las competencias parentales para lograr que mejoren los comportamientos parentales de los progenitores y cuando corresponda, se realice con éxito la reintegración familiar.

La respuesta del Estado frente a esta problemática ha sido el cambio de modelo de protección, el que hoy está construido en base a tres pilares: la redefinición de la patria potestad, el interés superior del niño y la autonomía progresiva del niño. Actualmente, se aplica el concepto de responsabilidad parental, a fin de poner acento en las obligaciones, competencias y comportamientos parentales. En

cuanto al interés superior del niño que siempre debe estar presente, garantiza la satisfacción plena de los derechos específicos y desarrollo integral de los menores de edad. En lo que se refiere a la autonomía progresiva del niño, se ha regulado su participación en los procesos de desprotección familiar, considerando principalmente su opinión como requisito previo a cualquier decisión de la autoridad.

Además, el Estado ha creado un sistema de protección, en el cual participan la Policía Nacional del Perú, los gobiernos locales, el Ministerio Público a través de las Fiscalías especializadas de Familia o Fiscalías Mixtas, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables mediante las Unidades de Protección Especial, los Centros de Acogida Residencial y las Unidades de Adopciones y el Poder Judicial a través de los juzgados de familia o mixtos.

De otro lado, en el pasado las situaciones de riesgo eran abordadas por los jueces como casos de desprotección familiar. Por esta razón, se trató de corregir este error con el nuevo modelo legal contemplado en el Decreto Legislativo 1297. La Defensoría del Pueblo (2010) nos advirtió que este vacío legal generó que los operadores sociales y jurídicos, utilicen indistintamente los términos *riesgo* o *abandono*, sin reparar en las diferencias conceptuales de estas situaciones. Consideramos que ha sido fundamental que el Decreto Legislativo N.º 1297 diferencie la situación de riesgo de la situación de desprotección familiar, ya que había muchos niños a los cuales se les aplicaba medidas de protección inadecuadas a su condición, como el internamiento, separándolos de su familia, cuando en realidad lo que necesitaban eran medidas de protección social.

El Decreto Legislativo 1297 distingue una situación de otra, con la finalidad de establecer abordajes y trámites diferenciados. En la situación de riesgo de desprotección familiar el ejercicio de los derechos del NNA es amenazado o afectado, perjudicando su desarrollo integral sin revestir gravedad. En tanto, la desprotección familiar se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de los responsables

del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, afectando gravemente su desarrollo integral.

De acuerdo con la norma en mención, y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la situación de riesgo no reviste gravedad y en ningún caso, se debe disponer la separación de la niña, niño o adolescente (NNA) de su familia de origen; en tanto que, en la situación de desprotección familiar por afectar gravemente el desarrollo integral de NNA, sí amerita la separación temporal de su familia de origen y se debe orientar a la reintegración familiar.

Son dos los criterios que se aplican: la gravedad de la situación y los derechos vulnerados por el incumplimiento parental. Verbigracia, la incapacidad o imposibilidad de controlar situaciones conductuales de la NNA está considerada como una situación de riesgo frente al abandono que es catalogado como una situación de desprotección ya que el niño es dejado solo o entregado por su familia de origen con el claro deseo de desvincularse y no asumir su rol parental de manera definitiva<sup>13</sup>. En los casos de pobreza o pobreza extrema de las familias, se esclarece que no constituyen causa de desprotección familiar, pero sí es obligación del Estado brindarle los recursos necesarios para su subsistencia y apoyo con sus programas sociales.

La ley ha instituido la Tabla de Valoración de Riesgo como herramienta metodológica para valorar el riesgo de desprotección familiar de los menores de edad. En consecuencia, es un valioso instrumento de apoyo para determinar si la NNA se encuentra en situación de riesgo o desprotección familiar. Por ello, la aplicación de esta se da durante todo el procedimiento, con el objetivo de verificar el fortalecimiento de los factores de protección y la eliminación o disminución de los factores de riesgo.

La naturaleza de esta tabla es variable ya que se actualiza de acuerdo con la casuística que se va presentando en la realidad. Por lo pronto,

---

13 Ver la Tabla de Valoración de Riesgo aprobada por Resolución Ministerial N.º 189-2021-MIMP modificada por la Resolución Ministerial N.º 002-2024-MIMP.

tiene once tipologías identificadas: violencia sexual en la familia de origen; explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, que se genera en la familia de origen; violencia física en la familia de origen; violencia psicológica en la familia de origen; trabajo de niñas, niños y adolescentes que suponga una afectación a sus derechos; vida en calle; mendicidad; negligencia o descuido; trata de niñas, niños o adolescentes desde la familia de origen; abandono e imposibilidad temporal o definitiva del padre o madre o ambos miembros de la familia de origen.

Como podemos observar en la Tabla de Valoración de Riesgo, estas situaciones se generan en la familia de origen; por ello, se le denomina desprotección familiar ya que es la propia familia o los padres que mediante sus conductas indebidas u omisiones vulneran los derechos de sus hijos. De acuerdo con la definición de responsabilidad parental reconocida en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los padres tienen las obligaciones de cuidado, crianza y educación; pero lamentablemente, algunos en lugar de proteger a sus hijos y garantizarles su desarrollo integral, afectan su bienestar.

Debemos resaltar que para identificar las situaciones de desprotección familiar se aplican dos características que lo determinan: la gravedad de la vulneración de derechos que afectan a los niños y las características de la actitud o comportamiento de la familia de origen.

La tabla de valoración puede aplicarla la Unidad de Protección Especial (UPE), la Defensoría Municipal del Niño, Niña y Adolescente (Demuna), el Juzgado de Familia o Mixto, los cuales elaboran el informe de valoración de riesgo y, si no corresponde a su competencia, lo derivan a quien corresponda. Si la situación no es de gravedad (Riesgo de Desprotección Familiar) intervendrá la Demuna acreditada, cuyo rol es la orientación y acompañamiento a los padres para mejorar sus patrones de crianza y, en general, el fortalecimiento de sus competencias parentales. Pero en caso de no existir Demuna acreditada, se encarga de los procesos por riesgo a la UPE. Por el contrario, si el caso es de gravedad (Desprotección Familiar) amerita su judicialización con la intervención de la UPE y el Juzgado de Familia o Mixto.

Identificada la situación de riesgo de desprotección familiar por la autoridad competente, debido a que implica la amenaza o afectación de derechos que no revisten gravedad para la niña, niño o adolescente; la Demuna acreditada por el MIMP interviene trabajando con la familia para revertir la situación mediante el Plan de Trabajo Individual. Esta regulación tiene su fundamento en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se recomienda que la familia debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Pero si se determinara la situación de desprotección familiar causada por el incumplimiento o el imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección de la familia y afecta gravemente el desarrollo integral de NNA; el Estado en su rol de garante, debe orientarse a incrementar los factores de protección y disminuir o erradicar los factores de riesgo que incidan en la situación personal, familiar y social en la que se encuentra la niña, niño o adolescente. El Decreto Legislativo 1297 señala que este procedimiento tiene por finalidad el retorno de NNA con su familia de origen. Sin embargo, el mismo decreto admite el supuesto de que la madre manifieste su voluntad de no hacerse cargo de un recién nacido de manera definitiva por tratarse de un embarazo no deseado y decida entregarlo a una persona o familia o a una institución pública o privada. Será la autoridad competente quien llevará a cabo un procedimiento en situaciones de urgencia para adoptar la medida de protección más idónea.

En el ámbito judicial, existen dos tipos de procesos: ratificación de la desprotección familiar provisional y la declaración de desprotección familiar.

Después de declarada la desprotección familiar provisional de NNA en el ámbito administrativo, la UPE remite copias del expediente al Juzgado Especializado de Familia o Mixto, para que emita pronunciamiento ratificando o no dicha declaración. La ratificación judicial implica el control de legalidad que tiene que hacer el juez para la aprobación judicial de dicha declaración.

El juez podrá aprobar íntegramente la declaración de desprotección familiar provisional, la misma que es enviada por la Unidad de Protección Especial al Poder Judicial con la medida de protección provisional que recomienda. Es posible también que el juez la apruebe sin estar de acuerdo con las medidas propuestas; por ejemplo, otorgará otra medida de protección que considere idónea como sugerir un acogimiento de familia extendida en vez de un acogimiento residencial. En estos casos, la declaración de desprotección familiar provisional tiene dos efectos: la asunción automática de la tutela estatal por parte de la autoridad competente y de forma automática la suspensión de la patria potestad o de la tutela. O también podrá optar por la desaprobación, cuando estime que el caso se podría archivar o se deba iniciar el procedimiento por riesgo.

Lamentablemente, cuando se suspende la patria potestad, los padres o madres creen que se han desvinculado de sus obligaciones. Esto no es así. Por el contrario, subsiste la obligación alimentaria, la misma que podría ser exigida por las autoridades competentes.

De otro lado, el proceso de declaración judicial de desprotección familiar se promueve por la autoridad administrativa, cuando del seguimiento y evaluación del plan de trabajo individual se determine que no existe posibilidad de retorno de la niña, niño o adolescente a su familia, o sea contrario a su interés superior. Pero también se aplica, en la situación de inminente abandono físico en el que se desconoce completamente la identidad de NNA.

El juez podrá optar por una medida de separación de los progenitores de sus hijos y en particular, cuando se afecte el interés superior. El Decreto Legislativo N.º 1297 ha dispuesto que, si bien implica la separación temporal de su familia de origen, esto es para su protección y a fin de que la familia reciba el apoyo especializado que permita fortalecer los factores de protección y eliminar los factores de riesgo, promoviendo la reintegración familiar.

El ordenamiento legal presenta dos tipos de medidas de protección: la de acogimiento familiar y acogimiento residencial. La primera se desarrolla en una familia acogedora mientras se trabaja para eliminar las circunstancias que generaron la desprotección familiar. Puede ser una medida temporal o permanente (DL 1297, artículo 3, inciso j). Por lo general, esta medida se aplica en familia extensa, pero en la mayoría de las veces los familiares no quieren hacerse responsables.

En consonancia con lo dispuesto en la Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño, a efectos de desprotección familiar, el término *familia* debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.

De otro lado, un tema pendiente en la agenda legislativa es la regulación de las obligaciones de la familia extensa, que en un criterio de subsidiariedad debe cumplir también el rol que le corresponde, cuando uno de sus parientes está en situación de abandono. A efectos de la citada ley, la familia extensa comprende a los familiares de NNA con los que no conviven o no hacen vida en común.

La segunda medida es el acogimiento residencial que se desarrolla en un centro de acogida público, privado o mixto. Los ambientes deben ser similares al familiar con el objeto de que los centros sean espacios adecuados para el desarrollo de NNA. Esta medida debe ser necesaria e idónea para garantizar el interés superior del niño.

Debemos señalar que el Decreto Legislativo 1297 se elaboró a partir de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños cuyo objeto es brindar protección integral a NNA sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos a fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; priorizando su derecho a vivir dignamente, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. Esto significa que el Estado peruano se ha comprometido internacionalmente a la adopción de una política de desinstitucionalización de los menores de edad de los centros de atención residencial para precisamente lograr su derecho a la familia. Pero eso no está ocurriendo, en la práctica la medida de protección favorita por las autoridades competentes es el *acogimiento*

*residencial* de los niños en desprotección familiar, considerando que existe una medida de acogimiento familiar que no logra aplicarse con éxito en nuestro país.

Un asunto que nos llama poderosamente la atención es la existencia de un significativo número de padres que internan a sus hijos en albergues porque no pueden criarlos, aduciendo como razón la pobreza o la miseria. Los visitan con poca frecuencia, no les interesa la reintegración familiar, sino que el Estado en su mirada asistencialista o las organizaciones no gubernamentales o las religiosas se los críen y eduquen de manera gratuita y estos niños permanecen institucionalizados por largos períodos de tiempo. Estos niños no tienen por lo general su situación jurídica resuelta; por un lado, permanecen privados de libertad a la espera que sus parientes los rescaten. Para estos casos, la ley prevé que el ingreso de una niña, niño o adolescente a un centro de acogida residencial se dispone en el marco del procedimiento por desprotección familiar a través de las unidades de protección especial o los juzgados de familia o mixtos, según corresponda, prohibiéndose cualquier otra forma de ingreso, bajo responsabilidad penal, administrativa en los casos que hubiera lugar.

Continuando con el proceso, la dirección de la UPE, en mérito al informe técnico, solicita al Juzgado de Familia o Mixto declarar la situación de desprotección familiar y recibido el expediente, el juzgado competente lo remite al Ministerio Público para que emita opinión sobre la solicitud del estado de desprotección familiar de la niña, niño o adolescente. En la audiencia participan la madre, padre, sus abogados o el defensor público que se les ha asignado, el Ministerio Público, el tercero con legítimo interés incorporado al proceso y el abogado o defensor público de NNA. Después de culminada la audiencia, el juez, recoge la opinión de NNA en una audiencia especial de carácter reservado.

Finalmente, en la resolución final, el juez puede declarar la desprotección familiar, la pérdida de la patria potestad, la aprobación o modificación de la medida de protección recomendada e incluso

la adoptabilidad. Y, además, puede aprobar o modificar la medida de protección recomendada por la UPE. Excepcionalmente, podrá declarar la adopción por parte de la familia acogedora cuando lo recomienda la autoridad competente. También podrá declarar la inexistencia de desprotección familiar, ordenando el retorno de NNA a su familia de origen. De ser el caso, ordenará el inicio del procedimiento por riesgo, restituyendo la patria potestad a los progenitores.

Como hemos ya hemos señalado, el juez al comprender la desprotección familiar de NNA como una situación de vulneración de derechos, implica que también pueda aplicar adicionalmente medidas de protección social (las que se aplican a la situación de riesgo): acceso a servicios de educación y salud para NNA; acceso a servicios de atención especializada; apoyo psicológico; acceso a servicios para prevenir y abordar situaciones de violencia; acceso a servicios de cuidado; acceso a servicios de formación técnico productivo para el adolescente e inclusión a programas sociales.

Desde una mirada procesal, en lo que respecta a la carencia de celeridad de los procesos judiciales, la ley del interés superior del niño (N.º 30466) exige a los operadores judiciales la diligencia excepcional, es decir, mucho mayor celeridad en los procesos donde estén involucrados NNA y, de manera particular, en los casos de desprotección familiar.

El Programa por Resultados Familia (PpR Familia)<sup>14</sup>, gracias al Laboratorio de Celeridad, realizó un monitoreo de los procesos de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes. Así, a través de este medio, ha sido posible realizar un diagnóstico a partir de

---

14 El PpR Familia «Celeridad de los procesos judiciales de familia» busca impulsar la celeridad de los procesos judiciales de familia, articulando procesos de mejora en una administración de justicia eficiente, eficaz y predecible, garantizando un servicio oportuno y de calidad en los procesos judiciales de familia orientado a una atención integral, inclusiva e interdisciplinaria desde la perspectiva de la judicatura con elevado compromiso de los servidores judiciales y administrativos a nivel nacional.

las treinta y tres cortes superiores de justicia, mediante entrevistas y encuestas realizadas a sus respectivos magistrados.

A partir de una muestra significativa, se determinó que 54.7 % de los procesos de desprotección familiar están en trámite, el 18.3 % están sentenciados y el 13.2 % cuenta con sentencias consentidas. Además, conviene precisar que el 41.8 % de las sentencias están consentidas y que el 58.2 % carece de tal consentimiento. El tema de las sentencias consentidas es un requisito previo para promover las adopciones en nuestro país.

La resolución de estos procesos tarda en promedio un año, pero hay algunas cortes que alcanzan un promedio de tres años y medio. Gracias al laboratorio de celeridad, se elaboró un diagnóstico a partir de una pregunta clave: ¿cuál es la problemática de los procesos de desprotección familiar? La respuesta cae por su propio peso, tras examinar la cronología: el principal problema es el retardo de los procesos judiciales de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes y una de las probables causas, es la sobrecarga procesal.

A esto, hay que sumar el hecho de que los juzgados de familia y los juzgados mixtos no solamente tramitan la declaración judicial de desprotección familiar, sino que también, por mandato de la disposición transitoria del Decreto Legislativo 1297, todavía algunos se ocupan de la parte administrativa. Es decir, ejercen competencia en la situación de riesgo y también hacen la investigación especial que le corresponde a las Unidades de Protección Especial debido al número aún reducido de estas a nivel nacional.

Las defectuosas notificaciones administrativas y judiciales constituyen la segunda causa para el retraso en los procesos. Sus imperfecciones son variadas: direcciones incompletas, inexactas, inexistentes; inadecuada notificación a los progenitores y, además, se le incorpora tardíamente al proceso, casi a final de este. Por ello, reclaman no haber sido notificados y solicitan la reintegración de su hijo(a) al seno familiar, cuando se está próximo a la declaración judicial de desprotección familiar definitiva.

La tercera causa es la carencia de comunicación y coordinación interinstitucional. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen diversos actores: el juez, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el Ministerio Público. Primero, el MIMP hace la investigación especial para hacer la recomendación de la medida de protección adecuada y solicita la ratificación de la desprotección familiar provisional. Luego, el Ministerio de Justicia provee los abogados de oficio y por su parte, el Ministerio Público dictamina. Así, a partir de la investigación realizada en la etapa inicial, existe una falta de comunicación y de coordinación interinstitucional que acarrea demoras en el proceso.

La ausencia de medios probatorios representa la cuarta causa, ya que impide que el juez resuelva. Los motivos son variados: medios probatorios que no constan en el expediente judicial, falta de información sobre la situación de los menores de edad, demora en la respuesta a los requerimientos jurisdiccionales, se oficia a diferentes entidades del Estado (y tardan por lo menos un mes en contestar), y dilación en la expedición de algunos documentos con información relevante. Por ello, hay tantos procesos de declaración judicial de desprotección familiar sin sentencia.

La última causa, la falta de accesibilidad, supone un desafío mayor. El Perú tiene una geografía bastante difícil y, en algunos casos, inaccesible. La mayoría de los casos, atendidos por los magistrados, proceden de lugares de difícil acceso geográfico, donde hay escasa movilidad, insuficientes medios de comunicación y esto conlleva como resultado que las partes procesales no concurren a las citaciones, a las audiencias y diligencias en general.

Entonces, ¿cuál es el efecto final? La demora en la ratificación de la declaración de desprotección familiar provisional y de las medidas de protección, y la demora en la declaración de desprotección familiar definitiva. En resumen, esto último afecta a las adopciones, porque al no existir declaración de desprotección definitiva, no habrá declaración de adoptabilidad.

Como conclusión podríamos decir que, la sobrecarga procesal, las defectuosas notificaciones administrativas y judiciales, la carencia de coordinación interinstitucional, la ausencia de medios probatorios y la falta de accesibilidad impactan negativamente en la celeridad de los procesos judiciales de desprotección familiar.

## **Bibliografía**

- Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación general N.º14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 59.
- Decreto Legislativo N.º 1297. Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, artículo 3, inciso e.
- Defensoría del Pueblo (2010). Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención. Serie Informes Defensoriales - Informe N.º 150, Lima, p.144.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva OC- 17/2002, párrafo 71.
- Ley N.º 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.
- MIMP (2021). *Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030*.
- Tabla de Valoración de Riesgo aprobada Resolución Ministerial N.º189, 2021, MIMP que aprueba la actualización de la «Tabla de Valoración de Riesgo» en el marco del Decreto Legislativo N.º 1297 y su Reglamento.

## SECCIÓN SEGUNDA

# MEDIDAS DE PROTECCIÓN TEMPORALES Y PERMANENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y PERUANO

## I Panorama general de las figuras de protección de menores en el Derecho español

*Carlos Martínez de Aguirre Aldaz*

### I. Sistema de protección de niñas, niños y adolescentes en el Derecho español

Me corresponde exponer el modelo asistencial de protección de niñas, niños y adolescentes en el Derecho común español. Para entenderlo bien, hay que enmarcarlo en lo que se puede llamar la estructura dual del sistema de protección de niños, niñas y adolescentes (que genéricamente el Derecho español engloba en el concepto de menores) en el Derecho español, en el que se identifican dos modelos de protección: el institucional y el asistencial o funcional. Solo cuando se tienen en cuenta ambos modelos, y sus respectivas características, es posible exponer el panorama general de las figuras de protección de menores en el Derecho español.

El ordenamiento civil español arbitra un conjunto de instituciones previstas con carácter general para atender, de modo global y estable, a las necesidades de protección de cualquier menor. La clave aquí es si el niño, niña o adolescente está formalmente sujeto o no a una institución de guarda legal. Estamos hablando, en el Derecho español vigente, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, básicamente, de la patria potestad (o autoridad parental, o responsabilidad parental), y de la tutela, que son las figuras claves del modelo institucional.

Este modelo se mostró en la práctica eficaz ante las situaciones normales de sometimiento a la patria potestad, pero no en aquellas, de carácter patológico, en las que el menor, esté o no formalmente sujeto a ella, no recibía en la práctica la asistencia que precisaba. De hecho, se dieron con una cierta frecuencia dos situaciones aparentemente contradictorias: la presencia de menores carentes de cualquier protección efectiva, con independencia de si se encontraban

o no sujetos a alguna institución legal de protección; y la presencia de menores atendidos en sus necesidades por quienes no ostentaban respecto a ellos título legal alguno para hacerlo (abuelos, parientes, vecinos...), también con independencia de si dicho menor se encontraba o no formalmente sometido a alguno de los mecanismos de protección descritos. Para afrontar la situación de estos menores se realizaron entre 1983 y 1987 reformas legales, en las que la nueva regulación se hizo depender estrechamente de la efectiva necesidad de protección, y se arbitraron mecanismos dirigidos a proporcionar la protección necesitada. El conjunto de esos mecanismos constituye el modelo asistencial o funcional de protección de niños, niñas y adolescentes en Derecho español, que ha experimentado sucesivas reformas posteriores, que no han cambiado la estructura básica de ese modelo, cuyas instituciones básicas son la tutela administrativa, la guarda administrativa, el acogimiento y finalmente la adopción.

## **II. Situación de desamparo y riesgo**

El punto de partida de este modelo asistencial es la consideración de la situación de hecho del niño, niña o adolescente. El dato que el Derecho toma en consideración ya no es el del sometimiento formal o no a un mecanismo legal de guarda (es decir, si existe o no una patria potestad, o una tutela), con independencia de si esa institución le protege eficazmente o no, sino la situación de hecho real del menor. La pregunta aquí sería la siguiente: ¿goza este niño, niña o adolescente, de la necesaria asistencia moral y material?

En esta perspectiva es pieza clave el concepto legal de desamparo entendido como «la (situación) que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material» (Código Civil. artículo 172.1.2). En todo caso, esta regla ha de ser complementada con la procedente del artículo 18.2.II Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM),

conforme a la cual «la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores debido a una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos». A partir de esta definición genérica, el mismo artículo 18 de la LOPJM recoge un conjunto de circunstancias en las que se considera que hay situación de desamparo, como son, por citar algunas de las más significativas, el abandono del menor, el riesgo para su vida, salud, integridad física o mental, integridad moral o libre desarrollo de la personalidad (lo que incluye específicamente el maltrato psicológico), la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad, o la ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo. Hay que resaltar que estas circunstancias, y las demás recogidas por la ley, no son una lista cerrada de casos de desamparo, sino una lista abierta, a la que hay que sumar cualquier situación en la que quepa identificar esa genérica privación de la necesaria asistencia moral o material.

A lo anterior hay que añadir otra consideración: la existencia de una situación de guarda de hecho excluye, como regla, el desamparo. Hay guarda de hecho cuando el menor está atendido satisfactoriamente (es decir, recibe la necesaria asistencia moral y material) por una persona que carece de título legal para ello, es decir, que no es su padre o madre titulares y ejercientes de la patria potestad, ni su tutor. Por definición, si el menor está atendido satisfactoriamente no está privado de la necesaria asistencia moral y material, de manera que esta situación de hecho excluye el desamparo, sin perjuicio de la necesidad de regularizar legalmente esa situación.

Junto al desamparo, la ley habla de la situación de riesgo, ofreciendo un concepto farragoso en el artículo 17.1 (LOPJM), que incluye un intento de delimitación entre los conceptos legales de riesgo y desamparo: «se considerará situación de riesgo aquella en la que, a

causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se ve perjudicada en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar». Asimismo, el artículo 17.2 de la LOPJM contiene una larga lista de indicadores de riesgo. Con la regulación de la situación de riesgo, se adopta una perspectiva complementaria a la del desamparo, que hace hincapié en la prevención, y no solo, ni principalmente, en el remedio frente a la desprotección ya producida (que es a lo que tiende el concepto de desamparo).

Como puede observarse, con esta situación de riesgo se trata de prever y poner el remedio antes de que el problema de desprotección llegue a su grado máximo, que es el desamparo.

### **III. Respuesta del Derecho español al desamparo y riesgo**

A partir de ahí, se trata ahora de exponer ahora la respuesta del Derecho español a las situaciones de riesgo o desamparo, tal y como han quedado definidas.

- a) La *situación de desamparo* provoca una reacción de máxima intensidad: se declara administrativamente el desamparo, en los términos previstos por la ley, y una vez declarado, el órgano competente de la Administración autonómica asume la tutela del menor desamparado: es la llamada *tutela administrativa*, que es una tutela civil, pero desempeñada por la Administración Pública, con las peculiaridades que señala la Ley, y las derivadas del hecho de tratarse de la actuación reglada de una Administración Pública.

La tutela administrativa, que es la primera de las figuras de protección del modelo asistencial, conlleva la atribución al órgano administrativo competente de las funciones de contenido personal, de representación legal y de administración patrimonial de la tutela ordinaria (que, como ya se ha señalado, pertenece al modelo institucional), y provoca además, conforme al artículo 172.1.III Código Civil, la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, a la que estuviera eventualmente sometido el menor desamparado.

La tramitación del expediente que ha de preceder al dictado de la resolución administrativa en la que se declare al menor en situación de desamparo y se asuma la tutela plantea problemas cuando, por la gravedad y urgencia de las circunstancias concurrentes, resulte necesaria una intervención inmediata, que es lo que ocurre en muchos casos en los que hay desamparo. A resolver este problema se dirige el artículo 172.4 Código civil, según el cual «en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo». Esta *guarda provisional* no es todavía una tutela administrativa (que debe ser declarada, previo expediente administrativo), sino el cauce mediante el que la entidad pública puede prestar atención inmediata al menor hasta que, atendiendo al resultado de la comprobación pertinente, adopte la medida que proceda: la declaración del menor en situación de desamparo y la asunción de la tutela administrativa, o la declaración de la situación de riesgo, con la adopción de las medidas oportunas, que normalmente no incluyen el acogimiento (salvo en el caso de la guarda administrativa, de que se hablará más adelante).

Tanto la tutela administrativa como la guarda provisional se efectúan a través de centros de acogida o familias acogedoras habilitadas al efecto; en el caso de la guarda provisional, durante el tiempo imprescindible para determinar la actuación más adecuada a las necesidades del menor: es decir, a través de otra figura importante del modelo asistencial, que es el *acogimiento*. Aquí es donde aparece por primera vez lo que cabría denominar la función instrumental, o de segundo grado, del acogimiento, que como regla no es una medida autónoma y permanente de protección (aunque esto deberá ser matizado más tarde), sino el medio a través del que la Administración puede atender directa y eficazmente a las necesidades del menor.

La tutela administrativa, o la guarda provisional, o la guarda administrativa son la figura legal de protección; y el acogimiento, el medio a través del que se realiza en la práctica esa protección. En el acogimiento, los acogedores asumen las obligaciones de velar por el menor, tenerle en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (es decir, prácticamente idénticas a las que nacen de la patria potestad).

El acogimiento puede ser, por un lado, familiar o residencial, según se desarrolle en una familia de acogida o en un hogar funcional (equiparado a estos efectos a la familia de acogida, aunque no sean lo mismo), o en un centro de protección de menores: la ley establece una clara preferencia por el acogimiento familiar, de forma que el residencial solo procederá cuando el acogimiento familiar no sea posible (por ejemplo, porque no hay disponibles familias de acogida) o no sea conveniente para el menor. Por otro lado, puede ser el acogimiento familiar de urgencia, que es aplicable principalmente a los menores de seis años mientras se decide la medida de protección que corresponda y no puede tener una duración superior a seis meses; en segundo lugar, el acogimiento familiar temporal, aplicable a los casos en que se considera previsible la reintegración del menor en su

propia familia, o como medida provisional hasta que se adopte otra más estable —acogimiento familiar permanente, adopción o tutela ordinaria—, y que tiene una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje su prórroga «por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva»<sup>15</sup>. En tercer lugar, el acogimiento familiar permanente es una medida de protección estable, en principio hasta que el menor alcance la mayoría de edad, en términos generales cuando otra opción no sea posible; en este último caso, el juez puede dotar a los acogedores permanentes de las facultades propias de la tutela, que faciliten el desempeño de sus responsabilidades.

Hasta ahora las medidas de protección descritas son de carácter temporal. Hay que decidir, entonces, cuál es la medida de carácter permanente a la que se recurrirá para dar una salida estable y permanente a la situación del menor. Tales medidas pueden ser la *reintegración en la familia de origen*, incluida aquí la familia extensa, cuando esta pueda hacerse cargo eficazmente de la protección del menor; la plena integración en una nueva familia a través de la *adopción*, que en su caso puede estar precedida de una *guarda con fines de adopción*, en la que asumen la protección del menor quienes van a adoptarlo, hasta que se produzca legalmente esa adopción. O también podría tratarse de una *tutela ordinaria*, aunque esto no será habitual. Finalmente, resta mencionar al *acogimiento permanente*, ya antes referido.

b) Hasta ahora se ha considerado la situación de desamparo y los diferentes medios de reacción predispuestos por el Derecho español. Por su parte, la *situación de riesgo* ocasiona la intervención administrativa dirigida a resolver el problema, evitando el desamparo y con él la necesidad de adoptar medidas más intensas e invasivas como las que acabo de exponer: se trata, entonces, de posibilitar la permanencia del menor en el hogar familiar. Esto

15 Artículo 173 bis 2. Código civil

contempla actuaciones de apoyo a la familia, que pueden ser económico, social, médico, o una combinación de lo que sea necesario. En este caso, la patria potestad o tutela no se ven afectadas, ni como regla el menor es separado de su familia, antes bien, se procura su permanencia en ella y se actúa sobre la familia para resolver los problemas que han dado lugar a la situación de riesgo. Sin embargo, en ocasiones esa situación de riesgo puede determinar la necesidad de separación de la familia de origen. Esto es así, especialmente, en el caso de que la Administración asuma la guarda del menor, a petición de los padres o tutores, cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor (artículo 172.2 Código civil): se trata de la llamada *guarda administrativa*, que también se ejercerá a través del acogimiento, con la diferencia de que en este caso el acogimiento debería inicialmente ser temporal y orientado a la reinserción del menor en su familia de origen, aunque podría en ocasiones ser permanente, o desembocar en una adopción, en su caso previa guarda preadoptiva, de la que hablaré inmediatamente.

Así pues, recapitulando hasta ahora, la situación de desamparo provoca la asunción de la tutela administrativa por la entidad pública encargada de la protección de menores y se ejercita a través del acogimiento, que puede ser familiar o residencial, por un lado, y de urgencia (para hacer frente a las necesidades más inmediatas de protección por parte del menor) o temporal por otro. Ante una mera situación de riesgo, se toman las medidas necesarias para evitar que el riesgo desemboque en desamparo, y en algunos casos, a petición de padres o tutores, la Administración puede asumir la guarda administrativa, que ejercerá a través del acogimiento, que normalmente será temporal. Por último, y en cuanto a la medida definitiva de protección, contaríamos con la reintegración en la familia de origen, la adopción, la tutela ordinaria o el acogimiento permanente.

#### **IV. Preferencia por mecanismos de carácter familiar**

del sistema legal de protección de menores, que incide directamente sobre el acogimiento: me refiero a la opción preferente por los mecanismos de carácter familiar, por entender que ese es el entorno más beneficioso para el menor en general, y en particular para el menor que carece más gravemente de él. Este principio tiene consecuencias importantes:

- a) La primera, en relación con las situaciones de riesgo, es que debe procurarse el mantenimiento del menor en su propia familia, mediante la adopción de medidas de apoyo directo a la familia. Como ya he indicado, no se descarta que en esta fase sea necesario separar al menor de su familia, aunque entonces con vistas a posibilitar una futura reintegración del menor a su núcleo familiar de origen.
- b) Cuando el menor es separado de su familia, ya sea en el marco de una situación de riesgo, ya sea como consecuencia de la declaración de desamparo, y asunción de la tutela por la Administración, la ley arbitra soluciones de carácter familiar, ya sean provisionales, ya definitivas:
  - En primer lugar, como hemos visto, el acogimiento, que puede ser familiar o residencial. Pues bien, a la hora de acordar el acogimiento habrá que procurar que tenga lugar en la familia extensa, salvo que ello no resulte aconsejable para los intereses del menor, y habrá que dar prioridad al acogimiento familiar sobre el residencial. Así, pues, preferencia por el modelo familiar, frente al residencial, y dentro del modelo familiar por el mantenimiento en la familia de origen, mediante el recurso a la familia extensa, siempre que ello no sea perjudicial para el menor.
  - En segundo lugar, y como respuesta de carácter definitivo a la situación de desprotección del menor, la ley establece, bien la reinserción del menor en su familia de origen, lo que incluye la posibilidad de hacerlo en su familia extensa (opción que es

en términos generales preferente), bien la plena integración en una familia de destino diferente de la de procedencia, a través de la adopción. Pero existe también el acogimiento permanente, para aquellos menores respecto a los que no es posible la reinserción en el núcleo familiar de origen, ni tampoco la adopción.

El Derecho español hace descansar los mecanismos de respuesta frente a los problemas de desamparo, o de riesgo, sufridos por los menores, sobre figuras de corte familiar, por entender que es el ámbito en el que mejor va a desarrollarse el menor, pero en la práctica que esto sea posible dependerá en muchos casos de las circunstancias personales del menor, y de la efectiva disponibilidad tanto de la familia de origen (nuclear o extensa), como de familias acogedoras o adoptivas.

Hay que resaltar también el importante papel que se atribuye a la intervención administrativa tanto a la hora de identificar las situaciones de riesgo y desamparo, como a la de tomar las decisiones necesarias para proveer al menor de la protección eficaz que necesita, así como en determinadas situaciones hacerse cargo de esa misma protección. Su papel es decisivo para que el sistema asistencial de protección de menores funcione y sea eficaz.

## I La reintegración familiar del menor en los supuestos de intervención administrativa

*M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo*

### I. Configuración jurídica de la familia como medio óptimo para el desarrollo del menor

#### 1.1 Marco jurídico internacional: la Convención sobre los derechos del niño

La Convención sobre los derechos del niño<sup>16</sup> (NU) establece que la familia es la célula básica de la sociedad y que es el medio en el que debe crecer el niño para su adecuado desarrollo. El Preámbulo declara que los Estados parte reconocen a la familia «como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños», y que, en consecuencia, «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia».

Sobre esta consideración conformada como principio general se inspira todo el articulado de la Convención, que asegura su cumplimiento atribuyendo a los padres la responsabilidad de criar a los hijos y regulando los concretos deberes y derechos que al respecto tienen niños y padres. Así, el art. 18 establece que «incumbirá a los padres [...] la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño». El art. 7 dispone que el niño tiene derecho «a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». Y los arts. 5, 8 y 16 proclaman la obligación de respetar estos derechos: el primero obliga a los Estados a respetar la responsabilidades, derechos y deberes de los padres, que son quienes deben dirigir y orientar a sus hijos en el ejercicio de

---

16 La Convención fue ratificada por España en 1990: *vid.* el *Instrumento de ratificación* en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 39897 y ss.

los derechos contenidos en la Convención; el segundo impone a los Estados la obligación de respetar «las relaciones familiares» del niño «sin injerencias ilícitas»; y el tercero establece que «[N]ingún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en [...] su familia». Además, el art. 9 establece la obligación de los Estados de velar «porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos».

Solo cuando no sea posible la permanencia del niño en su familia, por incapacidad de los padres para los cumplir con los deberes de crianza o por resultar perjudicial para él, la Convención justifica la injerencia del Estado (art. 9), que tendrá la obligación de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Así, el art. 20 establece en su primer párrafo, desde la perspectiva del derecho del niño, que «[L]os niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado». En el segundo párrafo, desde la perspectiva de la obligación del Estado, dispone que «[L]os Estados parte garantizarán [...] otros tipos de cuidado para esos niños». Y en el tercer párrafo, cuando concreta los cuidados alternativos, da prioridad a los de carácter familiar: «[E]ntre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del Derecho islámico, la adopción»; y después añade que «de ser necesario» también se podrá contar con «la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores». Es decir, aplica el principio de preferencia del medio familiar para el crecimiento del niño. Puede decirse, por tanto, que, según la Convención, si la familia propia se revela como incapaz para atender las necesidades de crianza del niño, en la medida en que sea posible, ha de buscarse otra familia sustituta donde pueda crecer.

A partir de los preceptos mencionados, la *Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* —Comité de los derechos del niño (UN)— dedica todo un apartado a configurar como interés superior del niño su crecimiento y desarrollo en un entorno familiar, primordialmente

el propio: se trata del epígrafe titulado «La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones», que comprende los números 58 a 70<sup>17</sup>.

## 1.2 Marco constitucional

La Constitución española, en el art. 39, dedicado a la familia, aparte de asumir con carácter genérico las previsiones de la Convención en el último párrafo —el 4º—, que establece que «[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», sanciona expresamente, en la misma línea que esta, el deber natural de los padres de prestar asistencia a los hijos durante su minoría de edad y establece también el deber de los poderes públicos de proteger a la familia y a sus miembros, que, en lo que se refiere al ámbito asistencial, se considera subsidiario del deber de los padres:

El párrafo 1º establece que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. La protección es referida a la familia como institución, pero también a sus miembros en particular, entre quienes se encuentran los hijos. A ellos se refiere el precepto de forma específica en el párrafo 2º cuando dispone que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos. Por otra parte, el párrafo 3º, establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad. A la vista de esto, los poderes públicos tienen un deber de «protección»; y los padres un deber de «asistencia», entendida esta como la satisfacción de todo tipo de necesidades del menor<sup>18</sup>. La

17 CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, pp. 14 y ss.

18 El texto del art. 39 C.E., aprobado inicialmente por el Pleno del Congreso, concretaba: «Los padres deben prestar a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, alimentos, educación, instrucción y toda asistencia durante la minoría de edad» (cfr. *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, T. II, Servicios de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 2186); pero esta redacción no prosperó y el texto definitivo se refiere a «asistencia de todo orden». La doctrina especializada considera, como se indica en el texto, que esta asistencia comprende la satisfacción de todo tipo de necesidades —materiales y morales—: cfr. GÁLVEZ MONTES, J., *Comentarios a la Constitución* (Dir. GARRIDO FALLA), «Comentario al art. 39», Ed. Civitas, 1980, p. 763; FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de familia*, t. I (*La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*), Ed. Bosch,

protección es un concepto más amplio en el que queda incluida la asistencia, aunque no de modo exclusivo. Se trata de un amparo global: es un programa para el legislador y para la toma de decisiones de todos los poderes públicos, abarca la proclamación de sus derechos, la vigilancia de los mismos, y también, por supuesto, como anticipaba, la asistencia o satisfacción de las necesidades del menor. En cuanto a esta protección referida, en concreto, a la asistencia, puesto que es un deber natural que corresponde a los padres, y así lo reconoce la propia Constitución, serán estos quienes deberán ejercerla en primer término, y solo cuando ellos no lo hagan intervendrán los poderes públicos. Puede hablarse, por tanto, de subsidiariedad de la protección de los poderes públicos en relación con su aspecto asistencial.

### 1.3 El principio de integración familiar como fundamento del régimen jurídico del menor en el ordenamiento español

En este marco jurídico internacional y constitucional, el legislador español ha desarrollado en el Código civil un sistema de protección de menores basado en la familia. Sistema que tiene su origen en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y que después ha sido perfeccionado por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor —en adelante, LOPJM—, y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ambas con expresas referencias en su Exposición de Motivos y Preámbulo a la Convención y al art. 39 C.E. En él la familia nuclear propia ocupa el lugar central: la institución primaria de protección del menor es la patria potestad, es decir, corresponde a los padres su cuidado; solo en defecto de esta se activa la tutela como institución secundaria. Cuando, a pesar de existir una de estas instituciones, el menor está desasistido, el Código habilita la intervención de la Administración pública. Esta intervención, que gira en torno a la declaración de desamparo del menor, conlleva la asunción por el Ente público de la tutela o la guarda del menor,

---

1981, p. 236; MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., «La familia en la Constitución española», *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1981, pp. 976 y 978.

es decir, implica la separación del menor de su familia. Pero la ley no deja al niño privado de un entorno familiar, sino que establece la obligación de la Administración de facilitar su inserción en otro entorno familiar, siempre que sea posible: para ello, configura el acogimiento familiar como prioritario frente al residencial. Este cuidado alternativo es provisional: transcurrido el tiempo legalmente establecido, el menor deberá reinsertarse en su familia, siempre que sea ese su interés superior; en caso contrario, el ordenamiento arbitra instituciones tuitivas definitivas de corte familiar, que proporcionan al menor otra familia en la que crecer, en concreto, el acogimiento familiar permanente y la adopción. Naturalmente, la ley también se preocupa de evitar estas situaciones extremas en las que el menor debe salir de su familia. Para ello, cuando existan factores de riesgo, ordena intervenir a la Administración pública para ayudar a la familia a eliminarlos. Como se observa, el ordenamiento procura al menor una familia siempre: la propia en primer término; y, si ello no es posible, otra alternativa, bien provisionalmente, bien de forma definitiva, si no procede el regreso a la propia. Es decir, busca siempre la inserción o reinsertación familiar.

Expuesto en este epígrafe introductorio el marco en el que se desarrolla la regulación española protectora del menor, que determina el principio de integración familiar que la fundamenta, y esbozado en líneas generales el sistema resultante, procedemos a estudiarlo con detalle en los epígrafes siguientes, analizando los problemas que plantea y tratando de aportar luz sobre los mismos.

## **II. Red institucional de protección del menor**

### **2.1 Introducción**

El ordenamiento español regula un conjunto de instituciones, relacionadas entre sí según criterios de supletoriedad y complementariedad, que constituyen un entramado en el que quedan cubiertas, al menos formalmente, todas las situaciones en las que teóricamente se puede

encontrar el menor no emancipado. De forma que este, si no está bajo la cobertura de una, estará bajo el paraguas protector de otra. Dada la protección institucional que otorga este conjunto de medidas al menor, que —como se indica— siempre queda sometido a una institución tuitiva legal, podemos denominarlo —siguiendo la terminología de MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>19</sup>— modelo institucional.

## 2.2 Institución tuitiva primaria

La institución tuitiva primaria es la patria potestad. Es el mecanismo de protección previsto con carácter general y bajo el que, por tanto, se encuentran la mayoría de los menores. En virtud del mismo, el ordenamiento, recogiendo la ley natural, coloca a los padres, con carácter preferente y de forma automática, en el primer escalón de la función protectora de los menores: el Código les atribuye *ministerio legis*, como efecto de la determinación legal de la relación de filiación, la patria potestad sobre sus hijos menores de edad no emancipados. Esta potestad, como responsabilidad parental que es, debe ser ejercitada siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos y a su integridad física y mental, e implica el cumplimiento de deberes, así como la tenencia de derechos que les facilitan su cumplimiento. El art.154 Cc establece como deberes y facultades de los padres: «1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. 3º Decidir el lugar de residencia habitual [...]». El incumplimiento de estos deberes podrá conllevar la privación de la patria potestad por medio de sentencia judicial —art. 170 Cc —.

---

19 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C. «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», *Anuario de Derecho civil*, 1992, pp. 1463 y ss.

## 2.3 Régimen subsidiario de protección

### 2.3.1 Medida estable subsidiaria

La existencia de menores no emancipados no sujetos, por razones extraordinarias, a patria potestad determina la necesidad de procurar su protección por medio de otra institución jurídica que revista carácter subsidiario y supletorio de la patria potestad. Tal institución, prevista por el Código civil, es la tutela —art. 199 Cc—<sup>20</sup>. Con ella se garantiza la complementariedad institucional de la protección: suple la falta o ausencia de los padres y cubre el vacío formal que puede dejar la ineficacia del régimen protector primario al procederse a la privación de la patria potestad. Para el nombramiento de tutor se preferirá: a la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial; y, en su defecto, al ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial, es decir, a personas del entorno familiar del menor —art. 213 Cc—. El tutor, igual que los padres, está obligado a velar por el menor, procurarle alimentos, educarlo y darle una formación integral —art. 228.1 y 2 Cc—, es el administrador de sus bienes —art. 228.4 Cc— y su representante —art. 225 Cc—.

### 2.3.2 Medida provisional de cierre del sistema

Por otra parte, como pieza de ajuste del sistema, el Código civil prevé la figura del defensor judicial para hacer frente ocasionalmente a problemas de funcionamiento de las anteriores medidas estables —patria potestad o tutela—. En concreto, dispone el art. 235 Cc que se nombrará un defensor «cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales» o «cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona».

---

20 Si hasta 2021 la tutela era una medida de protección común a los menores y a las personas con discapacidad, tras la reforma operada en el Código civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, pasa a ser una institución exclusiva de la minoridad.

### **III. Intervención administrativa**

#### **3.1 Protección de la Administración al margen de la familia de origen**

##### **3.1.1 Introducción: protección real o funcional**

El legislador en 1987 se percató de que así el menor esté bajo el amparo de una de estas instituciones, esto no significa que siempre esté protegido de verdad, ya que pueden darse casos en los que no goce de protección efectiva o real. Por ello, modificó el Código civil —con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre— introduciendo la figura del desamparo, que existe cuando el menor carezca de hecho de la necesaria asistencia moral o material; y, en torno a él, creó dos mecanismos que, de forma urgente, vienen a dar solución real a la desprotección, a los que Martínez de Aguirre ha calificado como funcionales<sup>21</sup>: la tutela y la guarda administrativas. Figuras que posteriormente ha reformado con sucesivas leyes hasta llegar a su actual configuración: con la LOPJM de 1996; con la Ley 54/2007, de 28 de diciembre; con la Ley 26/2015, de 28 de julio; y con la LO 8/2021, de 4 de junio.

##### **3.1.2 El desamparo como situación de hecho: replanteamiento del concepto legal**

El Código civil ofrece una definición desamparo que constituye un concepto jurídico indeterminado. Establece en el art. 172 que «se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o moral», pero no concreta cuándo se produce dicha privación de asistencia.

La Ley 26/2015 introdujo por primera vez en una ley estatal, en la LOPJM, las circunstancias concretas que determinan tal

desasistencia. El nuevo art. 18 de la LOPJM se refiere a: abandono; riesgo para la vida, salud e integridad física del menor; riesgo para su salud mental, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad por maltrato psicológico o falta de atención de sus necesidades afectivas o educativas; inducción a la mendicidad o la delincuencia; ausencia de escolarización o falta de asistencia al colegio; perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal; etc. No es una lista cerrada, sino que solo proporciona indicadores. Al final, a modo de cierre, alude a «cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor».

Dejando a un lado este desarrollo de las circunstancias que dan lugar a la desasistencia, y volviendo al concepto de desamparo, hay que señalar que la reforma de 2015, y posteriormente la de 2021, han dado pie para replantearse tal concepto como consecuencia de una contradicción interna:

El concepto de desamparo, desde siempre, se basa en una situación de hecho. El menor tiene que estar «de hecho» desasistido: el desamparo puede proceder de la falta de ejercicio o de un ejercicio deficiente de los deberes de los padres; pero ello no es suficiente, sino que es necesario que esa falta de ejercicio o ejercicio deficiente de los deberes produzca un resultado específico: la desatención moral o material del menor. Sin esto, no hay desamparo. Si los padres no ejercen sus deberes, pero se encarga del menor otra persona (los abuelos, por ejemplo): el menor no está privado de la necesaria asistencia, por tanto, no hay desamparo. Habrá una guarda de hecho que lo ha impedido<sup>22</sup> y que convierte en innecesaria la intervención urgente de la Administración al margen de cualquier control judicial.

---

22 En el mismo sentido, puede verse, por ejemplo: SANCHO REBULLIDA, F., *El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción*, Ed. Civitas, 1989, p. 36; LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Ed. Bosch, 1990, p. 51; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., «Sobre el desamparo y la tutela administrativa», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Ed. Bosch, 1992, p. 690; DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al art. 172 CC», en *Comentarios a las reformas del Código civil*—Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ—CANO—, ed. Tecnos, 1993, p. 44; AFONSO RODRÍGUEZ, E., «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *Actualidad Civil*, núm. 17, 1995-2, p. 328.

El art. 303 Cc resultante de la reforma operada por la Ley 26/2015 entró en contradicción con lo anterior al establecer que procederá la declaración de desamparo de los menores en guarda de hecho. Matizó que ello sucederá «cuando, además de esta circunstancia —de la guarda de hecho—, se den los presupuestos de falta de asistencia del art. 172 Cc». Es decir, cuando a pesar de la guarda de hecho, haya desasistencia moral o material. Pero ello, en mi opinión, no es compatible: si el menor está desasistido de hecho, no puede llegar a haber guarda de hecho. La guarda de hecho, al ser una situación fáctica, solo existe cuando el menor está *de facto* cuidado, si no, no existe. Posteriormente, la Ley 8/2021, lejos de rectificar, ha mantenido la misma regulación en el nuevo precepto regulador de la guarda de hecho, el art. 237 Cc. Con este precepto, pero también con otros (por ejemplo, el art. 18.2.4 b) LOPJM y el art. 172 bis. 1 Cc, que abren la puerta al desamparo estando el menor bajo guarda de la Administración), se han otorgado nuevos aires al desamparo, que no se conjugan demasiado bien con el concepto que del mismo sigue dando el art. 172.1 Cc.

### **3.1.3 La tutela administrativa ministerio legis como respuesta inmediata**

Cuando la Administración constata que un menor se encuentra en situación de desamparo y dicta la correspondiente resolución declarativa del mismo, asume automáticamente, por ministerio de la ley, su tutela, la llamada tutela administrativa. La extraordinaria situación de desasistencia en que se encuentra el menor justifica esta intervención urgente, que constituye una excepción a la regla general de constitución de la tutela por medio de resolución judicial —art. 208 Cc—. En cuanto tutora, la Administración ostenta la guarda del menor, la administración de sus bienes y su representación —arts. 228 y 225 Cc—. Puesto que no pueden operar simultáneamente dos instituciones tuitivas, la asunción de la tutela por la Entidad pública «lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria» —art. 172.1.3 Cc—.

### 3.1.4 La guarda administrativa como mecanismo preventivo

En relación con la otra medida que gira en torno al desamparo, la guarda administrativa —regulada en el art. 172 bis Cc—, está pensada para los casos en que el desamparo todavía no se ha producido, pero hay cierto riesgo de que se acabe produciendo, con las consiguientes consecuencias negativas para el menor y también para los padres (suspensión de la patria potestad). Los padres pueden evitarlo solicitando a la Administración que asuma temporalmente (mientras mejoran su situación) la guarda y solo la guarda de su hijo. La patria potestad se ve afectada solo en esa parcela concreta: la personal, quedando intacto el resto. Ello quiere decir que los padres siguen teniendo la titularidad de la patria potestad y siguen teniendo el ejercicio del resto de las parcelas: la patrimonial y la representación del menor. La guarda administrativa también puede ser constituida por el Juez en los casos en que legalmente proceda. La Ley 26/ 2015 introdujo alguna novedad: puso plazo a esta guarda, que no podrá exceder de dos años, salvo excepciones. Y también reguló una nueva guarda provisional que puede asumir la propia Entidad pública de oficio cuando esté investigando acerca de una posible situación de desamparo, mientras lleva a cabo las oportunas diligencias, para cumplir con su deber de prestar atención inmediata al menor —art. 172.4 Cc y arts. 14 y 14 bis LOPJM—<sup>23</sup>.

### 3.2 Intervención de la Administración en el seno familiar: la situación de riesgo

Obsérvese que la respuesta diseñada en 1987 por el legislador para hacer frente a situaciones irregulares gira en torno a la figura del desamparo e implica sacar siempre al menor de su entorno familiar, tanto si se constituye guarda como tutela administrativas. En 2015, se dio un paso más para completar el sistema —centrado hasta entonces en medidas paliativas al margen de la familia— con intervenciones

23 Sobre la guarda, *vid.* ampliamente: MAYOR DEL HOYO, M.V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Granada, 1999.

preventivas en el seno familiar<sup>24</sup>: la Ley 26/2015 desarrolló por primera en una ley estatal, en la LOPJM, la situación de riesgo, que busca ayudar a las familias a superar los problemas sin llegar a separar al menor de la misma.

Hay situación de riesgo, según el art. 17.1 LOPJM, cuando a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales, educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social, educativo, en su bienestar o en sus derechos, pero sin que la situación alcance la gravedad como para considerar que está desamparado. La LO 8/2021, de 4 de junio, ha introducido en el art. 17.2 LOPJM una extensa descripción de indicadores para valorar esta situación de riesgo: falta de atención física o psíquica, negligencia en el cuidado y seguimiento médico, castigos desproporcionados, conductas discriminatorias, sometimiento a cualquier tipo de violencia, consumo por el menor de drogas o alcohol, etc.

Cuando el menor se encuentre en alguna de estas situaciones, la Administración intervendrá adoptando medidas que garanticen sus derechos y lo protejan, pero también que disminuyan los indicadores de riesgo y que preserven el entorno familiar. Todo ello sin sacarlo de su familia y haciendo partícipes a los padres del proyecto de intervención. La ley establece que la Administración intentará consensuar con los padres el proyecto y que estos deberán firmarlo. También, por supuesto, consultará con el menor que tenga 12 años o suficiente juicio. Si los padres se niegan a la suscripción del proyecto o no colaboran posteriormente en el mismo, la situación de riesgo se declarará mediante resolución administrativa. Es decir, la primera opción es dar una solución consensuada y, solo si no es posible, se procede a la declaración unilateral por resolución administrativa —art. 17.4.5 y 6 LOPJM y Preámbulo de la Ley 26/2015—.

---

24 Sobre este paso del legislador, *vid.* extensamente PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La intervención de la Administración en la protección del menor», en *El nuevo régimen jurídico del menor: La reforma legislativa de 2015* —Dir. MAYOR DEL HOYO—, Ed. Aranzadi, 2017, pp. 102 y ss.

La ley da especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal. El art. 17.9 LOPJM establece que se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante, el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo y cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. En esos casos la Administración adoptará, en colaboración con los servicios de salud, las medidas adecuadas, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de desamparo del recién nacido.

También se prevé una solución para los casos de atención sanitaria necesaria para el menor no consentida por sus progenitores. El art. 17.10 LOPJM establece que la negativa de los progenitores a prestar el consentimiento a los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. Y establece que, en tales casos, las autoridades sanitarias pondrán esa situación en conocimiento del Juez, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que se adopte la correspondiente decisión en interés del menor. Ello ha llevado a la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la Autonomía del Paciente, que, en el art. 9.6, dispone que los representantes que deban consentir deberán decidir atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente; y que las decisiones contrarias a ello se pondrán en conocimiento del juez, directamente o a través del Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no sea posible recabar esa autorización judicial, en cuyo caso los médicos «adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».

## **IV. Integración familiar provisional durante la intervención administrativa extrafamiliar**

### **4.1 Temporalidad de las medidas**

Cuando la intervención de la Entidad pública implica la separación del menor de su familia, es decir, en los casos de tutela automática —por desamparo— o de mera guarda administrativa, aquella asume el cuidado o guarda del menor y debe elaborar un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas, incluido, en su caso, un programa de reintegración familiar —art. 19 bis. 1 LOPJM—. En ambos casos, como regla general, las medidas de guarda o cuidado deben ser de carácter temporal. En el caso de la guarda administrativa, por su propia naturaleza provisional<sup>25</sup>. Y en el supuesto de la tutela, por las razones que a continuación se exponen.

Como se ha visto, cuando, al declarar en desamparo al menor, la Administración asume automáticamente la tutela, se suspende la patria potestad, puesto que no pueden coexistir dos medidas de guarda legal. Solo es una suspensión, no una privación o extinción. La razón es que la declaración de desamparo no implica la retirada definitiva del menor, sino que solo trata de dar una respuesta urgente a la especial situación de necesidad del menor, dándose un tiempo prudencial a los padres para que, en su caso, puedan recomponer su vida.

Desde 2007 —Ley 54/2007— se otorga, en concreto, un plazo de dos años a los padres con la patria potestad suspendida para que mejoren su situación —art. 172.2 Cc—. Durante ese tiempo tienen «derecho», si han cambiado sus circunstancias, a solicitar el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de desamparo. Es decir, tienen derecho a recuperar a sus hijos. Y tienen derecho también a oponerse a las decisiones que se adopten en relación con el menor. Pasado el plazo de dos años decae su derecho de solicitud u oposición, aunque pueden informar a la entidad pública y al Ministerio Fiscal

sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo<sup>26</sup>.

Si los padres durante dos años tienen derecho, si han mejorado sus circunstancias, a solicitar el cese de la suspensión de la patria potestad y la revocación del desamparo, es decir, tienen derecho a recuperar su hijo, eso implica que la Administración debe adoptar medidas no definitivas durante ese tiempo porque, de lo contrario, no podría satisfacer tal derecho de los padres. Y solo, al transcurrir ese plazo y decaer ese derecho, la Administración queda libre para tomar medidas definitivas que favorezcan al menor.

Esta regulación ofrece seguridad a la Administración en lo que se refiere a la adopción de acuerdos definitivos sobre el menor, excluyendo la posibilidad de que, pasado el plazo determinado por la ley, se le pueda exigir responsabilidad por la adopción de medidas que impidan el retorno del menor, porque ya no existe derecho a él<sup>27</sup>. Pero no resulta del todo satisfactoria porque puede perjudicar al menor en muchos casos en los que es evidente que ya no hay marcha atrás en el desamparo, al retrasar obligatoria e innecesariamente dos años la reconstrucción de su vida, sobre todo, si se tiene en cuenta que dos años en la vida de un niño es mucho tiempo.

Por eso, la Ley 26/2015 introdujo una modificación en el art. 172.2.5 Cc estableciendo que, durante ese plazo de dos años, la Entidad pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección,

26 *Vid.* un análisis pormenorizado de esta previsión en: DE PABLO CONTRERAS, P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* —Dir. MAYOR DEL HOYO—, Ed. Aranzadi, 2017, pp. 126 y ss.

27 La Junta de Andalucía fue condenada a una indemnización de 1.703.600 euros por adoptar una medida tuitiva que impidió la vuelta de dos menores a su familia (*vid.* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de 28 de marzo de 2005, Auto de la A.P. de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 —rectificado por Auto de 14 de marzo de 2006— y STC 11/2008, de 21 de enero de 2008). También en Cataluña hubo una condena de 980.000 euros a la Administración por considerarse que constituyó un acogimiento preadoptivo sin contar con que los padres tenían voluntad de rehabilitarse (STSJ Cataluña de 30 de abril de 2010).

incluida la adopción, «cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen». Esto, ciertamente, puede beneficiar a muchos menores. No obstante, no es fácil que las Administraciones se arriesguen a hacer uso de la excepción porque no está claro qué sucede si yerran en el pronóstico: ¿les podrían pedir responsabilidad por ello?; me inclino a pensar que no, si el pronóstico era fundado, como dice la ley, aunque habría que ver qué entienden los tribunales por «fundado».

#### 4.2 El acogimiento como modo de ejercicio de las funciones tuitivas personales de la Administración

La medida temporal por medio de la cual la Administración ejercerá el cuidado del menor cuando haya asumido la guarda o tutela administrativas, salvo que en este segundo caso haga uso de la excepción del art. 172.2.5 Cc, es el acogimiento —art. 172 ter Cc—. Esta figura, introducida en el ordenamiento español con la Ley 21/1987, se desdobra en dos modalidades, dependiendo de si el sujeto activo es una familia o un centro: acogimiento familiar o acogimiento residencial.

Desde 2015, el legislador otorga preferencia al familiar. El reformado art. 12 LOPJM establece con carácter general que «[E]n las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales». En esta línea, el Código civil, en el nuevo art. 172 ter, establece que «[L]a guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial». Y el art. 21.3 LOPJM dispone que, «[C]on el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años» y prohíbe «el acogimiento residencial para menores de tres años». La prohibición se relaja con el establecimiento de dos excepciones: la primera, que la medida no convenga al interés del menor, lo cual no plantea ninguna objeción; la segunda, que resulte imposible porque

el ingreso en centro sea la única medida disponible, cosa que, desgraciadamente, sucede con frecuencia. Esta segunda excepción puede convertir la prohibición en una declaración de buenas intenciones, ya que, si hay familias dispuestas, los niños más pequeños, irán con ellas; y, si no hay, pasarán inevitablemente por centros, acogándose la Administración a la excepción de imposibilidad. Eso sí, lo positivo es que la excepción tiene una limitación temporal: «En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses».

El acogimiento familiar puede tener lugar en la propia «familia extensa» del menor o en «familia ajena» —art. 173 bis Cc—. El Código civil no otorga preferencia expresa por uno u otro tipo de familia, pero el art. 20.2 LOPJM, dedicado a la valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento, establece que, «cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje», se valorará «la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento».

Con este acogimiento familiar se trata de reproducir la vida en familia, es decir, de proporcionar una familia sustituta al menor. Dice la ley que «el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia» e «impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo» —art. 173.1 Cc, art. 20 bis. 2 LOPJM y art. 21 bis. 2 LOPJM—<sup>28</sup>.

En cuanto al acogimiento residencial, es —como he anticipado— subsidiario del familiar, dado que se aleja del ideal desarrollo del menor en familia. No obstante, ese empeño del legislador por favorecer una vida en familia, le lleva a introducir medidas para que, incluso en los casos en que el menor debe ser acogido en un

---

28 Nótese que el contenido del acogimiento familiar se identifica con el aspecto personal de la patria potestad —art. 154 Cc— y, con las oportunas adaptaciones, con el de la tutela personal —art. 228 Cc—.

centro, pueda tener experiencias familiares o similares: así, en el art. 20.1 LOPJM dispone que la Entidad pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares; y en el art. 172 ter. 3 Cc establece que, cuando beneficie al menor, podrán acordarse estancias, salidas de fines de semana o vacaciones con familias —en el mismo sentido, el art. 21.1 j) LOPJM—.

#### 4.3 Relación del menor con su familia de origen

En cuanto a la posible relación de los menores que están bajo tutela o guarda administrativas con sus padres, la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 indica que el reconocimiento internacional del derecho del niño a mantener contacto con ambos progenitores, previsto en la Convención sobre los derechos del niño, se extiende también a los menores separados de su familia por la Entidad pública, obviamente, salvo que ello sea contrario a su superior interés. Por ello, la citada ley incluyó en el art. 21 bis.1 d) LOPJM el derecho del menor acogido —con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre— a «R]elacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación».

El art. 161 Cc, modificado por la Ley de 2015, establece que la competencia para regular el régimen de visitas de estos menores con sus progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados corresponde a la propia Entidad pública<sup>29</sup>, que lo hará mediante resolución motivada. El régimen de visitas constará en el documento anexo a la resolución administrativa de formalización del acogimiento familiar —art. 20.3 d) 1º LOPJM—. Al efecto de favorecer las visitas, en la valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento

---

29 La reforma acaba con las dudas que la anterior regulación planteaba acerca de si la competencia correspondía al Juez o a la Entidad pública. Sobre ello, *vid.*, por ejemplo, MARTÍNEZ CALVO, J., «La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* —Dir. MAYOR DEL HOYO—, Ed. Aranzadi, 2017, pp. 251 y ss.

se tendrá en cuenta la disposición para propiciar la relación del menor con su familia —art. 20.2 LOPJM—. La ley vela porque el cumplimiento de este deber de facilitar las visitas no sea gravoso para los acogedores: el art. 20.2 LOPJM dispone que las visitas podrán tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora y el interés superior del menor. Por otra parte, cuando el acogimiento es residencial, se establece la obligación de potenciar las salidas de los menores en fines de semana y períodos vacacionales con sus familias de origen —art. 21.1 j) LOPJM—.

El régimen de visitas y de comunicación será revisado, al menos, cada seis meses —art. 172 ter. 2 Cc—. Y, llegado el caso, la Entidad pública podrá suspenderlas temporalmente, previa audiencia de los afectados y del menor, e informando de ello al Ministerio Fiscal. A tal efecto, se establece la obligación del director del centro de acogimiento residencial o de la familia acogedora de informar a la Administración de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. Los acogedores familiares tienen derecho a ser oídos por la Entidad pública antes de la modificación o suspensión del régimen de visitas —art. 20 bis. 1 b) LOPJM—. Y, por último, por supuesto, los afectados podrán oponerse a la resolución administrativa de modificación o suspensión conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 161 Cc—.

## **V. Reinserción familiar definitiva**

El acogimiento familiar constituido en los casos de tutela y guarda administrativas es una forma temporal de proporcionar cuidados al menor en un entorno familiar que está llamada a decaer, bien porque el menor retorna a su familia, bien porque resulta imposible el regreso y se adopta una medida familiar de carácter definitivo, como puede ser un acogimiento permanente o una adopción. Se exponen, a continuación, las distintas situaciones que pueden darse, los criterios que debe tener en consideración la Entidad pública para decidir y las medidas de reinserción familiar definitiva.

## 5.1 Análisis de los distintos supuestos de hecho y posibles soluciones

En el caso concreto de que el menor esté bajo guarda administrativa, hay que contar con que esta no puede sobrepasar los dos años de duración, salvo que el interés del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por ser previsible la reintegración en su familia en un plazo breve —art. 19.2 LOPJM—. De forma que, una vez transcurrido el plazo o, en su caso, la prórroga, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores. Si no se dieran las circunstancias adecuadas para ello, el Código civil dispone que será declarado en desamparo —art. 172 bis Cc—. Dejando aparte la incoherencia de la previsión con la configuración del desamparo como una medida fundada en la desasistencia de hecho —art. 172.1 Cc—, que en este caso no existe porque el menor estaba, precisamente, bajo la guarda de la Administración<sup>30</sup>, hay que hacer notar que, con la declaración de desamparo, el menor cambia de régimen: pasa de estar sujeto a guarda administrativa a estar bajo tutela administrativa, con todas las consecuencias que de ello se deriva. Esto quiere decir que continuará en acogimiento hasta que concluya la tutela de la Administración.

Si el acogimiento traía causa de una tutela administrativa, pueden darse distintas situaciones:

- i) Que, transcurrido un tiempo desde la declaración de desamparo, y dentro del plazo de los dos años del art. 172.2.1 Cc, los padres con la patria potestad suspendida —o tutores suspendidos— hagan uso de la facultad que les otorga el mencionado precepto y soliciten a la Entidad pública «que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela»<sup>31</sup>.

---

30 *Vid.* el epígrafe 3.1.2.

31 *Vid.* el epígrafe 4.1.

- ii) Que transcurran dos años desde la declaración de desamparo sin que el menor haya retornado con su familia, bien porque los padres —o tutores— no lo solicitaron, bien porque lo pidieron, pero la Administración consideró que no era el momento adecuado para ello. A partir de entonces, decae el derecho de los padres de solicitar el cese de la suspensión y la revocación del desamparo, aunque sí pueden informar a la Entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo —art. 172.2.3 Cc—. La Administración, en ese momento, debe decidir qué hacer con el menor: esperar, es decir, continuar con una medida temporal; o adoptar una medida definitiva que impedirá la reinserción en la familia propia.
- iii) Que, durante el plazo de los dos años, la Entidad pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, opte por adoptar una medida de protección de carácter definitivo, por existir un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen —art. 172.2.5 Cc—, en cuyo caso cesará el acogimiento temporal.

## 5.2 Criterios para la valoración administrativa

La Entidad pública, al adoptar las decisiones apuntadas en el epígrafe anterior, debe buscar siempre el interés del menor y priorizar, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia. Así lo dispone el Código civil en el art. 172 ter. Habrá que considerar que el interés al que se refiere este precepto, interpretado a la luz del art. 2 LOPJM, es el mejor o el superior. Recuértese que este art. 2 establece que «[T]odo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan», y expresamente configura este interés superior como el criterio que debe regir las decisiones adoptadas por las instituciones acerca de las medidas concernientes al menor.

Para la valoración, la Entidad pública deberá tener en cuenta los criterios generales que establece la ley para la interpretación y aplicación

al caso concreto del interés superior del menor —apartado 2 del citado art. 2 LOPJM<sup>32</sup>—, que resumidamente son:

- i) La protección del derecho a la vida y la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto de tipo material y educativo como emocional y afectivo.
- ii) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor.
- iii) La conveniencia de que la vida y desarrollo del menor tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. De especial interés es la previsión de que «[S]e priorizará la permanencia en su familia de origen» y de que «[C]uando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia». Dejando a un lado la consideración de la poca utilidad de dar criterios para interpretar el interés del menor remitiéndose a ese interés, sí conviene destacar, sin embargo, la importancia que da el legislador a la evolución de la familia, dado que —como veremos— insiste en ella en el art. 19 bis LOPJM, al regular de forma más específica la cuestión.
- iv) La preservación de la identidad integral del menor y la no discriminación.

Deberá ponderar tales criterios teniendo en cuenta los elementos generales que el mismo art. 2 LOPJM establece en el apartado 3:

- i) La edad y madurez del menor.
- ii) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación.
- iii) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

---

32 Los criterios y sus elementos de ponderación fueron introducidos en el precepto con la LO 8/2015, de 22 de julio.

- iv) La necesidad de estabilidad de las soluciones para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- v) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales<sup>33</sup>.

Estos elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor, señaladamente, el de los padres y hermanos del menor, la Entidad pública deberá priorizar las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también esos otros intereses legítimos presentes. Si no pudieran respetarse todos los intereses concurrentes, en atención a lo dispuesto en el art. 2.4 LOPJM, deberá conceder primacía al interés superior del menor sobre cualquier otro<sup>34</sup>.

Aparte de estos criterios generales del art. 2 LOPJM, la Administración deberá tener en cuenta las previsiones específicas que la ley realiza

---

33 Lo expuesto son pautas y herramientas que la ley proporciona al operador jurídico, pero no puede olvidarse que, como el Tribunal Supremo indica, el interés del menor no es algo abstracto, que pueda fijarse *a priori* de modo general para todos los menores, sino que es un «criterio valorativo circunstancial», es decir, que debe ser apreciado en relación con el menor concreto y sus circunstancias particulares. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2023 señala: «el interés del menor difícilmente puede concebirse, desde un punto de vista estrictamente abstracto o general, mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta. Dicho de otro modo, no puede fijarse a priori para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias»; y las STS de 14 de julio de 2015 y de 2 de noviembre de 2022 indican que «[E]l interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico».

34 *Vid.* al respecto la STS de 31 de julio de 2009, la STS de 17 de marzo de 2016, la STS de 21 de febrero de 2023.

al regular la tutela y guarda administrativas en el art. 19 bis<sup>35</sup>. En concreto, establece que para acordar el retorno del menor a su familia de origen es «imprescindible»: i) que se haya producido una evolución positiva de la familia, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar; ii) que se hayan mantenido los vínculos con ella<sup>36</sup>; iii) que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente; iv) y que se constate, a través del correspondiente informe técnico, que el retorno no supone riesgos relevantes para el menor.

### 5.3 Medidas de reinserción definitiva alternativas a la familia de origen

En caso de que no proceda el retorno del menor a su familia de origen, la Entidad pública adoptará una medida tuitiva definitiva que proporcione al menor otra familia en la que crecer: acogimiento familiar permanente o adopción. Solo si esto no fuera posible o resultase contrario al interés del menor, podrá constituir un acogimiento residencial —art. 172 ter Cc y art. 21.3 LOPJM—.

#### 5.3.1 El acogimiento familiar permanente: características y efectos

Esta modalidad de acogimiento está regulada en el art. 173 bis. 2 c) Cc. Su seña de identidad es su carácter permanente. La permanencia no implica que estemos ante una medida intocable o irreversible, porque cesa con la adquisición de la mayor edad e, incluso, podría cesar antes si, por la razón que fuera, el interés del menor así lo demandara. La permanencia, en cuanto que es una medida que no responde a situaciones transitorias del menor, es sinónimo de

---

35 El precepto fue incluido en la LOPJM mediante la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, e incorpora a la ley los criterios contenidos en la STS de 31 de julio de 2009. Acerca del tratamiento jurisprudencial de la materia anterior a 2015, *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor e la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Titant lo Blanch, 2014, pp. 117 y ss.

36 Sobre el régimen de relación o visitas, *vid.* el epígrafe 4.3.

estabilidad. Se trata de proteger al menor, mientras lo sea, de forma estable. Se constituye, por tanto, de forma indefinida, sin fijar plazos, ni hacer depender la duración de la medida de otras circunstancias. Y así se hará constar en el documento de formalización, en el que debe figurar la duración prevista del mismo —art. 20.3 c) LOPJM—.

Respecto a sus efectos, hay que desechar, en primer lugar, la generación de una relación jurídica de filiación. Ni los acogedores son padres, ni asumen, por tanto, la patria potestad, ni el acogido toma los apellidos de los acogedores, ni existen derechos sucesorios legales entre ellos, etc. La jurisprudencia ha dejado dicho que el acogido ni siquiera tiene derecho a la pensión de orfandad en caso de fallecimiento del acogedor<sup>37</sup>.

Los efectos del acogimiento familiar permanente son los propios del acogimiento, aunque con algún matiz. Aplicando el art. 173.1 Cc —ya mencionado en el epígrafe 4.2—, «produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral»<sup>38</sup>; es decir, atribuye a los acogedores la función de guarda del menor, que representa el aspecto personal de la patria potestad o de la tutela. Pero, además, la estabilidad de este acogimiento ha hecho que el legislador haya añadido un plus: «la Entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor» —art. 173 bis 2. c)—. Efectivamente, su carácter permanente puede hacer que, para

---

37 La STS (sala de lo social) de 3 de noviembre de 2004 deniega esta pensión a un menor sometido a acogimiento permanente del fallecido argumentando que el acogido no era hijo y que ni siquiera una interpretación integradora podría extender el art. 175.1 de la entonces LGSS al acogido, sin invadir la esfera competencial del legislador. Ello, razona el Tribunal Supremo, no atenta contra el principio constitucional de igualdad porque ambas figuras obedecen a conceptos afines, pero diferenciados: la naturaleza, constitución y efectos de una y otra son distintas y también su régimen regulador. De forma que la negativa a la pensión no es contraria a la premisa de que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas.

38 La misma previsión está contenida en el art. 20 bis. 2 a) de la LOPJM.

su adecuado ejercicio, sea necesario ampliar las facultades de los acogedores más allá del contenido personal, atribuyéndoles facultades de administración de los bienes y, en su caso, la representación del menor. Esta atribución de facultades adicionales no es automática, no se produce por ministerio de la ley, sino que solo puede tener lugar a través del Juez, previa solicitud de la Entidad pública, y, por supuesto, atendiendo al interés superior del menor.

No precisa el Código civil en qué situación queda la Entidad pública que tenía la tutela administrativa del menor tras la constitución de este acogimiento y, sobre todo, tras esa posible atribución de facultades tutelares a los acogedores. Habrá que considerar que, a pesar del carácter permanente del acogimiento, no desaparece la tutela administrativa, de forma que la Administración continúa como tutora del menor y última responsable del mismo (la propia exigencia de que la Entidad pública deba solicitar al Juez la atribución así lo revela). Y tampoco parece que la atribución de estas facultades a los acogedores haga desaparecer dicha tutela. Ello porque no estamos ante la constitución de una nueva tutela ordinaria, ni ante una atribución en bloque de todas las facultades tutelares, sino que el Juez deberá precisar qué facultades concretas otorga a los guardadores y con qué límites. Atribución que no es más que fruto de una delegación de funciones por parte de la Administración, quedando, en todo caso, esta responsable de las mismas y de su buen funcionamiento.

Queda, por último, señalar que el carácter permanente de este acogimiento no es incompatible con el derecho de visita de los padres y otros parientes. El hecho de que no esté previsto el retorno del menor a su familia de origen no implica necesariamente que no sea bueno para el menor seguir manteniendo contacto con su familia. Recuérdese que no se rompen los vínculos legales de filiación entre el menor y sus padres y tampoco se crean nuevos lazos de filiación. De forma que las visitas podrán establecerse si ello va en beneficio del menor, debiendo estar a lo que aconsejen las circunstancias del caso concreto.

### 5.3.2 Vínculo jurídico de filiación como medida definitiva alternativa: la adopción

La adopción es un instrumento de integración familiar definitiva del menor necesitado de protección por medio de la constitución de un vínculo de filiación (arts. 175 Cc y ss.). La institución presenta, por tanto, doble naturaleza: es un mecanismo de protección de menores y es también un tipo de filiación. Es decir, cuando un menor se halla necesitado de protección —en los términos expuestos en los epígrafes anteriores— porque su familia natural no puede hacer frente a su cuidado, el Derecho responde proporcionándole otra familia y para ello constituye un vínculo de filiación. Vínculo que no tiene origen en la naturaleza, sino que es creado artificialmente, pero que —como en seguida se va a exponer— produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza, y que permite al menor crecer en el seno de una familia.

Para evitar irregularidades, el legislador de 1987 desechó la idea de la adopción como negocio privado entre adoptante y progenitores<sup>39</sup> y estableció un sistema de constitución de la adopción por medio de autoridad pública: la adopción se constituye por resolución judicial y mediando una fuerte intervención y control previos de la Administración pública. La Entidad pública declara la idoneidad de los adoptantes, procede a su selección y, en su caso, constituye una guarda con fines de adopción. Esta guarda no es preceptiva, sino facultativa. Puede cumplir una doble función: puede actuar como periodo prueba; pero también puede servir para adelantar la convivencia del menor con su futura familia, evitando que, durante la tramitación, tenga que estar en un centro o en otra familia distinta<sup>40</sup>. Posteriormente, la Entidad pública presenta ante el Juez la propuesta de adopción, iniciando así el procedimiento judicial de adopción. El Juez recaba las pertinentes voluntades y cumple con el trámite

39 Cfr. Párrafo 7º del Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

40 Hasta la reforma operada por la Ley 26/2015, este periodo de convivencia anterior a la adopción era configurado como un acogimiento —el llamado «acogimiento preadoptivo»—, pero la citada ley lo transformó en una fase no obligatoria del procedimiento de adopción —atribuyéndole el nuevo nombre de «guarda con fines de adopción»—.

de audiencia, practica cuantas diligencias considera oportunas y, finalmente, si lo estima oportuno para el interés del menor, dicta resolución constitutiva.

La adopción despliega eficacia en una doble vertiente. Por un lado, como ya se ha anticipado, la adopción hace nacer una relación jurídica de filiación entre adoptado y adoptante con los mismos efectos que la filiación por naturaleza. El art. 108 Cc establece que «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos». Eso quiere decir que el adoptado toma los apellidos de los padres adoptivos, estos tienen por ley la patria potestad sobre él, nacen los correspondientes derechos de alimentos entre ellos, derechos sucesorios, etc. La relación de parentesco no solo se genera entre adoptantes y adoptado, sino también entre el adoptado y la familia de los adoptantes; de forma que –igual que ocurre cuando existe un vínculo de filiación por naturaleza– los padres de los padres adoptivos serán los abuelos, los hermanos los tíos, etc., con todos los derechos y obligaciones legales. Por ello, suele afirmarse que la adopción, más allá de conferir al adoptado un *status filii*, le confiere un verdadero *status familiae*<sup>41</sup>, lo cual es acorde con el Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 2008<sup>42</sup>. Por otro lado, como el reverso necesario de la moneda, «la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen» –art. 178.1 Cc–. La ruptura es total y definitiva. Solo es posible mantener el vínculo jurídico con la familia anterior en los supuestos excepcionales previstos en el art. 178.2 Cc: cuando se adopte al hijo del cónyuge o pareja; o cuando se adopte a un menor que tuviera solo un progenitor y así lo hubieran solicitado el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el propio progenitor.

---

41 *Vid.*, por todos: PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., *La nueva adopción*, Ed. Civitas, 1989, p. 210.

42 El art. 11.1 del Convenio establece que «en el momento de la adopción, el menor se convierte en un miembro más de la familia del adoptante o adoptantes a todos los efectos y, con respecto al adoptante o adoptantes y su familia o familias, tendrá los mismos derechos y obligaciones que los de un hijo del adoptante o adoptantes cuya filiación esté legalmente reconocida». *Vid.* el *Instrumento de Ratificación* en el BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011, pp. 77734 y ss.

La Ley 26/2015 ha introducido en el art. 178 Cc la posibilidad excepcional de que, cuando así lo requiera el interés del menor, se constituya una adopción de carácter abierto, en la que el menor adoptado pueda mantener algún tipo de contacto con su familia de origen a través de visitas o comunicaciones. Será el Juez quien, al constituir la adopción, podrá atribuir este carácter a la adopción, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal, y, por supuesto, con el consentimiento de la familia adoptiva<sup>43</sup> y del adoptando que tenga 12 años o suficiente juicio. Dicho carácter abierto no es irrevocable: el Juez puede acordar su modificación o finalización en atención al interés superior del menor<sup>44</sup>.

La novedad se introdujo con reservas por parte de la Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial, que advirtieron que era una opción que presentaba inconvenientes y sobre la que no existía consenso<sup>45</sup>. Por otro lado, las razones que alegó el legislador para justificar su inclusión en el ordenamiento jurídico español no son especialmente convincentes<sup>46</sup>. Sin embargo, a pesar de todo,

43 Según dispone el art. 178.4 Cc *in fine*, en la propia declaración de idoneidad debe hacerse constar ya si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener relación con la familia de origen, para saber si las pueden llamar o no a una adopción abierta.

44 Sobre todo ello, *vid. extensamente*: MAYOR DEL HOYO, M. V., *La adopción en el Derecho común español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 339 y ss.; y HERAS HERNÁNDEZ, M.M., *La adopción abierta*, Ed. Bosch., 2020.

45 *Vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia* –11 de julio de 2014–, pp. 75 y ss; e *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia* –30 de septiembre de 2014–, pp. 85 y 86.

46 El legislador justificó —en el Preámbulo— su inclusión indicando que es una figura que existe en otros países, como EE. UU., Canadá o Nueva Zelanda, y explicó que posibilita «que la familia de origen acepte mejor la pérdida» y que además «permite dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades».

Es cierto que este tipo de adopción está presente en otros países, pero se trata de países que cuentan con un marco legal y sociológico —o cultural— distinto al español. Por ejemplo, en EE. UU. la adopción se configura como un acto privado en el que se ponen de acuerdo los padres biológicos y los adoptantes, y en ese contexto la adopción abierta es una derivación lógica y no conflictiva del sistema. Sin embargo, en el sistema español, marcado por un intenso control de autoridad, esta modalidad de adopción no se presenta como natural o como algo a lo que aboca el sistema.

Por otra parte, en cuanto a la idea de que la adopción abierta posibilita que la familia de origen acepte mejor la pérdida, como señala ADROHER BIOSCA, la figura «no puede utilizarse

la previsión puede resultar útil en ciertos casos: en concreto, en el supuesto de niños mayores o adolescentes que en modo alguno pueden retornar a sus familias y que tienen su vida hecha con una familia acogedora desde hace tiempo, con la que viven y son felices. Cuando esos niños tienen relación o vínculos afectivos con la familia de origen, normalmente, con hermanos, y a veces con abuelos, no se constituye una adopción, por no privarles de esa relación, en cuanto que la adopción conlleva la ruptura total no solo desde el punto de vista de los vínculos jurídicos, sino también desde el punto de vista del contacto fáctico. La consecuencia es que se les impide gozar de los beneficios que les puede reportar la adopción: todos los efectos propios de la filiación. Por eso, la posibilidad de constituir una adopción abierta permite conciliar ambos intereses.

---

para que los padres biológicos no asuman que han dejado de ser padres, o como un incentivo para que las madres biológicas renuncien a sus hijos si no tienen clara la decisión de darlos en adopción» (Cfr. «La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por las Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* —Dir. MAYOR DEL HOYO, M.V.—, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 53). Por último, lo que se refiere al argumento de que permite dotar de estabilidad familiar a menores mayores o más difíciles, en realidad, este objetivo ya estaba satisfecho con el acogimiento permanente.

## ■ La situación jurídica de los niños niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal: entre el ámbito tutelar y el ámbito penal en el Perú

*María C. Barletta Villarán*

### **I. Introducción**

La atención de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal es una cuestión de histórico debate y de pendiente solución. El gran avance sociojurídico propiciado por la doctrina de la protección integral ha sido lograr diferenciar los supuestos relativos al ámbito tutelar y al ámbito penal, con relación a su naturaleza jurídica, finalidad, tipo de intervenciones y medidas aplicables.

Sin embargo, es necesario indicar que ni la legislación peruana ni la legislación comparada han logrado construir una respuesta garantista para la intervención con esta población, puesto que existen dos condiciones que se superponen: 1) el riesgo o la desprotección familiar que se derivan de los factores de riesgos existentes y 2) la infracción a la ley penal cometida prematuramente, basada en la preexistencia de factores de riesgo originados en la vulneración de derechos.

Esto se complejiza en su solución, cuando existe la comisión de un hecho penal presumiblemente atribuible en su autoría o participación, pero simultáneamente el presunto autor está exento de responsabilidad penal y ni siquiera puede ser destinatario de una investigación penal y menos aún de una respuesta penal estatal, aunque sea atenuada u originada en el control sociopenal blando. Esta exclusión del ámbito penal responde al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que basándose en lo indicado en la Regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de Beijing, señala en el artículo 40 numeral 3 a), que:

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades

e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Es decir, los Estados deberán establecer cuándo el sujeto puede ser destinatario de algún nivel de reproche social por incurrir en una conducta ilícita. De esta manera, la Corte Suprema en la sentencia CAS N.º1316-2020 LIMA SUR ha sido explícita al indicar que:

...pero si cometen un delito antes de adquirir los catorce años, el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerados responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior del niño.

Entonces, la aplicación de medidas especiales de protección se encuentra supeditada a lo requerido en cada caso concreto, debiendo evaluarse la estrategia de protección de manera diferenciada. Así, al haber mencionado las cuestiones preliminares de discusión, en este artículo se busca aproximar a una propuesta de solución integral, garantista y conforme a los planteamientos de la doctrina de la protección integral para atención a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal. Para ello, se utilizarán prioritariamente algunas ejecutorias supremas representativas, que nos muestran la orientación de la Corte Suprema para analizar y resolver sobre esta cuestión.

## **II. Respuesta jurídica a los menores de catorce años que infringen la ley penal**

En cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>47</sup>, el entonces gobierno

---

47 Tratado de Derechos Humanos que es parte de nuestro sistema jurídico peruano con rango constitucional según el artículo 55 y la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Estado peruano.

de turno del Estado peruano promulgó el primer Código de los Niños y Adolescentes<sup>48</sup>, que buscó recoger los principios y exigencias normativas de la doctrina de la protección integral.

El texto de la mencionada normativa refirió en su momento que: «[e]l niño menor de 12 años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código» (artículo 208) y se indicaba que «[a]l niño que requiera protección y al niño que cometa infracción le corresponde las medidas de protección señaladas en este capítulo. Dichos niños serán conducidos al juez» (CNA, artículo 264), para luego señalar la competencia de la autoridad judicial para aplicar cualquiera de las medidas de protección (CNA, artículo 265).

Es decir, la atribución legal de competencia a la autoridad judicial para dirimir la medida de protección se ha mantenido actualmente en el artículo 242 del Código de Niños y Adolescentes vigente. Asimismo, no ha existido mayor innovación en las medidas de protección establecidas. Esto demuestra un anquilosamiento de al menos veinte años por parte de las instituciones, pese a los distintos cambios legislativos en el ámbito tutelar y esta situación evidencia la escasa voluntad política para atender esta temática sustancial. Esto finalmente impacta en la ausencia de intervenciones efectivas para revertir los factores de riesgo subsistentes en niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal.

Haciendo una revisión de la *ratio legis* del artículo en mención, debemos situarnos en una interpretación histórica, que corresponde a los planteamientos de la doctrina de la situación irregular (Barletta, 2017), la cual fuera incorporada en las legislaciones de menores previas a la Convención sobre los Derechos del Niño y que se caracterizaron por lo siguiente:

1. Los *menores en situación irregular* fueron aquellos que no estuvieron regidos por el control social informal (familia, escuela), que incluía supuestos de menores en estado de abandono y así

48 Decreto Ley 26102 fue promulgado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 1993

también, menores con experiencias tempranas de trasgresión a la ley penal.

2. Los menores que trasgredían la ley penal eran considerados inimputables (no importando su edad) y por lo tanto destinatarios de medidas de protección. Las cuales implicaban prioritariamente su reclusión en centros de corrección.
3. El Estado justificó su intromisión en la vida familiar y privada del menor, como estrategia preventiva para evitar futuras desviaciones en su conducta. En términos generales el análisis se focalizó en un derecho penal de autor, es decir no importaba lo que hubieran hecho sino lo que pudieran hacer a futuro, poniendo en riesgo los bienes jurídicos tutelados en la sociedad.
4. El juez de menores intervenía y como autoridad judicial buscaba resolver asuntos sociales en los juzgados. Esto queda claramente demostrado, en lo que indicaba el modificado literal 3 del artículo 423 del Código Civil de 1984, que al aludir a los deberes y derechos de la Patria Potestad señalaba: «Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.»

Es decir, el Estado se encontraba autorizado a reemplazar la función de los padres, buscando contribuir al proceso de socialización de los menores, justificado en un enfoque asistencialista y paternalista.

5. Entre las críticas esgrimidas sobre este sistema, se recogieron estudios que demostraban que la menor inversión en programas sociales originaba mayor intervención judicial. De esta manera, cuestiones que debieron resolverse restituyendo derechos en los «menores en situación irregular», fueron judicializados tergiversando la función judicial.
6. La protección prodigada a los menores en situación irregular careció de un enfoque garantista, puesto que no se direccionó a

la restitución del ejercicio de derechos y justificó una excesiva e ilegítima intervención estatal.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N.º 17, considera el contenido de la protección especial referida por el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y logra recoger algunas características de la protección en base a los principios y planteamientos actuales de la Doctrina de la Protección Integral, refiriéndose entre otros argumentos a los siguientes:

1. Reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar efectivamente sus derechos
2. Dejar atrás la *judicialización* de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran vulnerados (el resaltado es nuestro)
3. Adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren, considerando el consentimiento del niño y de su grupo familiar.

Es decir, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos logra enfatizar en la desjudicialización de asuntos sociales. Se trata, pues, de una cuestión principal para el análisis de la problemática, lo que fuera desconocido por el Estado peruano desde la promulgación del primer Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N.º 26102), que mantuvo esta característica de la Doctrina de la Situación Irregular, consistente en la intervención innecesaria de una autoridad judicial para resolver asuntos de contenido inminentemente social, puesto que corresponde la aplicación de programas sociales por las autoridades sectoriales del Estado.

### **III. Argumentos jurídicos para excluir a los menores de catorce años de responsabilidad penal**

Existen distintos argumentos jurídicos para justificar por qué un niño o un adolescente menor de determinada edad podría ser eximido de responsabilidad penal, inclusive la más atenuada que corresponde al derecho penal juvenil<sup>49</sup>.

Sin embargo, todo responde a decisiones político-criminales del Estado. Es decir, la determinación de edades para otorgar, eximir o atenuar la responsabilidad penal corresponde a los intereses de los gobiernos de turno y a los compromisos asumidos frente a la comunidad internacional.

A pesar de ello, exponemos a continuación los principales argumentos esgrimidos en las ejecutorias supremas seleccionadas para el análisis:

#### **a. Falta de capacidad<sup>50</sup>**

En términos generales, en las distintas ejecutorias supremas, se considera a los menores de catorce años exentos de responsabilidad penal por carecer de capacidad para comprender el acto ilícito de su conducta, por lo tanto, debe seguirse un proceso de naturaleza tutelar a efecto de dictarse las medidas de protección y no podrá ser juzgado ni privado de libertad, pese a la sindicación de haber cometido un acto punible.

En consecuencia, en nuestro sistema normativo los niños y adolescentes por debajo de los catorce años carecen de capacidad para infringir las leyes penales, establecer lo contrario implicaría una desviación de la justicia predeterminada por la ley y por la Convención sobre los Derechos del Niño. La alusión a la ausencia de capacidad está referida a...

---

49 Respuesta normativa diferenciada para los mayores de 14 años y menores de 18 años, conforme lo establecido en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (D.L. N.°1348)

50 Considerando 5 de la Casación N.°1316-2020 Lima Sur y CAS N.°1322-2020 Lima Sur y el Considerando 2 de la Casación N.°1314-2020 Lima Sur.

...falta de madurez mental y capacidad cognoscitiva y volitiva suficientes para darse cuenta del carácter antijurídico de su conducta o para poder determinarla conforme a tal apreciación, de forma que aun cuando hayan incurrido en una conducta típica y antijurídica, no están sujetos al régimen jurídico especial de justicia penal juvenil y menos aún al sistema penal para adultos<sup>51</sup>.

Este argumento está claramente respaldado en lo indicado por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que en el fundamento segundo de la Observación General N.º 24 de la Comité de Derechos del Niño (2019) señala:

Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. *Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.»* (resaltado nuestro)

Sobre el particular, resulta de especial relevancia, lo indicado por el Comité de Derechos del Niño, por referirse a los efectos criminógenos de relacionar al niño con el sistema de justicia penal, afectando de manera decidida la construcción de su identidad prosocial.

## **b. Intervención diferenciada del ámbito penal<sup>52</sup>**

La confusión entre el ámbito tutelar y penal buscó ser superado por la doctrina de la protección integral contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido explícita al señalar en la Opinión Consultiva N.º 17, que resulta imperativo:

---

51 Considerando 5 de la Casación CAS N.º1316-2020 Lima Sur.

52 Considerando 3 del CAS N.º1314-2020 Lima Sur.

... no vincular el sistema penal juvenil a los menores de catorce años de edad. Optar por otro camino supondría que de manera indirecta se incorpore a menores de dicha edad al sistema penal juvenil, sin percatarse que se trata de normas de contenido especial, que ellas se encuentran en modificación e implementación y que establecen, además una estructura orgánica propia de un proceso penal.

Los efectos lesivos del derecho penal se constituyen en un argumento importante para mantener a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años fuera de cualquier respuesta penal. Sin embargo, esto no implica dejar de poner atención al surgimiento de trayectorias delictivas en edades tempranas. Sobre el particular, Pérez-Luco, Lagos y Baez, señalan que estas pueden ser definidas como un proceso que impacta en la desvinculación de los espacios de socialización normales. Estos, más bien, asumen comportamientos de riesgo y experiencias que les producen gratificación y que contravienen lo socialmente esperado. Su repetición refuerza y especializa la conducta infractora y, por lo tanto, contribuye a la construcción de una identidad delictiva. Este proceso podría ser inicial, episódico o progresivo, pero siempre refieren a desajustes entre las demandas y respuestas, es decir, entre los factores de riesgo, las necesidades criminógenas y los recursos (Pérez-Luco, 2012).

Sobre el particular los factores de riesgo y factores de protección son mencionados en la normativa penal juvenil<sup>53</sup> (artículo 2), ya que existen suficientes evidencias, para analizar las condiciones que, en cada caso concreto, podrían haber favorecido a la trasgresión a la ley penal. Por ello, es necesario destacar que la intervención para superar factores de riesgo tiene una dimensión eminentemente multidisciplinar. Sobre la base de ello deberá ser un órgano especializado en evaluaciones sociofamiliares quien favorezca la determinación de la mejor estrategia para la elaboración de un plan de trabajo individual.

---

53 Artículo 2 del D.S. N.º004-2018-JUS. Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Al respecto la Corte Suprema, se viene pronunciando de la siguiente manera:

... Por lo que se refiere a los niños (menores de catorce años), en virtud del artículo 3 de la Ley, aun cuando realicen un hecho tipificado como infracción penal, no responderán conforme a la misma, sino que se aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. En estos casos, el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores (...) a fin de valorar su situación, *y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel...*<sup>54</sup> (subrayado nuestro)

Esto denota que no será requerido la intervención de una entidad judicial; bastará con que asegure una evaluación integral por parte de una instancia administrativa.

### **c. Requerimiento de una Edad Mínima para otorgar responsabilidad penal**

La decisión política de la edad a partir de la cual se atribuirá responsabilidad penal compete exclusivamente al Estado, que en cumplimiento de su compromiso internacional asumido con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y lo señalado en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, deberá brindar a los niños una protección especial.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

... la protección especial parte de reconocerlas como personas y está encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (doctrina de la «protección integral»). De este modo, la protección especial a favor de niños y adolescentes está encaminada a fortalecer y permitir el despliegue de capacidades,

---

54 Décimo Tercero Casación CAS N.º1316-2020 Lima Sur y en la CAS N.º1314-2020 Lima Sur

así como a promover su bienestar, y jamás a su anulación o subordinación.<sup>55</sup>

En consecuencia, los niños son destinatarios de una doble protección: aquella que les corresponde en su condición de persona y la adicional, que busca responder a su condición de niño<sup>56</sup>, merecedor de un trato diferenciado, a fin de resguardar de manera integral sus derechos y garantizar su desarrollo integral. Siendo fundamental establecer con claridad esta exigencia de su resguardo por tratarse de un sujeto en desarrollo, altamente sensible y vulnerable a los efectos lesivos del derecho penal, aunque tenga carácter atenuado.

Por otro lado, en la actualidad, la interpretación y aplicación del principio jurídico del Interés Superior del Niño<sup>57</sup> permite ponderar sus derechos e intereses frente a terceros, inclusive del propio Estado. Por lo tanto, el nivel de afectación de un bien jurídico no podrá ser excusa para justificar la aplicabilidad del ámbito penal en el niño, por más leve que sea. Sobre el particular, la Corte Suprema se ha pronunciado indicando lo siguiente:

... exige, como tal, considerar caso a caso, los hechos y la situación del menor afectado; elegir, entre las múltiples posibilidades interpretativas, la situación que más conviene a su cuidado, protección y seguridad; y adoptar una decisión que estime las posibles repercusiones en él.<sup>58</sup>

#### **IV. Argumentos para inaplicar el D.L. N.º 1297<sup>59</sup>**

En ejecutorias supremas es posible recoger argumentos que han sido esgrimidos y sustentados para la inaplicación del D. L. N.º 1297 en el

---

55 Sentencia del Tribunal Constitucional del EXP N.º 02018-2015-PA/TC.

56 Artículo II y IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N.º 27337).

57 Ley N.º 30466 y su reglamento D.S. N.º 002-2018-MIMP.

58 Considerando Primero de la CAS N.º 1314-2020 Lima Sur

59 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 30 de diciembre de 2016, en función de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo, mediante Ley N.º 30506.

supuesto de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años y que infringen la ley penal, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

**a. El D. L. N.º 1297 refiere exclusivamente a casos de protección**

Las Naciones Unidas lograron plasmar en la Convención sobre los Derechos del Niño, la diferenciación entre el supuesto que un niño requiere protección del Estado o, cuando es necesaria, una intervención educativa en el niño que ha infringido la ley penal, para conseguir el respeto a los derechos y libertades de terceros.

Sobre el particular, la Corte Suprema refiere que:

... debe indicarse que el Decreto Legislativo N°1297 está previsto para los casos de protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, como lo precisa y establece el artículo primero de la referida ley, por lo que no es de aplicación en la presente causa...<sup>60</sup>

Sin lugar a dudas, la mencionada normativa tiene como supuesto la situación de las niñas, niños o adolescentes que carecen de cuidados de parentales o que teniendo a sus padres, estos no cumplen las condiciones para desempeñar funcionalmente su obligación de crianza en sus hijos; sin embargo, es posible precisar que los factores de riesgo que ocasionan tempranamente la infracción a la ley penal, responde prioritariamente a factores de riesgo vinculados a la carencia de una familia funcional para su cuidado y atención.

Adicionalmente, las mencionadas ejecutorias supremas agregan que el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes es explícito para los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal. Asimismo, se señalan medidas de protección para estos, las que deben ser dictadas por una autoridad judicial. De esta manera, se excluye la posibilidad de aplicar el D. L. N.º1297.

---

60 CAS N.º1314-2020 Lima Sur y CAS N.º1322-2020 Lima Sur

## **b. Necesidad del principio de indelegabilidad de funciones del Poder Judicial<sup>61</sup>**

Se establece que es competencia de los juzgados de Familia o Mixto resolver en relación con los menores de catorce años que infringen la ley penal. Sobre el particular la Corte Suprema indica que:

...menos aún corresponde la intervención del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social a efectos de emitir pronunciamiento y resolver el caso; por cuanto el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes es muy claro al señalar que el competente en resolver la pretensión y medidas de protección es el Juez de Familia<sup>62</sup>.

Asimismo, se hace necesario mencionar lo indicado por el artículo 53 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la competencia de los juzgados especializados en familia. Ahí se señala que: «Los juzgados de familia conocen (...) en materia de infracciones: a) Las infracciones a la ley penal cometidas por niños y adolescentes como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta.»

Esta cuestión es respaldada con el argumento<sup>63</sup> que resulta imperativo un proceso especial para acreditar la participación del adolescente o niño en el acto infractor como autor o partícipe, que consecuentemente deriva en la adopción de la medida de protección que resulte más idónea para este.

Sobre el particular, en su momento llegó a plantearse contienda de competencia entre los juzgados de familia con competencia tutelar y competencia penal, como sucediera en el caso tramitado ante la Sala Transitoria de Familia de Lima con el Expediente N.º224-2007, en que se resolvió invocando los principios de jurisdiccionalidad, especialidad y legalidad, a favor del juzgado de familia con competencia

61 CAS N.º1322-2020 Lima Sur

62 Décimo Cuarto Considerando de la Casación N.º1316-2020 Lima Sur

63 Casación N.º3091-2017

penal. Cuestión que creo precedente para mantener la resolución de infracciones a la ley penal cometidas por menores de catorce años dentro de la competencia penal de los juzgados de familia.

Así también, sobre el particular, la Corte Suprema señala lo siguiente:

... la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de urgencia N.º001-2020, en su primer párrafo estableció. «Tratándose de la niña o niño que cometa una infracción a la Ley Penal, se rige por lo previsto en el Capítulo VII del Título II del Código de los Niños y Adolescentes a cargo del Juzgado de Familia o Mixto.<sup>64</sup>

Esto resulta de especial preocupación, puesto que la ejecutoria suprema agrega que:

A su vez, el tercer párrafo de disposición establece: «(...) El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) es competente para aplicar medidas de protección a niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de desprotección familiar, *siempre que no han infringido la ley penal* (subrayado es nuestro).

El juez de familia con competencia penal queda a cargo, pero simultáneamente, se relaciona la intervención judicial con la exclusión del MIMP en el cumplimiento de su función de resguardar la situación de riesgo o desprotección familiar en los niños, niñas o adolescentes que infringen la ley penal. Esta cuestión origina el incumplimiento de los planteamientos de la Doctrina de la Protección Integral, los cuales constituyen el contenido de la normativa constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo tanto, no abrir investigación judicial al otorgarle competencia al MIMP importa la vulneración del principio de indelegabilidad de la función jurisdiccional atribuida por ley a los jueces en estos

---

64 Esto se encuentra indicado en el literal c) del artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes, que señala entre las funciones del juez de familia: Disponer las medidas socioeducativas y de protección en favor del niño o adolescente, según sea el caso.

casos. Sin embargo, la propia Corte Suprema señala que según las «...particularidades del caso, puede requerir la intervención, apoyo, colaboración de la entidad administrativa para aclarar algún aspecto o en la efectivización de las medidas de protección...»<sup>65</sup>. Es decir, no es posible desconocer el riesgo que las medidas queden planteadas como mero formalismo, siendo necesario intervenciones de entidades administrativas que no sólo garanticen su implementación, sino también su supervisión y seguimiento.

## **V. Argumentos a favor de la aplicación del D.L. 1297**

De las distintas ejecutorias supremas se han recogido argumentos mayoritariamente de las instancias de mérito a favor de aplicar el D.L. N.º 1297 en el supuesto de los menores de catorce años que infringen la ley penal. De los cuales, señalamos dos:

### **a. Promover la acción penal acarrea nulidad**

Dando cumplimiento a lo indicado en esta normativa internacional, distintas ejecutorias supremas recogen el Pleno Jurisdiccional de Familia de Ica<sup>66</sup>, que acordara por mayoría que, por debajo de los catorce años, debe presumirse que los niños son inimputables, en consecuencia, el auto que promueve la acción penal debe originar nulidad, en la medida que resulta insalvable, conforme lo señalado en los artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil, que son de aplicación supletoria. Por lo tanto, las medidas de protección que resulten necesarias se aplicarán a través de un proceso de naturaleza tutelar, siendo de aplicación el Decreto Legislativo N.º1297.

Entonces, no corresponde someterlos a un proceso por infracción a la ley penal, debiendo aplicárseles medidas de protección a través de un proceso tutelar por una instancia administrativa. Asimismo,

---

65 Quinto Considerando de la Casación N.º 278-2020 Lima Sur.

66 Realizado el 20 y 21 de setiembre de 2018.

no corresponde la imposición de medidas de protección por presunta infracción a la ley penal.

#### **b. El D.L. N.º1297 y la disminución de los factores de riesgo**

Otro argumento es que mediante Decreto Legislativo N.º1297 se ha establecido un marco legal de protección para las niñas, niños y adolescentes que se encuentran sin cuidados parentales o en riesgo de perderlo, destinado a brindar apoyo a las familias para que cumplan su rol protector y no los expongan o vulneren sus derechos, eliminando o disminuyendo así los factores de riesgo que los haga víctimas de violencia o los convierta en posibles adolescentes en conflicto con la ley penal.<sup>67</sup> Ahondando en esta postura la Corte Suprema<sup>68</sup> señala que

El D.L. N.º1297 (...) ha introducido una política pública de prevención social a niñas, niños y adolescentes, en condiciones de vulnerabilidad, cuyas circunstancias del entorno social familiar son causas que en muchos casos ponen a los menores de edad en conflicto con la ley penal.

Este pronunciamiento está inspirado en lo indicado en los considerandos del D.L. N.º 1297, que se constituye en la *ratio legis* de la norma, puesto que explícitamente determina que entre las causas de la inseguridad ciudadana se halla la desprotección familiar en la niñez y adolescencia.

Esto es claramente constatable cuando se recoge información sobre las características de las condiciones sociales y familiares de los adolescentes que se encuentran privados de libertad. Información especialmente relevante, según el aporte de la Criminología del Desarrollo, al señalar que el sujeto se hace delincuente por una serie de factores de riesgo que interactúan de manera compleja en su historia de vida. En consecuencia, la situación de riesgo o

---

67 Casación N.º1314-2020 Lima Sur

68 Casación N.º1314-2020 Lima Sur

desprotección familiar es un factor de riesgo para desencadenar conductas tempranas de transgresión de la ley penal.

Recogiendo estadísticas construidas sobre la base de la encuesta aplicada por el Programa Nacional de Centros Juveniles (Pronacej) en los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima en el año 2022 (Indaga & Pronacej, 2023), se verifica que:

1. El 59.5 % de los encuestados tienen dieciocho años o más; sin embargo, el 63,3 % tiene secundaria incompleta. Para ello debe considerarse la repitencia escolar que compromete al 59 % de la población, de la cual el 32.4 % ha repetido más de una vez.
2. El 56.8 % inicia en el consumo de drogas aproximadamente entre los doce y catorce años. Asimismo, el 29,5 % consumía a diario; el 23,9 % de dos a seis veces a la semana y el 23,3 % semanal. Esto refiere a un consumo problemático de drogas por parte de un grupo importante de adolescentes.
3. El 82.2 % de los jóvenes entrevistados indicó trabajar antes de ingresar al Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación, con lo que ayudaban a solventar sus necesidades básicas. Sobre el particular, el 70.1 % indicó que les alcanzaba el dinero.
4. El 54 % indicó haberse fugado de su casa antes de los quince años, mientras que el 67.8 % señaló que sus mejores amigos cometían o cometieron infracciones contra la ley.
5. El 46.8 % señaló que un miembro de su familia o cuidador estuvo en un establecimiento penitenciario o centro juvenil, de los cuales mayoritariamente fueron sus tíos, tías o papás.
6. El 61.6 % señaló la existencia de pandillas o bandas delictivas en el barrio o lugar donde vivía. El 48.9 % de las y los encuestados refirió conocer casos notorios de crímenes o delitos cometidos en el lugar donde vivía.

De la información analizada se identifican factores de riesgo que preexistieron a la infracción a la ley penal y que pudieron

prevenirse con una intervención diligente del Estado peruano, entre los cuales identificamos: la deserción o el abandono escolar, el consumo problemático de drogas, el trabajo prematuro en malas condiciones, fugas de la casa, malos referentes familiares, entorno social favorable a la delincuencia.

Todos los factores de riesgo nos orientan a la exigencia de la actuación del Estado mediante políticas estatales, que sean implementadas en programas sociales como parte de la ejecución de medidas de protección social o judicial, lo fundamental es fortalecer la familia como espacio protector, según lo indicado en el D. L. N.º 1297.

## **VI. Híbrido de aplicación que desnaturaliza el ámbito de protección**

Al no encontrarse esclarecido el ámbito de protección como prioritario para la población de menores de catorce años que infringe la ley penal, se identifican pronunciamientos de la Corte Suprema en que se han aplicado confusamente normas e instituciones que corresponden al ámbito penal juvenil.

En la ejecutoria suprema<sup>69</sup> se cita el artículo 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que refiere a la finalidad educativa del ámbito penal juvenil, y que en nuestra normativa nacional tiene como destinatarios a los mayores de catorce años y menores de 18 años, en caso de infracciones leves y hoy en base a la Ley N.º 32330 se atribuye responsabilidad penal ordinaria a los mayores de 16 años, cuando han cometido infracciones graves.

Sin embargo, la Corte Suprema prioriza en su análisis la condición de infractor a la ley penal en los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años, en vez de atender la condición de vulneración de derechos que se encuentra implícita en los factores de riesgo que desencadenaron el hecho infractor. Al respecto sobre el particular se pronuncia:

---

69 Casación 1355-2020 Lima Sur

En tal contexto normativo corresponde aplicar la norma del artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con las normas del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, llevando un proceso acorde con el fomento de su dignidad y el valor que fortalezca el respecto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales, se tenga en cuenta la edad del niño, la importancia de promover la reintegración y que asuma una función constructiva.

En consecuencia, se relacionan dos artículos de ámbitos jurídicos diferenciados, puesto que el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes corresponde al ámbito de protección y el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño al ámbito penal juvenil.

A continuación, la misma ejecutoria suprema se refiere a las garantías establecidas legalmente para disminuir o detener el rol persecutor del Estado ante un supuesto de transgresión a la ley penal por un adolescente.

... deben garantizar en particular, que no sean denunciados por actos u omisiones que no se encuentren prohibidas en las leyes, ello conforme al principio de legalidad; que se le garantice en el proceso, la presunción de inocencia, la información sin demora y directa, o por intermedio de sus padres o representantes legales, de los cargo en su contra, la asistencia jurídica y otras apropiadas en la preparación y presentación de su defensa; que la causa sea dirimida sin demora por la autoridad judicial competente, independiente, e imparcial en una audiencia equitativa conforme a ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado, no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable, que le garantice que podrá interrogar, o hacer que interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad, los recursos que le permitan acceder a un órgano judicial superior competente, contar con la asistencia gratuita de un intérprete cuando sea requerido, que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento...

Este segundo párrafo citado, nos revela la gran confusión que se genera. Entonces corresponde preguntarnos: ¿en qué ámbito nos encontramos en protección o penal juvenil? Si bien es cierto, el proceso tutelar podrá contar con sus propias garantías, pero las mencionadas en esta ejecutoria suprema refieren innegablemente a limitar la actuación del Estado en la persecución de la infracción a la ley penal. Este resulta ser el principal riesgo de no atribuir o afianzar la estrategia de protección a las niñas, niños y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal.

## **VII. Medidas de protección aplicables a los menores de 14 años que infringen la ley penal**

Distintos artículos del Código de los Niños y Adolescentes refieren a la condición jurídica especial de los menores de catorce años, y que son destinatarios de medidas de protección, tal y como ha sido establecido. En el artículo IV del Título Preliminar se indica que: «En caso de infracción a la ley penal, el niño y el adolescente menor de catorce (14) años será sujeto de medidas de protección ...».

Asimismo, el artículo 184 sostiene que: «El niño o adolescente infractor menor de catorce (14) años, será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código». Las medidas de protección han sido establecidas en la lista taxativa del artículo 242 de la citada normativa, que contiene:

- El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y
- Atención integral en un establecimiento de protección especial.

Además, se señala que será el juez especializado el encargado de aplicar las medidas de protección por el niño o adolescente haber cometido una infracción a la ley penal. De la lectura de las medidas de protección, puede fácilmente relacionarse la naturaleza jurídica de las dos primeras con medidas de protección social, mientras que las dos segundas con medidas de protección judicial conforme lo dispuesto por el D.L. N.º1297, puesto que estas últimas refieren al retiro del niño, niña o adolescente menor de catorce años de su propia dinámica familiar.

### **VIII. Propuesta por discutir**

1. Los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que trasgreden la ley penal tienen presumiblemente una situación de riesgo o desprotección familiar, conforme los supuestos preestablecidos en el D.L. N.º1297. La disfuncionalidad familiar, sea cual sea el supuesto, denota una afectación en el proceso socialización del individuo y, por lo tanto, lo predisponen a cometer conductas antisociales.

En consecuencia, no será la infracción a la ley penal la cuestión principal de investigación, sino fundamentalmente la afectación de derechos en los niños, niñas y adolescentes, constituyéndose la infracción a la ley penal solo en un indicador de la necesaria intervención tutelar.

2. La intervención de la autoridad judicial se encuentra también contemplada en el D.L. N.º1297, pero solo ha sido constreñida a la configuración de supuestos en que los responsables del niño incurrir en acciones u omisiones que colocan al niño en especial vulnerabilidad de volver a sufrir nuevos actos vulneración de sus derechos, demostrando plenamente que es un espacio no funcional, el cual justifica el retiro del niño de su propia dinámica familiar por encontrarse en desprotección familiar provisional o permanente (no definitiva).

3. Si bien es cierto que la intervención judicial del D.L. N.º1297 ha sido incorporada para ratificar o variar la condición de desprotección familiar del niño o las medidas de protección que se derivan. Esto, sin embargo, no contradice el artículo 242 vigente del Código de los Niños y Adolescentes, pero si es contraria a lo indicado en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye equivocadamente competencia al juez de familia que conoce las materias de infracción a la ley penal, vulnerando el principio de especialidad.
4. Aplicar el D. L. N.º 1297 favorece a la ampliación de las medidas de protección contempladas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes, favoreciéndose la aplicación complementaria de ambas normativas, brindando en consecuencia, más opciones para determinar el interés superior del niño según la casuística conocida.
5. No todos los casos de niños, niñas o adolescentes menores de catorce años requieren la aplicación de medidas de protección judicial, siendo en consecuencia, necesario destacar el gran aporte del D.L. N.º1297 para favorecer la incorporación de medidas de protección social, cuando encontrándose en riesgo, la familia todavía cuenta con factores de protección para revertir factores de riesgo.
6. La Unidad de Protección Especial (UPE) no puede omitir dar cumplimiento a sus funciones, conforme lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú para brindar protección especial a los niños y adolescentes, así también es aplicable el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño que incorpora la obligación de los Estado de respetar los derechos enunciados en esta norma internacional y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna.

En consecuencia, no implementar una estrategia de protección por el niño, niña o adolescente por haber incurrido en infracción a la ley penal, conforme lo autoriza el artículo 100 del Reglamento

del D.L. N.º1297 y la Disposición Decimocuarta, Disposición Complementaria Final del D.U. 001-2018-MIMP, constituye un acto de discriminación (Barletta, 2022) denunciable para el Estado peruano, en aplicación del tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a comunicaciones.<sup>70</sup>

7. La pretendida reparación civil a las víctimas no puede ampararse en la apertura de investigación y juzgamiento a un niño, niña o adolescente menor de catorce años (que se constituye en un sujeto inimputable), sino que esto deberá ser ventilado en un proceso judicial de indemnización por daños y perjuicios dirigido a los padres, por haber omitido cumplir con sus deberes que se originan en el ejercicio de la patria potestad.

En consecuencia, como se desprende de lo afirmado por la Corte Suprema:

Si resulta necesario la realización de un proceso especial de naturaleza protectora como lo es el proceso tutelar para dictar medidas de protección en el que se puede dilucidar los hechos investigados y la intervención o no del menor en los mismos, y de ser el caso disponer las medidas de protección previstas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes<sup>71</sup>.

## Conclusiones

1. El tipo de intervención con menores de catorce años que infringen la ley penal es una cuestión todavía pendiente de solución, pese a los importantes avances de la diferenciación entre el ámbito

---

70 Desde el 6 de enero del 2016, el Estado peruano se obliga con este protocolo al haber procedido a su ratificación. El Comité de los Derechos del Niño atiende demandas cuando el sistema jurídico nacional no ha podido ofrecer una solución efectiva. Puede atender una queja ante cualquier derecho vulnerado contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los dos otros Protocolos Facultativos: Venta de Niños, Prostitución y Pornografía y el de involucramiento de Niños en los Conflictos Armados.

71 Casación 278-2020 Lima Sur

tutelar y penal aportados por la Doctrina de la Protección Integral contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. La atribución legal de competencia a la autoridad judicial para resolver sobre los menores de catorce años que infringen la ley penal, se ha mantenido por aproximadamente 20 años, desde la vigencia del primer Código de los Niños y Adolescentes, como influencia de la derogada doctrina de la situación irregular.
3. La doctrina de la situación irregular otorgó amplias facultades a los jueces de menores para resolver asuntos sociales, judicializando cuestiones que debieron ventilarse en instancias administrativas. Esto ha sido parte de los nudos críticos identificados por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N.º 17.
4. La determinación de la edad que origina responsabilidad penal atenuada y bajo la cual el niño o adolescente es inimputable es una decisión de carácter político; sin embargo, hay cuestiones que son valoradas para su justificación, como son la falta de capacidad, la intervención diferenciada del ámbito penal y la obligación del Estado de fijar una edad mínima.
5. La intervención deberá estar focalizada en intervenciones multidisciplinarias para superar los factores de riesgo que contribuyeron a la infracción a la ley penal, debiendo aplicarse medidas de protección adecuadas a las circunstancias del niño, niña y adolescente menor de catorce años que infringió la ley penal.
6. El requerimiento de una edad mínima para otorgar responsabilidad penal tiene como sustento la protección especial que corresponde prodigar al Estado y a la vigencia de su interés superior, al sostenerse que el nivel de afectación de un bien jurídico no podrá ser excusa para justificar la aplicabilidad del ámbito penal, por más leve que sea, en el niño o adolescente menor de 14 años.

7. Entre los argumentos de ejecutorias supremas para la inaplicabilidad del D.L. N.° 1297 se encuentran que la normativa refiere exclusivamente a casos de protección y, asimismo, el principio de indelegabilidad de las funciones del Poder Judicial.
8. El principio de indelegabilidad de las funciones del Poder Judicial se vincula con la negativa del MIMP, como instancia administrativa, de dictar medidas de protección, conforme lo establecido por el reglamento del D.L. N.° 1297 y lo señalado en la Disposición Decimocuarta, Disposición Complementaria Final del D.U. 001-2018-MIMP.
9. Entre los argumentos para la aplicabilidad del D.L. N.° 1297 establecidos por instancias de mérito, se indica que promover la acción penal acarrea nulidad y esta normativa favorece a disminuir los factores de riesgo que contribuyeron a la infracción a la ley penal por los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años.
10. Los factores de riesgo identificados en los adolescentes en conflicto con la ley penal, se encuentran mayoritariamente vinculados a la ausencia de una familia funcional, lo que impactó en la fundamentación de una intervención especializada de prevención social, contenida en el D.L. N.° 1297.
11. Las dificultades para apartar al menor de catorce años que infringe la ley penal del ámbito penal juvenil, viene ocasionando que ejecutorias supremas incluyen argumentos que mezclan el ámbito tutelar con el ámbito penal y, en consecuencia, el objetivo sea probar la infracción a la ley penal cometida en vez de atender los factores de riesgo, mediante la restitución del ejercicio de derechos.
12. En consecuencia, se hace necesario afianzar la estrategia de protección con respecto a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que hayan infringido la ley penal, se debe alejarnos del ámbito penal (aunque sea atenuado), de lo contrario la orientación jurisprudencial progresivamente establecerá canales de conexión sobre dos ámbitos que son claramente diferenciados

como son el tutelar y el penal. Para dicho efecto se hace necesario derogar todos los artículos que en nuestro sistema normativo atribuyan a la autoridad judicial competencia para resolver sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años y que infringen la ley penal debiendo ser ventilado por autoridad administrativa.

## **Bibliografía**

- Barletta, M.C. «Las representaciones sociales de los niños y su impacto en el resguardo de derechos». En *Revista Persona y Familia* N.º 6. enero-diciembre 2017.
- Barletta, M.C. «La discriminación de niñas, niños y adolescentes en desprotección familiar que trasgreden la ley penal. Una necesaria revisión del Decreto de Urgencia N.º 001-2020». *Gaceta de Familia* tomo 5 marzo-abril, 2022. Editorial Gaceta Jurídica
- Celis, M.A. «El proceso de desprotección familiar: Entendiendo su finalidad y el giro normativo. Las recientes modificaciones al Decreto Legislativo N.º 1297». *Gaceta de Familia* tomo 5 marzo-abril, 2022, Editorial Gaceta Jurídica.
- Comité de Derechos del Niño. Observación General CRC/C/GC/24. Relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, 2019
- Código de los Niños y Adolescentes. (1993). Decreto Ley N.º 26102. Recuperado de <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/mujer/cna.htm>
- Convención sobre los Derechos del Niño. (2006). UNICEF. Artículo 4. Ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño». 2002
- INDAGA & PRONACEJ. ¿Cómo están los centros juveniles? Resultados de la Encuesta aplicada a las y los adolescentes que ejecutan medida socioeducativa de internación o internación preventiva en los centros juveniles de Lima, 2023.

Pérez Luco, R., Lagos, L. y Báez, C. Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de 208 sustancias y juicio profesional. *Universitas Psychologica*, 11(4), 1209- 1225, 2012.

Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1348. DECRETO SUPREMO N.º 004-2018-JUS. Publicado en *El Peruano* el 24 de marzo de 2018. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1630176-1>.

### **Sentencias citadas**

CAS N.º 278-2020 Lima Sur

CAS N.º 1205-2020 Lima Sur. Publicado en el Diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2022.

CAS N.º 1314-2020 Lima Sur. Publicado en el Diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2022.

CAS N.º 1316-2020 Lima Sur. Publicado en el Diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2022. Sala Penal Transitoria - Recurso de Casación. Recuperada de <https://www.gob.pe/institucion/pj/normas-legales/2719267-1316-2019-lima-sur>

CAS N.º 1322-2020 Lima Sur. Publicado en el Diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2022.

CAS N.º 1325-2020 Lima Sur. Publicado en el Diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2022.

CAS N.º 1355-2020 Lima Sur. Publicado en el Diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2022.

CAS N.º 251 -2021 Lima Sur. Publicado en el Diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2022.

Sentencia del Tribunal Constitucional del EXP N.º 02018-2015-PA/TC. Publicado en el Diario oficial *El Peruano* «El Peruano» el 3 de diciembre de 2018.

## SECCIÓN TERCERA

COMPETENCIAS DE LA JUDICATURA Y  
DEL MINISTERIO PÚBLICO: DECISORIAS,  
DE REVISIÓN Y VIGILANCIA

# I La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: los casos noruegos y dos casos españoles

*María Elósegui*

## I. Introducción<sup>72</sup>

El artículo versa sobre cierta evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con la cuestión de la decisión de las administraciones públicas de colocar a un menor en familias de acogida con vistas a una adopción sin el consentimiento de sus padres biológicos y los criterios que son necesarios para respetar el derecho de los padres y de sus hijos a la mutua compañía como parte del derecho contemplado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a disfrutar de la vida familiar.

He escrito este capítulo gracias a mi experiencia como jueza del Tribunal en Estrasburgo. Por otro lado, su objetivo además de ser una investigación académica en vivo, es entrar en diálogo con las diversas

---

72 Este texto ha sido publicado en versión online en la *Revista de Derecho Transnacional* (2022). La revista autoriza a sus autores a publicar el artículo en papel posteriormente, siempre que se cite su previa edición. Una versión más breve en francés se publicó en marzo de 2023 en *la Revue des Droits de l'homme*. El 24 y 25 de noviembre de 2021 fue invitada a participar *online* en un congreso que se celebraba en Perú, titulado «El sistema jurídico tuitivo de niñas, niños y adolescentes en desprotección familiar: España y Perú». El panel en el que tomé parte se titulaba «Interés superior del niño, niña y adolescente y reintegración familiar», con la participación de la profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, María Victoria Mayor del Hoyo y Andrés Corrales Angulo, Gerente de Desarrollo de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental. Los organizadores, a saber: el Poder Judicial del Perú (PPR Familia), la Universidad Continental, el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España PID2019-105489RB-100 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», y la Universidad de Zaragoza, han decidido hacer una publicación con nuestras intervenciones. Desde entonces el TEDH ha dictado alguna sentencia más de Gran Sala que incluí en el mencionado artículo.

partes implicadas en estas situaciones para hacer propuestas de mejora en la práctica española de la tutela de la administración y de los tribunales en los casos de acogimiento y adopción, también teniendo en cuenta que concretamente en el caso de España se ha avanzado mucho en la colaboración entre las instituciones públicas (servicios sociales), las propias familias biológicas, las familias de acogida y los jueces<sup>73</sup>.

La perspectiva que he adoptado es la de estudiar el derecho a mantener los vínculos con los padres biológicos si los menores están tan solo en acogimiento y no en adopción<sup>74</sup>. Por otro lado, quiero insistir para evitar equívocos que existe como contraste otra mucha jurisprudencia del TEDH, en la que se ha considerado que ese vínculo (o las visitas) no era posible de respetarse porque existía un daño para el menor.

---

73 En el ámbito judicial, y concretamente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido muy enriquecedor el intercambio de pareceres con el juez noruego Arnfinn Bårdsen (ver su artículo Bårdsen, A. Exploring the Modalities of Subsidiarity: The European Court of Human Rights' «stricter scrutiny» in Child Welfare Cases under Article 8 of the European Convention of Human Rights, en *Liber amicorum: Robert Spano*, Anthemis, Belgium, 2022, pp. 51-62, así como los jueces Georgios Serghides de Chipre, Pere Pastor Vilanova de Andorra, que han ejercido todos ellos como jueces de familia en sus países de origen antes de formar parte de este tribunal internacional. También querría destacar la colaboración de la letrada Carmen Morte-Gómez, jefa de la división de la sección española en el TEDH. Debo agradecer a varios profesionales españoles que han compartido conmigo sus conocimientos y experiencia práctica. Entre ellos deseo destacar la ayuda prestada por la entidad Lauka, intermediaria al servicio de la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa, especialmente por Cristina Herce, directora del Servicio de Asistencia Técnica en el Acogimiento Familiar de Menores en Situación de Desprotección y Cristina Achucarro, directora del Programa de Formación y Selección de Familias Acogedoras, de dicho Servicio. Así mismo, Lupe Imaz, jurista que trabaja desde hace 24 años como funcionaria en la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa en el Departamento de servicios sociales encargados, entre otras materias, de los acogimientos y adopciones, me ha enriquecido compartiendo su experiencia de enlace entre las autoridades administrativas y los tribunales civiles. También han compartido su experiencia varios padres de acogimiento y adoptivos. A nivel académico he podido dialogar con los profesores del grupo de investigación de *Ius Familiae* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, concretamente con la profesora Titular de Derecho Civil María Victoria Mayor del Hoyo y el Catedrático Carlos Martínez de Aguirre. De la primera, véase su monografía *La adopción en el derecho común español* (2019).

74 Buena parte de lo expuesto en este capítulo se expuso en el congreso *El sistema jurídico tuitivo de niñas, niños y adolescentes en desprotección familiar: España y Perú*, organizado por la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental de Perú. Intervine en el panel sobre el «Interés superior del niño, niña y adolescente y reintegración familiar».

Estos casos son también abundantes y el TEDH ha respetado el juicio de ponderación y la motivación realizada por los tribunales domésticos que gozan del privilegio de la inmediatez de la prueba. La jurisprudencia objeto del artículo responde a un contexto geográfico concreto (aunque también se exponen los principios generales), que no se puede extrapolar directamente a otras realidades. Se centra más bien en perfiles de padres y madres inmigrantes, en los que no existe un problema de hábitos de drogadicción, alcoholismo y/o malos tratos a los menores y en los que los niños son recién nacidos (por lo que no pueden ser oídos por un Tribunal). Por otro lado, los países escandinavos y España poseen un desarrollo muy alto de los servicios sociales, inexistentes en otros Estados.

En el artículo se partirá de una breve exposición de los principios generales de la jurisprudencia del TEDH, expuestos en la sentencia de Gran Sala, *Strand Lobben contra Noruega*. A continuación, se analizarán dos casos españoles, uno previo a la citada sentencia, el caso *Haddad c. España* (18 de junio de 2019) y otro posterior, el caso *Omorefe c. España*. Ambos han sido fallados por la sección tercera y con dos condenas a España. Los demandantes responden a un mismo perfil: son personas inmigrantes, pertenecientes a grupos vulnerables, recién llegados a España, sin conocimiento del idioma español, ni del derecho español. Por todo ello, explicar su situación ante las autoridades les resulta mucho más complicado. A pesar de su falta de medios económicos, han contado con una buena asistencia letrada y con el apoyo de algunas asociaciones cívicas. Ambas sentencias de Sala de la Sección III del TEDH fueron finales a los tres meses de su pronunciamiento porque ninguna de las partes, incluido el Estado presentó un recurso para que fuera llevada a la Gran Sala.

Desde Estrasburgo se detecta la tendencia de otros países pertenecientes al Consejo de Europa como los escandinavos a una clara estatalización de estos asuntos con una intervención muy fuerte de las autoridades, que ante el menor síntoma de desamparo de los menores suplantando a los padres e intervienen de un modo muy estricto

asumiendo la tutela de menores. Ha habido una larga jurisprudencia en este sentido con condenas de estos países nórdicos.

Con posterioridad a esa sentencia de la Gran Sala, una de las Secciones del Tribunal ha dictado ya otras cinco sentencias contra Noruega por el mismo motivo. En todas ellas, se declara una violación del artículo 8: *K.O y V.M c. Noruega* (16 -19 de noviembre de 2019); *A.S.c. Noruega* (17 de diciembre de 2019); *Pedersen y Otros c. Noruega*, (10 de marzo de 2010), final, aunque en esta el Gobierno pidió que fuera reenviada a Gran Sala, pero el panel de cinco jueces que revisa estas peticiones no lo aceptó; *Hernehult c. Noruega*, (10 de marzo 2020), final, con petición del gobierno rechazada para reenvío a Gran Sala; *M-L. V. Noruega*, (22 de diciembre de 2020). Además, hay otros treinta casos similares ya comunicados al Gobierno de Noruega pendientes de resolver por un Comité de tres jueces.

Entre los nuevos medios establecidos por el Tribunal se sitúan los acuerdos amigables y los arreglos unilaterales propuestos por los Gobiernos. Sin pretender anticipar en ninguna medida el futuro de estos casos, sería posible que dependiendo de las circunstancias de cada uno de ellos pueda llegarse a acuerdos amigables.

La mencionada sentencia de Gran Sala *Strand Lobben c. Noruega* (2019) se ha constituido en un hito. Para algunos de los académicos, la jurisprudencia de Estrasburgo debería ir en el sentido marcado por esta última (Lavrysen, 2019).

En este artículo, (i) tras la presente introducción, (ii) una vez analizados los principios generales sobre acogimiento familiar asentados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de su sentencia *Strand Lobben c. Noruega* (2019), (iii) así como la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a favor del mantenimiento del vínculo con la familia de origen cuando sea necesaria la intervención de la tutela de la administración en el cuidado de menores, (iv), (v) y (vi) a continuación, se realiza un análisis de los dos casos fallados contra España por el TEDH, los

casos *Haddad* (2019) y *Omorefe* (2020) y su ejecución, así como sus similitudes con otros dos casos noruegos, (vii) *M.L.* y (viii) *Abdi Ibrahim* (ix).

Se propone, en línea con la jurisprudencia del TEDH, la necesidad de mantener el derecho de visitas de los padres biológicos durante las situaciones de acogimiento familiar (cuando no dañen al menor), así como la obligación de las autoridades domésticas y de los tribunales en el mantenimiento del vínculo entre padres e hijos haciendo posible, cuando las circunstancias lo permitan, la vuelta del menor a sus padres biológicos, estableciendo algunas recomendaciones para la práctica de las autoridades españolas a la luz de esta jurisprudencia y, asimismo, se expone un ejemplo de buena práctica de acogimiento permanente en la Diputación Foral de Guipúzcoa / Gipuzkoa.

## **II. Los principios generales sobre acogimiento asentadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

A lo largo de su jurisprudencia, pero especialmente en su sentencia de 10 de diciembre de 2019, *Strand Lobben y Otros c. Noruega* (Skivenes, 2019), completada con el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega* (10 de diciembre de 2021), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado una serie de criterios o principios básicos que resultan muy útiles en relación con el derecho de los padres biológicos a tener y educar a sus hijos, como parte del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que juega como límite a ser tenido en cuenta en procedimientos de acogimiento y adopciones, tras declaraciones legales de situaciones de desamparo de los menores.

### **1. Siete criterios establecidos en la sentencia *Strand Lobben***

El primer principio o criterio del que hay que partir es que el primer párrafo del artículo 8 de la Convención garantiza a toda persona el derecho al respeto de su vida familiar. Como está bien establecido en

la jurisprudencia del Tribunal, el disfrute mutuo por parte de padres e hijos de la mutua compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que impiden dicho disfrute constituyen una injerencia en el derecho protegido por esta disposición.

Cualquier injerencia de este tipo constituye una violación de este artículo a menos que sea «de conformidad con la ley», persiga un objetivo u objetivos que sean o sean legítimos en virtud de su segundo párrafo y puedan considerarse como «necesarios en una sociedad democrática» (*K.T.v. Noruega*, § 203). Al determinar si se cumplió esta última condición, el Tribunal considerará si, a la luz del caso en su conjunto, las razones aducidas para justificar esa medida eran pertinentes y suficientes a los efectos del párrafo 2 del artículo 8 (caso *Paradiso y Campanelli*, §179 - 181). «La noción de necesidad implica además que la interferencia corresponde a una necesidad social apremiante y, en particular, que es proporcional al objetivo legítimo perseguido, teniendo en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses en competencia relevantes» (*Strand Lobben*, § 202).

Ya este primer principio establece un criterio que no siempre ha sido tan obvio: a saber, que los padres biológicos y los hijos tienen derecho a vivir juntos y a disfrutar de mutua compañía. Por tanto, añadiría que las instituciones públicas deben poner todos los medios para apoyar que esto sea posible, y no lo contrario.

Un segundo criterio es que ese derecho no solo es de los padres, sino que también el niño tiene derecho a ser atendido por sus padres debidamente. Por tanto, como parte de los derechos humanos se encuentra también el derecho de los hijos a ser tratados por sus padres biológicos con el debido cuidado. En este contexto, se ha acuñado el concepto de velar por el interés superior del menor, sobre todo para estudiar si una restricción del contacto estaría justificada y si es conforme a los estándares internacionales<sup>75</sup>.

---

75 *Strand Lobben* (2019), § 204. «En lo que se refiere a la vida familiar de un niño, el Tribunal reitera que existe un amplio consenso, incluso en el derecho internacional, en apoyo de la idea de que, en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior es de suma importan-

Un tercer criterio esencial es que la separación entre padres e hijos causada por diversos motivos debe ser vista inicialmente como una medida temporal y en casos de tutela pública deben ponerse todos los medios para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonable. Por tanto, una prioridad debe ser mantener la unidad familiar y la reunificación en cuanto sea posible<sup>76</sup>. Se observa ya aquí un cambio de perspectiva por parte del TEDH. Hay que tener en cuenta que muchos Estados contratantes del Convenio han tenido una actitud muy intervencionista y estatalista en los casos de tutelas de menores ejercidas por los servicios sociales, así como en los acogimientos y adopciones (mientras que en otros contextos geográficos lo que falta es un mayor desarrollo de servicios sociales).

Un cuarto criterio será el de que, en situaciones de posible conflicto entre los deseos de los padres y el posible perjuicio para un menor, las autoridades nacionales deben realizar una ponderación entre los intereses en juego e intentar encontrar un equilibrio en el que prevalecerá el interés superior del menor<sup>77</sup>. Sin embargo, en la aplicación de este criterio abstracto *del interés superior del menor* hay que preguntarse sobre quién decide cuál es ese interés, y en función de qué prioridades. En la práctica, la aplicación de este principio es enormemente conflictiva y difícil para los mismos jueces. Tanto es

---

cia» (ECHR 2010. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*) De hecho, el Tribunal ha enfatizado que en casos que involucran el cuidado de niños y restricciones de contacto, los intereses del niño deben prevalecer sobre cualquier otra consideración. (*Jovanovic contra Serbia*, citado anteriormente, § 77, y *Gnaboré v. France*, § 59,)

76 Strand Lobben, § 205. «Al mismo tiempo, cabe señalar que la consideración de la unidad familiar y de la reunificación familiar en caso de separación son consideraciones inherentes al derecho al respeto de la vida familiar previsto en el artículo 8. En consecuencia, en caso de imposición de la tutela pública que restrinja la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible (K. and T. v. Finland, 27 de abril de 2000, § 178).

77 *Strand Lobben* (2019) § 206. En los casos en que entren en conflicto los intereses respectivos del niño y los de los padres, el artículo 8 exige que las autoridades nacionales establezcan un justo equilibrio entre esos intereses y que, en el proceso de equilibrio, se otorgue especial importancia al interés superior del niño que, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede prevalecer sobre el de los padres (*Sommerfeld v. Germany* (2003) § 64, (extractos), y las referencias en el mismo).

así que incluso en la jurisprudencia del TEDH en temas relacionados con la patria potestad, guardia y custodia de los menores en casos de conflictos entre los propios padres biológicos y, por ejemplo, en casos de secuestro internacional de menores y de aplicación del Convenio de la Haya, muchas sentencias del TEDH han sido tomadas con división de pareceres entre los jueces<sup>78</sup>.

Un quinto criterio absolutamente relevante a los efectos de las sentencias de *Strand Lobben* (2019), *Haddad* (2019) y *Omorefe* (2020) es la afirmación de que «generalmente, el interés superior del niño exige, por un lado, que se mantengan los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que esta última se haya mostrado particularmente inadaptada, ya que romper esos vínculos significa separar al niño de sus raíces. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede, para *reconstruir* la familia (*Gnahoré*, 2000, § 59). Por otro lado, es evidente que también redundaría en el interés del niño garantizar su desarrollo en un entorno sano, y un padre no puede tener derecho, en virtud del artículo 8, a que se tomen medidas que puedan perjudicar la salud y el desarrollo del niño (*Neulinger y Shuruk*, 2010, §136), (*Elsholz c. Alemania*, 2000) y (*Maršálek c. República Checa*, 2006, §71), (*Strand Lobben*, 2019, §207). Este criterio se completa con la idea siguiente:

«Existe un importante consenso internacional en el sentido de que un niño no debe ser separado de sus padres en contra de su voluntad, excepto cuando las autoridades competentes, sujetas a

---

78 ECHR, *Raw and Others v. France*, 2013. Cinco jueces a favor de la violación del artículo 8, y dos en contra. (ECHR, *Neulinger and Shuruk*, 2010) 16 votos contra 1, a favor de que habría violación del artículo 8 si el niño fuera devuelto de Suiza a Israel donde vivía su padre, siendo la madre la que lo había llevado a Suiza. Pero siete jueces hicieron opiniones separadas concurrentes. (ECHR, *B. c. Bélgica*, 2012). Cinco jueces a favor de la violación del artículo 8, dos en contra. (ECHR, *Maumousseau y Washington c. Francia*, 2008). Cinco a favor de la no violación del artículo 8 y dos disidentes de la mayoría, a favor de la violación. (ECHR, *Sneerson y Campanella v. Italia*, 2011). Seis jueces a favor de la violación del artículo 8, un juez contra la admisión del caso. (ECHR, *Ignaccolo-Zenide v. Rumanía*, 2000). Seis jueces a favor de la violación del artículo 8, uno en contra.

revisión judicial, determinen, de conformidad con las leyes y los procedimientos aplicables, que dicha separación es necesaria para los mejores intereses del niño» (UNICEF, 2000, art. 9.1) (Strand Lobben, 2019, §207).

No obstante, los casos a los que nos queremos referir se centran en situaciones en las que los menores son recién nacidos, por tanto, aquí no existe ninguna voluntad por su parte que pueda tomarse en cuenta en una ponderación administrativa o judicial. En situaciones habituales, los recién nacidos deben ser cuidados por su familia biológica, salvo si se les está causando objetivamente un daño. Sería diferente en otro tipo de procesos de separaciones y divorcios u adopciones, en los que los menores ya tienen cierta edad y pueden ser oídos.

Un sexto criterio es un principio rector consistente en entender que «una orden de acogimiento debe considerarse una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitan, y que cualquier medida que implemente el acogimiento temporal debe ser compatible con el objetivo final de reunir a los padres naturales y al niño (por ejemplo, *Olsson c. Suecia*, 1988, §81). El citado deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente factible comenzará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del período de acogimiento, siempre que se equilibre con el deber de considerar el interés superior del niño (por ejemplo, *K.y.T.v. Finlandia*, 2000, §178).

En este tipo de supuestos, la idoneidad de una medida se juzgará por la rapidez de su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones entre el hijo y el progenitor con el que no convive (*SH. c. Italia*, 2015, §42.). Así, cuando las autoridades sean responsables de una situación de ruptura familiar por haber incumplido su obligación antes mencionada, no pueden basar una decisión de autorización de adopción en la ausencia de vínculos entre los padres y el niño (*Pontes v. Portugal*, 2012, §92

y 99). Además, los lazos entre los miembros de una familia y las perspectivas de su reunificación exitosa se debilitarán forzosamente si se interponen impedimentos para que tengan un acceso fácil y regular entre sí (*Scozzari y Giunta*, 2000, §174; y *Olsson*, 1988, §81). Sin embargo, cuando ha pasado un período de tiempo considerable desde que el niño fue puesto originalmente a cargo del cuidado público, el interés del niño en que su situación familiar *de facto* no cambie nuevamente puede prevalecer sobre el interés de los padres en que su familia se reúna (ver *K.yT. c. Finlandia*, 2000, §155) (*Strand Lobben*, 2019, §208).

Este epígrafe es crucial y establece varias medidas cautelares que afectan directamente al derecho de visitas que debe establecerse entre los padres biológicos y los hijos que están en situación de acogimiento, bien en una institución pública, bien en una familia. Además del primer paso de establecer unas visitas regulares, el segundo paso es la ejecución correcta de las mismas, así como la rapidez en su puesta en práctica. En todo ello, un punto importantísimo es evitar la pérdida del vínculo entre padres e hijos. Las autoridades son responsables de que esto sea posible y en caso de que sean ellas las incumplidoras no pueden utilizar este hecho consumado para tomar nuevas decisiones posteriores en detrimento del derecho de los padres a restablecer su patria potestad y recuperar la tutela de sus hijos, cuando la situación que ha motivado la misma ha dejado de existir. Esto es más fácil de poner en práctica a nivel de las autoridades domésticas porque una vez que estos casos llegan al TEDH por mucho que se declare que ha habido una violación probablemente la situación sea ya irreversible.

El séptimo criterio es la ruptura definitiva de vínculos entre padres e hijos con medidas de mayor alcance como la privación de la patria potestad. Así, la autorización de la adopción solo debe hacerse en situaciones extremas (*Strand Lobben*, 2019 §209)<sup>79</sup>:

---

79 En cuanto a la sustitución de la modalidad de hogar de acogida por una medida de mayor alcance como la privación de la patria potestad y la autorización de adopción, con la consecuencia de la ruptura definitiva de los vínculos jurídicos de los solicitantes con el niño, cabe

Al emitir un fallo ante demandas que se presenten ante el TEDH sobre si la intervención de las autoridades a la hora de decidir una adopción ha sido conformes al artículo 8 del Convenio y han respetado el derecho a la vida familiar, el TEDH por una parte tiene en cuenta el marco jurídico interno de cada Estado contratante del Convenio, conforme al principio de subsidiaridad. Un punto importante y que diferencia el papel de los jueces del TEDH en estos casos frente al juez nacional es que los primeros no tienen la inmediatez de la prueba, mientras que los segundos sí la poseen. Aunque los Estados disponen de un margen de apreciación para establecer en qué casos procede separar a un menor de sus padres biológicos, de acuerdo con el interés superior del menor, corresponde al TEDH comprobar si las medidas adoptadas son conformes al Convenio.

## 2. Los cinco pasos del test de un escrutinio más estricto

Por ello, como un octavo criterio se establece en qué consiste el escrutinio estricto que llevará a cabo el TEDH para comprobar si el Estado ha actuado correctamente respetando de un modo equilibrado el derecho de los padres y el de los menores. En este sentido el Tribunal tiene en cuenta los siguientes puntos:

- a. La diversidad de derechos nacionales y las tradiciones relacionadas con el papel de la familia y la intervención del Estado en los asuntos familiares y la disponibilidad de recursos para establecer medidas públicas en esta área en particular. Sin embargo, la consideración del interés superior del niño es crucial en todos los casos de importancia.

---

reiterar que «dichas medidas solo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y solo podrían justificarse si estuvieran motivados por un requisito superior relacionado con el interés superior del niño» (por ejemplo, *Johansen*, §78, y *Aune*, § 66). Está en la naturaleza misma de la adopción que no existan perspectivas reales de rehabilitación o reunificación familiar y que, en cambio, lo mejor para el interés superior del niño sea colocarlo permanentemente en una nueva familia (*R. and H. v. The United Kingdom*, 2011, §88).

- b. El Tribunal reconoce que las autoridades nacionales tienen la ventaja de un contacto directo con todas las personas afectadas, a menudo en la misma fase en que se prevén las medidas de atención o inmediatamente después de su aplicación, así como para la valoración de si existe o no una situación de riesgo grave para su salud o su desarrollo. De estas consideraciones se desprende que la tarea del Tribunal no es sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades en la regulación del cuidado de los niños y los derechos de los padres cuyos hijos han sido puestos bajo tutela pública, sino revisar en virtud del Convenio, las decisiones tomadas por dichas autoridades en el ejercicio de su poder de apreciación (por ejemplo, *K. and T. v. Finland*, 2000, §154; y *Johansen*, §64).
- c. Sin embargo, este margen de apreciación no es ilimitado. Por ejemplo, en ciertos casos, el Tribunal ha dado importancia a si las autoridades, antes de llevar a un niño a la tutela pública, habían intentado primero tomar medidas menos drásticas, por ejemplo, medidas preventivas o de apoyo, y si estas habían resultado infructuosas (para ejemplo, *Olsson*, 1988, §72-74; *RMS c. España*, 2013, § 86; *Kutzner c. Alemania*, 2002, §75). Se requiere un escrutinio más estricto con respecto a cualquier otra limitación, como las restricciones impuestas por las autoridades a los derechos de visita de los padres, y de cualquier salvaguardia legal diseñada para garantizar una protección efectiva del derecho de los padres y los niños al respeto de su vida familiar. Tales limitaciones adicionales conllevan el peligro de que las relaciones familiares entre los padres y un niño pequeño se reduzcan efectivamente (*K. y T. c. Finlandia*, 2000, §154; y *Johansen*, §64).
- d. En casos relacionados con medidas de cuidado público, el Tribunal también tendrá en cuenta el proceso de toma de decisiones de las autoridades, para determinar si se ha llevado a cabo de tal manera que se asegure que las opiniones e intereses de los padres naturales sean conocidos y debidamente tenidas en cuenta por

las autoridades y que pueden ejercer en su momento los recursos disponibles (por ejemplo, *W. v. the United Kingdom*, 1987, §63; y *Elsholz*, 2000, §52):

Lo que debe determinarse es si, habida cuenta de las circunstancias particulares del caso y, en particular, de la gravedad de las decisiones que deben adoptarse, los padres han participado en el proceso de toma de decisiones, visto en su conjunto, en un grado suficiente para brindarles la protección requerida de sus intereses y haber podido presentar su caso plenamente (por ejemplo, *W. c. el Reino Unido*, 1987, §64; *TP y KM c. el Reino Unido*, 2001, §72; *Neulinger y Shuruk*, 2007, §139; *YC c. El Reino Unido*, 2012, §138).

De las consideraciones anteriores se desprende que el ejercicio de los recursos judiciales por parte de los padres naturales para obtener la reunificación familiar con su hijo no puede oponérseles como tal. Además, en casos de este tipo siempre existe el peligro de que cualquier demora procesal influya en la determinación de facto del asunto sometido al tribunal antes de que haya celebrado su audiencia. Del mismo modo, el respeto efectivo de la vida familiar requiere que las relaciones futuras entre padres e hijos se determinen únicamente a la luz de todas las consideraciones pertinentes y no por el mero transcurso del tiempo (ver *W. C. Reino Unido*, 1987, §65; *Strand Lobben*, 2019 §212).

- e. Por último, «si el proceso de toma de decisiones protegió suficientemente los intereses de los padres depende de las circunstancias particulares de cada caso» (por ejemplo, *Sommerfeld*, 2003, §68). Con vistas a su examen de la presente instancia, el Tribunal observó que en el caso mencionado se le solicitó que recabara un informe psicológico sobre las posibilidades de establecer contacto entre el niño y el demandante. Observó que, como regla general, correspondía a los tribunales nacionales evaluar las pruebas que se les presentaban, incluidos los medios para determinar los hechos relevantes (*Vidal c. Bélgica*, 1992,

§33). Sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales siempre están obligados a involucrar a un experto en psicología en la cuestión de otorgar contacto a un padre que no tiene la custodia, pero esta cuestión depende de las circunstancias específicas de cada caso, teniendo debidamente en cuenta la edad y madurez del niño en cuestión (Sommerfeld, 2003, § 71; *Strand Lobben*, 2019 §213).

### **III. La resolución de la asamblea parlamentaria del COE a favor del mantenimiento de la unidad familiar. La intervención de los servicios sociales y de las instancias judiciales en la tutela de menores en acogimiento familiar**

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa publicó el 28 de junio de 2018 la Resolución 2232 titulada *Lograr un equilibrio entre el interés superior del menor y la necesidad de mantener a las familias unidas*<sup>80</sup>. Como afirma esta resolución se debe dar el necesario apoyo a estas familias a tiempo y de un modo positivo para evitar la necesidad de tomar decisiones de declaraciones de abandono que supongan el retiro de la patria potestad como medida inmediata. Asimismo, se procurará -de ser necesaria- la reunificación familiar siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del menor. Esto implica la necesidad de construir una mejor colaboración con los padres y evitar errores basados en malentendidos, estereotipos y discriminación. Estos pueden ser difíciles de corregir una vez que se ha perdido la confianza. (PACE, 2018, 5.2).

---

80 Doc. 14568, report of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, rapporteur: Mar. Valeriu Ghileti. Text adopted by the Assembly on 28 June 2018 (16th Sitting). «Recalling its Resolution 2049 (2015) and Recommendation 2068 (2015) Social services in Europe: legislation and practice of the removal of children from their families in Council of Europe member States, the Parliamentary Assembly reaffirms that children have the right to be protected from all types of violence, abuse and neglect. However, they also have the right not to be separated from their parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine that such separation is absolutely necessary in the best interests of the child. Even when such separation is necessary, children have the right to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, unless it is contrary to their best interests.

Por ello, esta Resolución insiste en la necesidad de que los servicios sociales y los jueces implicados en estas decisiones deben tener una formación especial que incluya un conocimiento de los estándares internacionales (europeos) y sensibilidad hacia el elemento de extranjería que suele ser común en estos casos. Además, deben de estar provistos de recursos suficientes para tomar decisiones en un tiempo apropiado, y que no se vean desbordados por el peso de la cantidad de casos pendientes. (PACE, 2018, 5.4).

Los servicios sociales en España, las consejerías de bienestar familiar, en las distintas comunidades autónomas y los jueces de lo civil han realizado (y están realizando) un gran esfuerzo de protección en interés del superior del menor en casos de que sus padres biológicos no puedan hacerse cargo de estos. Además, han tratado de evitar o de paliar las posibles situaciones de abandono, estableciendo la tutela de la administración.

El ordenamiento jurídico español ofrece medidas suficientes e incluso novedosas<sup>81</sup>. Se trata, más bien, de usarlo adecuadamente, de que sea realmente respetado en la práctica, tanto por parte de las administraciones, como del poder judicial, sin dejarse llevar por un exceso de celo que sustituya indebidamente la voluntad de unos padres biológicos que son adultos y libres. Se evitará, pues, tratarlos como si fueran menores de edad, solo por desconocer la lengua. Están en una situación laboral precaria u otros elementos de pobreza. Se entiende que la actuación de la administración debe ser ágil cuando se da una situación de desamparo, pero luego debería ser igual de flexible para adaptarse a la posterior evolución de las circunstancias. Como se desarrollará a continuación, en dos últimos casos españoles fallados en el TEDH (*Haddad* (2019) y *Omorefé* (2020) *c. España*), se detectan actuaciones iniciales afortunadas de los servicios sociales en amparo de los menores e incluso de sus madres,

---

81 Véase sobre el Artículo 173 y el acogimiento familiar. Mayor del Hoyo (2019), pp. 138-152. Ver también, Mayor del Hoyo (2011), pp. 867-884 - 884-895. Art 173bis. Modalidades de acogimiento familiar.

pero posteriormente un anquilosamiento en los respectivos informes de las administraciones que se cosifican y se petrifican sin atender a las evoluciones positivas de los padres.

Las administraciones parecen aferrarse a sus primeros informes, sin hacer un esfuerzo por actualizarlos. La resolución de la asamblea parlamentaria insiste en que la práctica de retirar a los niños con pocos días de nacidos del cuidado de sus padres debe ser usada de forma excepcional en situaciones realmente extremas. Además, debe evitarse la posterior adopción basada tan solo en el paso del tiempo y otorgada sin el consentimiento de los padres biológicos (salvo en casos extremos que impliquen daño para el menor en los que se podría dar a un menor en adopción contra el parecer de los padres biológicos). Y, en cualquier caso, es imprescindible mantener el derecho de visitas (Código Civil. Art. 173bis. 5.5).

Se detectan varios déficits frecuentes: el primero, como señala la Asamblea parlamentaria, se debe a que algunas intervenciones están basadas en ciertos prejuicios y estereotipos sobre la cultura de esos padres inmigrantes. Debe distinguirse entre valoraciones que son propias de la experiencia de las administraciones y de los jueces ante determinadas situaciones de desamparo de menores que están basadas en elementos objetivos y reales, frente a posibles discriminaciones originadas en la falta de conocimiento de esas culturas o en ciertos prejuicios soterrados.

Como señala la mencionada resolución, otro error que debe evitarse es el de la toma de decisiones con carácter definitivo sobre el proceso de adopción, basados en diagnósticos muy tempranos, con una voluntad previa y determinada por parte de la administración de dar al niño o niña en adopción, incluso sin el consentimiento de los padres biológicos. Esto ocurre especialmente cuando se ha comenzado una asignación del menor en preadopción de manera muy temprana, desconfiando desde el inicio en una posible futura evolución por parte de los progenitores biológicos. Una vez que se ha asignado una familia preadoptiva se considera como una solución

definitiva que llevará a la adopción legal, no como una etapa que pudiera ser reversible dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

Esta decisión predeterminada *à tout prix* hace que el padre o madre inmigrante encuentren todo tipo de obstáculos en el acceso a la propia administración y a los tribunales cuando quieren aportar pruebas de los cambios de sus circunstancias e intentan recuperar la tutela de los menores conforme a lo establecido por la legislación (es decir, dentro del plazo de los dos años previstos en el Código Civil español). Hay que asegurarse de que esas decisiones sean una respuesta proporcional a un asesoramiento creíble y verificado por las autoridades competentes y sometido a revisión judicial, cerciorándose de que existe un riesgo real y actual de un daño serio del niño. (Código Civil. Art. 173bis. 5.6.1). Para ello, se tendrá en cuenta que la supresión de la vida familiar debe ser temporal. En la medida de lo posible, se debe procurar que sean cuidados por otros miembros de la familia: debe establecerse un derecho de visitas y contacto para mantener los vínculos familiares (Código Civil. Art. 173bis. 5.6.5 y 5.6.7).

A su vez, en diálogo con la entidad Lauka<sup>82</sup>, conviene subrayar que hay precedentes de parejas, con otros hijos en tutela de la administración, cuyos hábitos no han cambiado según lo confirma un largo seguimiento de sus casos. Por ejemplo, padres o madres con consumo de sustancias tóxicas durante el embarazo y nacimiento del bebé con síndrome alcohólico fetal o con síndrome de abstinencia. En estos casos, se lleva a cabo una investigación desde el embarazo, cuando algunas madres que ya tienen hijos tutelados quedan nuevamente embarazadas y se abre una investigación desde el momento del embarazo. Si se considera que las dificultades que dieron lugar a la tutela de los otros hijos todavía persisten, entonces se activa el protocolo de declaración de desamparo. Si se valora que

no hay motivos suficientes para declarar el desamparo, no se produce dicha retirada y se realiza un seguimiento de la familia. En estos casos ya hay un conocimiento previo de la familia por parte de los servicios sociales. Por otra parte, hay que tener en cuenta de que se requiere una actuación rápida para evitar preventivamente que se produzca un daño y que se ponga en riesgo la integridad del menor con consecuencias irreversibles. En estos casos, estas actuaciones deben estar muy bien justificadas y razonadas, con los motivos por los que es aconsejable una separación preventiva (señalados en la sentencia judicial). Más tarde, si las circunstancias lo permiten, deberá procederse a una reunificación.

Por ejemplo, en este sentido y volviendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un reciente caso, *E.M. y otros c. Noruega*, publicado el 20 de enero de 2022, y por tanto ya final el 22 de abril de 2022 (es decir, que no ha sido recurrido por las partes en el plazo de los tres meses desde su fallo), el TEDH ha considerado que las autoridades de Noruega, los tribunales y los servicios sociales han actuado correctamente al declarar una situación de desamparo de dos niños en los que el padre había abusado de ellos sexualmente con el conocimiento y consentimiento de la madre. Aunque a la madre se le permitieron visitas de los hijos, estos siguen en acogimiento permanente y los padres tienen la patria potestad suspendida. Esta otra cara de la moneda no es el objeto directo de este artículo, pero lo trataré en un futuro. De momento, nos hemos centrado en los criterios del TEDH en unos casos concretos, en los que los demandantes obedecen en su mayoría a un perfil de ser inmigrantes y no de un maltrato de sus hijos.

España desde hace cuarenta años ha desarrollado, en todas las comunidades autónomas, servicios sociales profesionalizados y juzgados de familia especializados. En contraste con ello, se detecta alguna patología, aunque sea menor y en casos reducidos en las que se aprecia el peligro de una injerencia excesiva de la administración pública basadas en la buena fe de evitar situaciones prolongadas de

desamparo. La agilidad en la intervención es desde luego deseable y síntoma de un gran progreso en el estado de bienestar universal. Sin embargo, hay que llegar a un equilibrio entre los derechos de los padres y los derechos de los menores. En este sentido, la actuación de los servicios sociales y de los tribunales debe ser rápida cuando se detectan situaciones de desamparo de menores.

El tratamiento de estas situaciones exige un doble esfuerzo para situarse en la mentalidad y en las coordenadas sociales de personas provenientes de otras culturas que han atravesado situaciones de dificultad, así como un largo y penoso proceso migratorio. Aunque debe primar el bienestar de los menores, habrá que estudiar si hay medidas sociales de acompañamiento a personas que están imbuidas en esos procesos de inmigración, que sean beneficiosas para los padres y los hijos, evitando el uso de medidas drásticas de privación de la patria potestad que serían la *ultima ratio* y son irreversibles.

En cuanto a los actores, en estos procedimientos que son por un lado administrativos y por otro judiciales, es crucial el papel del juez como garante de los derechos de los padres biológicos y de los menores, así como del principio de igualdad de armas. (Código Civil. Art. 173bis. 5.6.8). El juez se convierte en un intermediario o mediador entre la Administración y los padres biológicos, y también de los terceros de buena fe, como son los padres de acogimiento o preadoptivos (o finalmente adoptantes).

#### **IV. Aplicación de estos criterios al caso *Haddad c. España* en el TEDH**

En el caso Haddad (2019) se ha condenado a España por no permitir al ciudadano sirio Wael Haddad restablecer el contacto con su hija menor después de ser archivada su denuncia por malos tratos a su esposa. La sentencia del TEDH falla a favor de Haddad. Establece que las autoridades españolas no han respetado el derecho de Haddad a recuperar la guardia y custodia de su hija menor y por haber sido

dada en acogimiento preadoptivo sin el consentimiento de su padre y exige al Gobierno que Haddad recupere la situación que hubiera tenido si se hubieran respetado los derechos recogidos en el Convenio de Derechos Humanos (Ochoa, 2019).

## 1. Hechos del caso Haddad y actuaciones de la administración y de los tribunales domésticos

Wael Haddad nació en Siria en el año 1976. Llegó a España en enero de 2012 con su mujer y sus tres hijos menores, huyendo de la guerra en su país (Ver *Haddad*, 2019, §6). En España se les otorgó el estatuto de refugiados. Un mes después de su llegada, la mujer lo denunció por violencia conyugal y el juzgado número 1 de Coslada dictó «una orden de protección provisional en favor de la esposa del demandante, válida durante el proceso penal, que contenía, entre otras, una medida penal por la que se prohibía a su marido acercarse o comunicarse con ella y sus tres hijos, mediante un brazalete de radiofrecuencia, así como una medida civil por la que se suspendían provisionalmente la patria potestad y los derechos de visita del demandante» (ver *Haddad*, 2019, §7).

En junio de 2012 los tres hijos de 9, 6 y 1 año fueron declarados en situación legal de desamparo por la Comunidad de Madrid, que asumió la tutela por procedimiento de urgencia. Los niños fueron alojados en centros de acogida, a petición de la esposa del demandante, primero en Madrid y luego en Murcia (*Haddad*, 2019, §8). El demandante no fue informado de ninguna de estas decisiones (*Haddad*, 2019, §9). Después de un año fue absuelto de todos los cargos y quedaron anuladas las medidas penales y civiles adoptadas.

En el relato de hechos, recogido con detalle en la sentencia, se observan ciertas actuaciones de las autoridades administrativas y de los tribunales contrarias a los mínimos derechos de defensa e igualdad de armas. El demandante estaba privado de comunicarse con sus hijos y se le reprocha falta de interés por no personarse en un procedimiento del que no estaba informado. El 14 de febrero de 2013, el presidente de la Asociación Musulmana de España envió una carta en nombre

del demandante al Servicio de Protección de Menores de Murcia en la que afirmaba que el interesado, tras haber roto todos los vínculos con su esposa, no disponía de información sobre sus tres hijos. En dicha carta, la Asociación solicitaba ser informada de la situación de los menores e indicaba que el demandante, al estar legalmente privado del derecho a comunicarse con sus hijos, solicitaba que un miembro de la Asociación pudiera reunirse con ellos.

Ya desde ese primer momento, el 7 de marzo de 2013, el Servicio de Protección de Menores de Murcia respondió a la Asociación que no estaba prevista la devolución de los niños a su familia biológica y que no era deseable que terceros visitaran a los niños, lo que es contrario a los principios que se han expuesto establecidos por la jurisprudencia del TEDH, entre los que se establece que deben mantenerse el derecho de visitas y no romper con los vínculos con la familia biológica. También se recogen entre esos criterios que debe primar siempre el intento de reagrupación familiar.

Los intentos de notificación no resultaron eficaces. Primero, el demandante recibió una notificación para una vista ante el Juzgado con retraso (*Haddad*, 2019, §12). Luego otro juzgado que debía ponerse en contacto con él para que asistiera a la audiencia en Murcia no lo hizo (*Haddad*, 2019, §12), por lo que se procede a convocarlo a la vista para ratificar la tutela de sus hijos mediante un edicto en el Boletín Oficial de Murcia, cuando no parece muy probable que un inmigrante sirio refugiado que vive en Madrid y que no sabe español vaya a leer un edicto en un Boletín Oficial de Murcia. Por fin, los días 8 y 16 de abril de 2013, un miembro del Servicio de Protección de Menores de Murcia se puso en contacto telefónico con el demandante. Durante la primera conversación telefónica, se le informó de la importancia de la vista para la tutela. Es bastante dudosa la destreza lingüística del idioma español que pudiera tener el demandante. Este último se opone a dicha tutela. Además, él nunca había consentido, ni conocido la declaración de abandono. Muy tempranamente, el 8 de octubre de 2013, el presidente de la Comisión Regional para la Protección de los Menores propone

el acogimiento preadoptivo provisional de la hija del demandante suprimiendo ya cualquier visita de los padres biológicos a la menor.

Justo al mismo tiempo, una semana antes, el juez de instrucción número 5 de Alcalá de Henares absuelve al demandante de todos los cargos que se le imputaban y anula las medidas de alejamiento dictadas por el juzgado de violencia de Género de Coslada de Madrid. Esta sentencia, como contraste con el proceso contencioso-administrativo, hace justicia al demandante y es digna de atención porque refleja de un modo indirecto todos los prejuicios culturales que habían estado detrás de las administraciones por la imputación genérica de hechos al demandante (*Haddad*, 2019 §19). Además, considera insuficientes los informes psicológicos y médicos, y añade que el testimonio de los peritos en la vista era impreciso.

En febrero de 2015, el juez de primera instancia de Murcia autorizó que la hija pequeña fuera a una familia de acogida de cara a su adopción. Pese al recurso de Haddad y su mujer, la Audiencia Provincial de Murcia confirmó el auto del juez de primera instancia. Como contraste, la reclamación de Haddad para recuperar la patria potestad de sus dos hijos mayores fue autorizada por el gobierno regional que puso fin a la supervisión del departamento de protección infantil de los dos hijos de Haddad y autorizó su regreso con su padre.

En su procedimiento para recuperar la tutela de sus dos hijos, llama la atención que el Servicio de Protección de Menores reproche al demandante no haber tenido contacto con sus hijos entre el 28 de junio de 2012 y el 19 de noviembre de 2013, cuando son las fechas en las que el demandante tenía una orden de alejamiento. Por si eso no fuera ya un motivo legal de peso, el demandante vivía en Madrid, mientras sus hijos estaban en un centro de menores en Murcia, cuando carecía de esa información. Además, era un refugiado a la búsqueda de un trabajo para mantener a su familia. En cuanto a la menor, el Servicio de Protección de Menores alegaba que estaba integrada en su familia preadoptiva, circunstancia causada por la propia administración, ya que la Dirección de Política Social de Murcia

muy tempranamente el 20 de junio de 2013 había recomendado que se suspendieran las visitas de la madre a la menor y aconsejado restringir las visitas de la madre a sus dos hijos a una visita bimensual, en el lugar que determinaría el centro de acogida (*Haddad*, 2019, §14). Poco después, el 19 de julio de 2013, la Dirección General de la Región de Murcia cuando propone el acogimiento preadoptivo provisional ya incluye la prohibición de las visitas de los padres biológicos.

Retomando los obstáculos que la propia administración interpone al padre cuando quiere recuperar la tutela de la hija, también se le reprocha la falta de contacto con la menor, cuando ese hecho se había producido por circunstancias ajenas al demandante y por la actuación de terceras personas incluidas la administración, los tribunales y su esposa sin respetar su derecho a la vida familiar y sin que el fuera culpable de nada. Nuevamente ese hecho se basa en informes del 2 de febrero de 2015 de una psicóloga y una trabajadora social de la Atención de la Infancia II de Madrid que no tienen ninguna relación con la menor que llevaba varios años viviendo en Murcia.

Todo ello contradice frontalmente los criterios señalados en la jurisprudencia del TEDH. Entre ellos se dice que «en casos relacionados con medidas de cuidado público, el Tribunal también tendrá en cuenta el proceso de toma de decisiones de las autoridades, para determinar si se ha llevado a cabo de tal manera que se asegure que las opiniones e intereses de los padres naturales sean conocidos por y debidamente tenidas en cuenta por las autoridades y que pueden ejercer en su momento los recursos disponibles» (Strand Lobben, 2019, §211).

Por eso, está claro en este caso que la ruptura del vínculo entre el padre y su hija menor es achacable a la administración. El sexto criterio que hemos señalado contempla que las medidas de acogimiento deben ser temporales y tener como finalidad, siempre que sea posible, la reagrupación familiar. En el caso descrito, desde el inicio se buscó todo lo contrario: colocar a la niña en una familia de acogida, pero con vistas a la adopción. Todo ello contra la voluntad explícita de los padres

que se personaron ante el juez de primera instancia de Murcia, quien impuso el acogimiento contra la voluntad de los padres biológicos, sin argumentar las razones por las que estaban impedidos de cuidar a la menor o si la situación de desamparo seguía existiendo, tal y como figura en el auto del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Murcia:

Concurren en el presente caso los requisitos que la Ley exige para la constitución del acogimiento, en cuanto ha prestado el consentimiento la Entidad Pública que tiene encomendada la protección de menores, así como del de los acogedores, y aunque los padres biológicos no lo han prestado, su consentimiento debe ser suplido por la resolución judicial, ya que en la situación en que se encuentra la menor, su acogimiento en una familia en cuya vida común participe, y que se ocupe de velar por ellos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos, ha de ser muy beneficioso para su desarrollo físico, intelectual y moral, para su formación integral.

## 2. Ejecución de la sentencia de Estrasburgo en el caso *Haddad c. España*

### a) Plan de acción en el Comité de Ministros

Un plan de acción fue presentado el 6 de noviembre de 2019 por el Gobierno español ante el Comité de Ministros del CoE (Action Plan Report, 2019). La descripción del caso que figura en el sitio web de dicho Comité es el siguiente: el caso se refiere a una violación del derecho del demandante a su vida familiar como resultado de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas y judiciales a colocar a la hija del demandante en acogimiento familiar preadoptivo, sin tener en cuenta el cambio de las circunstancias del demandante que estuvieron en el origen que dio lugar a la separación del demandante en relación con su hija.

El Tribunal consideró que las autoridades administrativas deberían haber buscado otras medidas menos radicales en lugar del acogimiento preadoptivo, y en cualquier caso deberían haber

tenido en cuenta la petición del demandante de reanudar el contacto con su hija después del archivo del procedimiento penal que se había abierto contra él que había justificado una medida de alejamiento de sus hijos.

El Tribunal también criticó a las autoridades judiciales por una falta de diligencia seria en cómo los procedimientos fueron llevados a cabo: entre otras cosas, por un cierto grado de inacción, por reproducir automáticamente los argumentos de las autoridades administrativas y por no tener en cuenta el archivo final del proceso penal contra el demandante.

Las autoridades españolas proporcionaron una información preliminar referente a las medidas individuales. Se propusieron una serie de medidas para dar efecto a las indicaciones del Tribunal bajo el artículo 41 para reexaminar la situación del demandante y su hija a la mayor brevedad posible, pero estas medidas no fueron finalmente eficaces. La primera se refería al proceso de adopción: el abogado del demandante y el abogado que representaba a la Comunidad Autónoma de Murcia solicitaron al Juzgado de familia número 15 de Murcia, suspender el proceso de adopción ya que todavía la menor estaba en situación de acogimiento provisional y la adopción no se había producido, incluida la suspensión de la vista que estaba prevista para el 25 de noviembre de 2019.

En segundo lugar, en relación con las medidas para reasumir un posible contacto entre el demandante y su hija, los servicios sociales de Murcia elaboraron un plan de mediación para restablecerlo que incluía asesorar a las dos familias, la biológica y la de acogimiento, preparando a la menor para establecer contactos progresivamente con su familia biológica, supervisados en la fase inicial, y eventualmente establecer un régimen de visitas. Se llevaron a cabo entrevistas con las dos familias, y otros preparativos encaminados a ayudar a la niña a conocer su propia historia. Se acordó que el plan de mediación se podía revisar en cualquier momento si se observaban reacciones adversas por parte de la menor.

## **b) La sentencia de revisión en el Tribunal Supremo español en ejecución de la sentencia del TEDH en el *caso Haddad***

Sin embargo, el demandante, el señor Haddad, interpuso en 2020 una demanda de revisión para exigir la ejecución de la sentencia del TEDH ante el Tribunal Supremo, de lo que se infiere que ese plan de mediación no ha producido ningún efecto real de contacto de la menor con su padre y sus hermanos. Haddad interpuso esta demanda de revisión, en ejecución de la sentencia del TEDH contra el auto 86/2015, de 11 de febrero dictado por el Juzgado de Primera instancia número 3 de Murcia en procedimiento número 1676/2013 de constitución de acogimiento, y el auto 117/2016, de 7 de abril, dictado por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia y suplicó a la Sala dos cuestiones diferentes: la primera, que se estimara procedente la revisión solicitada y la rescisión de las resoluciones judiciales impugnadas; segunda, una indemnización por el daño sufrido.

La sentencia del TS se hizo pública el 10 de diciembre de 2021<sup>83</sup>. El procedimiento se realizó con vista, en la que comparecieron además del letrado del demandante, el letrado de la madre de la menor, el letrado de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo falla a favor del demandante en relación con su primera petición: ordena que se rescindan los dos autos citados, y que se retrotraigan las actuaciones nuevamente al tribunal competente para que se repita el procedimiento referente al acogimiento preadoptivo. La sentencia es muy clara con respecto al efecto de la estimación de revisión, ya que la decisión significa que se rescinde el auto que autorizó el acogimiento, en el sentido de que se deja sin efecto, pero eso no significa que la menor sea entregada nuevamente a su familia biológica, sino que el proceso

---

83 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Recurso de revisión, Sentencia número 858/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. Se celebró la vista el 1 de diciembre de 2021, dictándose sentencia el 10 de diciembre de 2021.

debe ser reabierto siendo el tribunal competente el que debe retomar el caso por el cauce correspondiente, ya que se deberá tener en cuenta cuáles serán las medidas más ajustadas al interés superior de la menor en la situación actual. A su vez el TS añade lo siguiente:

... excede al ámbito del proceso de revisión pronunciarnos sobre las medidas que resultarían más ajustadas al interés superior de la menor, en relación con lo previsto por el TEDH en los apartados 79 y 80 de su sentencia. Eso deberá ser acordado por las autoridades públicas y, en su caso, por el tribunal competente, por el cauce correspondiente (STS Fundamento cuarto, punto 3).

En consecuencia, será el juez de Murcia quien tendrá que dictar un nuevo auto oyendo a todas las partes y a la vista de la situación presente de la menor.

Efectivamente lo que se indicó en la sentencia del TEDH es que el demandante sea puesto en la medida de lo posible en idéntica situación a la que se encontraría si el artículo 8 del Convenio no hubiera sido violado. Pero hay que analizar de nuevo lo que es conveniente en la actual situación de la menor y eso le corresponde hacerlo al juez competente con la inmediatez de la prueba, de los hechos, oyendo a las partes. Eso excede de la función revisora del TS en este caso concreto, así como excedía del rol del juez de un Tribunal Internacional como es el de Estrasburgo. También hay que añadir que ese «poner al demandante en la idéntica situación» (que es una fórmula habitual en las sentencias del TEDH) en cuestiones relacionadas con menores nunca será idéntica, ya que el paso del tiempo es inexorable, y el menor después de tantos años en una nueva familia no se encuentra en la misma situación que se encontraba en 2015 cuando se dictó el primer auto. Será el juez competente el que decida los efectos de la revisión, y tiene abierta la posibilidad de mantener el acogimiento, de ver la conveniencia o no de que además del acogimiento la menor conozca o no a su padre y hermanos. De ninguna manera la sentencia del TEDH obliga a que la única solución

sea un retorno inmediato con el padre, y mucho menos todavía que la menor volviera a una institución bajo la tutela del Estado. Ante el TS, el demandante ha alegado también, por ejemplo, el derecho que la menor podría tener de conocer además de a su padre y hermanos, a sus abuelos y tíos paternos que residen en Suecia como refugiados (STS, Fundamento primero, 6).

## **V. El caso *Omorefe c. España***

En el caso *Omorefe c. España* (2020), la demandante es una inmigrante nigeriana, ahora ya con permiso de residencia en España. En el momento en que dio a luz a un menor de bajo peso estaba en una situación de precariedad, sin alojamiento ni permiso de residencia, con un progenitor que no quiso reconocer la paternidad. Cuando nace el menor, ella misma solicita la actuación de la administración y se declara una situación legal de desamparo por procedimiento de urgencia. No debemos olvidar que la suspensión de la patria potestad como consecuencia de la declaración de la administración como tutora debe ser aprobada por un juez y que además ello no implica la privación de la patria potestad, que requiere un procedimiento específico (Mayor del Hoyo, 2019, pp. 240-243).

Se acuerdan los derechos de visita, con la precisión de que serían revisados a los seis meses. Sin embargo, este acuerdo es incumplido por la administración a los tres meses. A la demandante se le retira el derecho de visitas y se coloca al niño en una familia de acogimiento preadoptivo sin su conocimiento y sin que hubiera habido en ningún momento una privación judicial de su patria potestad. El derecho de visitas se retira contra la voluntad de la madre y sin ningún informe psicológico. Se desprende de todo el caso, que existía desde el inicio una voluntad por parte de la administración de dar al niño en adopción, sin tener en cuenta otras medidas alternativas más respetuosas con el derecho a la vida familiar de la madre.

A partir de ese momento, la demandante inicia una larga vía de reclamaciones judiciales, en las que todas las instancias admitieron su

derecho de visitas, pero que fueron incumplidas por la administración. A los seis años, ya la Audiencia Provincial de Navarra accedió a la adopción y en esa misma sentencia privó de patria potestad a la madre (Mayor del Hoyo, 2020, pp. 105-122). La argumentación se basó más bien en la existencia de una situación de hecho por la que el menor desde los tres meses había convivido con esa familia de acogida y no había llegado a conocer a su madre.

La sentencia de Estrasburgo, después de recordar todos los principios generales que ha asentado en su jurisprudencia (*Omorefe*, 2020, §36-38), establece que las autoridades deben cumplir con sus obligaciones positivas de facilitar en la medida de lo posible la reunificación familiar desde el primer momento en que se encargan del menor. Además, estas medidas deben ejecutarse de inmediato porque de lo contrario el paso del tiempo puede acabar teniendo consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el padre o madre biológica que no vive con él. Si se ponen obstáculos contra los encuentros fáciles y regulares los vínculos entre los miembros de una familia y las posibilidades de un reagrupamiento acabarán debilitándose por la fuerza de los hechos (*Omorefe*, 2020, §39).

Además de la petición de la madre de la intervención de la administración, las autoridades administrativas hicieron una evaluación propia de la situación, que resultó ya inamovible, a pesar del cambio posterior de circunstancias con una evolución positiva de la situación de la madre, que para entonces ya había aprendido español, tenía alojamiento, permiso de residencia y un trabajo estable. Entre otras cosas, se siguieron considerando las circunstancias iniciales momento en el que carecía de recursos tanto la demandante como el padre biológico, estaba en situación legal irregular, carecía de empleo y de alojamiento estable y estaba en una situación emocional propia del postparto (*Omorefe*, 2020, §47). En un inicio, se le había otorgado un derecho de visitas y se supeditó una reevaluación de la declaración de abandono a la obtención de un alojamiento por parte de la madre y a que mejoraran sus condiciones socioeconómicas,

con el apoyo de los servicios sociales de base del barrio. En ningún momento del proceso hubo una evaluación de la ayuda real prestada por estos servicios, que fue prestada de modo eficaz, más que seis años más tarde en la sentencia de adopción.

También el TEDH llama la atención sobre la celeridad con la que se otorga al niño en acogimiento preadoptivo, siendo ejecutado el 25 de marzo de 2009, cuando la demandante fue informada por una carta pocos días antes, el 6 de marzo. Ya entonces la administración propone al juez no sólo suprimir su derecho de visitas, sino privarle de la patria potestad. Además, desde entonces en cada proceso judicial, la administración se opone a las visitas y reitera su petición de privación de la patria potestad. La madre insistirá en lo contrario y los jueces dan razón a la demandante, pero sin acabar tampoco de pronunciarse sobre el derecho a recuperar al menor.

El juez de primera instancia, el 28 de enero de 2010, falla a favor de la administración y de apartar a la madre en el proceso de adopción, cuando la ley exigía que eso no era viable sin un proceso judicial de privación de patria potestad, proceso contradictorio con audiencia de la madre. La Audiencia Provincial de Navarra anula esa primera sentencia el 10 de febrero de 2012. Para entonces ya habían pasado dos años. El 3 de febrero de 2014 el juez de primera instancia anula la medida de acogimiento familiar preadoptivo, pero la administración no ejecuta esta sentencia y el niño sigue en la familia preadoptiva. La madre continúa su batalla legal solicitando el derecho de visitas. En una sentencia de 15 de junio de 2015 el juez de primera instancia reconoce su derecho a visitas, concretándolas en una hora al mes en un lugar de encuentro familiar supervisado por la administración. Esta sentencia tampoco fue nunca ejecutada (*Omorefe, 2020, §45, 55 y 57*).

El TEDH constata que el paso del tiempo ha llevado a hacer definitiva una decisión que se había tomado con idea de que fuera provisional (*Omorefe, 2020, §56*). Reconociendo que las jurisdicciones internas han actuado de buena fe para preservar el bienestar del niño; sin

embargo, el TEDH juzga que ha habido falta de diligencia en el procedimiento llevado a cabo por las autoridades responsables de la tutela en la colocación del niño en preadopción y en la adopción (*Omorefe*, 2020, §57), como por ciertas jurisdicciones de primera instancia, que por inercia han tenido en cuenta sólo los informes elaborados por la propia administración, que era una de las partes en el proceso. Se concluye que ni las autoridades administrativas ni las instancias judiciales han ofrecido ninguna razón convincente de que fuera necesario un acogimiento familiar preadoptivo y una adopción, ambas sin consentimiento de la madre, y sin permitirle visitar al menor desde que tenía tres meses (*Omorefe*, 2020, §58). Por tanto, ha habido una violación del derecho a la vida familiar de la demandante.

Por otra parte, las autoridades internas son invitadas a reexaminar, en un breve plazo, la situación de la demandante y de su hijo menor y de ver la posibilidad de establecer algún contacto entre los dos teniendo en cuenta la situación actual del niño y de su interés superior.

## **VI. El artículo 46 del CEDH y la ejecución de las sentencias de Estrasburgo**

En los casos de *Haddad* (2019) y *Omorefe* (2020) a pesar de que, como hemos indicado anteriormente, el TEDH no tiene competencias para ordenar una devolución de los menores a sus padres biológicos, o una posible reunificación familiar, que sea contraria a lo acordado por los tribunales internos cuando los menores están en situación de preadopción u adopción legal, el fallo en ambas sentencias ha hecho uso del artículo 46 para indicar al Estado que estudie la posibilidad de restablecer el contacto entre los padres biológicos y los menores si esto fuera en interés del menor, así como un posible derecho de visitas, compatible con la situación de adopción en el caso *Omorefe* (2020) y compatible con el acogimiento provisional en el caso *Haddad* (2019).

En ambos casos las sentencias expresamente han indicado que se tenga en cuenta esta posibilidad a la hora de ejecutar la sentencia del TEDH. Esto corresponderá otra vez a las autoridades nacionales, bajo el control del Comité de Ministros. Esa posible ejecución, como es sabido, no es automática, y exigiría nuevamente la actuación de un juez español, tanto si los demandantes accionan la revisión ante el TS (véase supra el caso *Haddad*, 2019), como si las autoridades *motu proprio* iniciaran una posible mediación.

No pretendo ahora abordar el complejo tema de la ejecución de sentencias del TEDH, sino simplemente destacar algún aspecto que afecta a estos dos casos. Como es sabido, en España hay una vía para la revisión de la ejecución de las sentencias de Estrasburgo, previstas en el ordenamiento jurídico español. Fue abierta en el año 2015. La Ley Orgánica 7/2015 en su artículo 5bis ofrece una posible revisión ante el Tribunal Supremo. En el contexto de lo previsto en los artículos 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Siempre que no perjudique a los derechos adquiridos por terceros de buena fe». El demandante ante Estrasburgo, cuyo caso ha finalizado con el reconocimiento de la violación de algún artículo del Convenio (especialmente los casos referentes a violaciones de garantías procesales que todavía pudieran tener una posible revisión), puede solicitar en el plazo de un año, que se abra un proceso de revisión ante el Tribunal Supremo. Ya existe experiencia al respecto y en estos siete años han sido varias las sentencias revisadas, que alcanzan la decena<sup>84</sup>. Además de ese posible procedimiento, cabe una ejecución

---

84 Véase el capítulo de López Guerra (2020). Al margen de nuestro caso concreto, debe ser dicho que no siempre la revisión es la panacea cara precisamente a los derechos adquiridos por terceros de buena fe. No todos los países contratantes prevén sistemas de revisión de las sentencias de Estrasburgo. Dado el carácter subsidiario del TEDH, muchas veces la revisión doméstica cuando lo que se ha detectado es un vicio procesal puede exigir la retroactividad del proceso al momento en el que se ha detectado el vicio. A partir de ahí el demandante, está en la situación en la que se hubiera debido encontrar de no existir ese vicio, pero eso no significa que el nuevo fallo le vaya a resultar necesariamente favorable o absolutorio. Este es un mecanismo que a las partes les resulta en ocasiones difícil de entender desde el punto de vista jurídico. Es frecuente que si por ejemplo lo que ha faltado es la audiencia del acusado en una segunda instancia condenatoria, tras una primera absolutoria, el Tribunal Supremo retrotraiga el proceso a ese momento procesal y lo devuelva al

*ex officio* realizada por las autoridades españolas para el caso concreto. Además, los gobiernos pueden proponer cambios legislativos a la luz de ciertas indicaciones realizadas en determinadas sentencias.

Volviendo a estos dos casos, el TEDH ha indicado literalmente en el caso de Haddad (2019) lo siguiente:

Que habida cuenta de las circunstancias particulares del presente asunto y de la necesidad urgente de poner fin a la vulneración del derecho del demandante al respecto de la vida familiar, el Tribunal invita a las autoridades nacionales a reconsiderar en el plazo más breve posible la situación del demandante y de su hija menor a la vista de la presente sentencia, así como la posibilidad de establecer cualquier tipo de contacto entre ellos, teniendo en cuenta la situación actual de la menor y su interés superior, y adoptar cualquier otra medida que resulte apropiada en el interés superior de la menor (STEDH 2019, §79).

La sentencia elige las palabras exactas de «la posibilidad de restablecer cualquier tipo de contacto». Conviene matizar que no se utiliza el término *reunificar*<sup>85</sup>. El señor Haddad en su demanda no había solicitado ninguna indemnización por daños morales en caso de que el TEDH declarara una violación, sino que había pedido recuperar la guarda y custodia de su hija, algo que quedaba fuera de la competencia del TEDH.

En el caso de *Omrefe (2020)*, la sentencia del TEDH es todavía más concreta y, a lo ya dicho en el caso *Haddad (2019)*, se añade una referencia a la sentencia de 28 de octubre de 2015 de la Audiencia Provincial de Navarra, la cual había precisado ella misma que

---

tribunal pertinente. Igualmente, si por ejemplo ha faltado el llamamiento del interesado en un procedimiento contencioso-administrativo, como es por ejemplo el caso *Naranjo v. España*.

85 A diferencia de lo que señala Simona Florescu en la introducción de su, por lo demás, acertado artículo: «*In addition to finding a violation, the Court called upon the Spanish authorities to re-examine the situation in light of the judgment. Thus, arguably the Spanish authorities are to endeavor to secure the applicant's reunification with his daughter*». «Por tanto, podría decirse que las autoridades españolas deben esforzarse por garantizar la reunificación del demandante con su hija».

... sería oportuno señalar la posibilidad de adoptar en el futuro, si se estima deseable y si las condiciones legales se cumplen, y siempre en interés del menor, alguna forma de relación o de contacto a través de visitas o de comunicaciones con la madre biológica.

El TEDH observa que no ha habido ningún contacto entre la demandante y su hijo, ni antes, ni después de esta decisión y estima que la ejecución de la presente sentencia debería seguir la decisión interna citada. Además, estas referencias se han incluido en la parte operativa de la sentencia como parte del fallo, lo que les da más fuerza.

## **VII. El caso *M.L. v. Noruega***

Como se observó en el caso de *Strand Lobben c. Noruega* (2019), los servicios sociales noruegos se han caracterizado por un activismo a favor de la preadopción de menores cuando las madres estaban en situación difícil con una enorme celeridad e intentando de modo inmediato eliminar el derecho de visitas y el vínculo de la madre con el hijo. De ahí la conclusión de la sentencia *Strand Lobben* (2019) y los criterios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por no haber respetado el derecho de la demandante a la vida familiar.

En cuanto a los cinco casos ya sentenciados contra Noruega (ver *supra*) la descripción de hechos es muy similar a la de los casos españoles de *Haddad* (2019) y *Omorefé* (2020). En el último de ellos, *M.L. v. Noruega* (2020), más allá de los concretos hechos, se observa una pauta que se ha repetido en los casos contra Noruega, la actuación de los servicios sociales y de County Social Welfare Board (Junta) en unos periodos muy tempranos. A los nueve días de haber nacido la niña ya se le coloca en una familia de acogida. Las visitas entre la madre y la hija son establecidas desde un inicio de dos horas cuatro veces al año (*M.L. v. Noruega*, 2020, §23). La mayoría de la junta (compuesta por tres personas) decide además que no se le debe proporcionar a la madre la dirección de la familia de acogida. Las sucesivas demandas

de la madre no son atendidas. En ellas se demuestra también que su situación de salud ha mejorado y que algunos diagnósticos que se le habían realizado no habían sido adecuados.

Ya desde el inicio la junta tiene una idea preconcebida de eliminar los derechos de visita de la madre y los vínculos con ella. Siendo que las propias autoridades han creado esa situación, luego es el argumento que se utiliza para dar la niña en adopción alegando la ausencia de contacto de facto entre la madre y su hija. El tribunal del distrito apoya todas las decisiones tomadas por los servicios sociales y la junta. Asimismo, deja claro que la colocación de la menor en una familia de acogida no ha sido tomada como una medida temporal sino desde el inicio como una medida a largo plazo y que la finalidad del posible contacto entre la madre y el niño no era hacer posible una reunificación familiar, construyendo un vínculo entre la demandante y su hija (Ver *M.L. v. Noruega*, 2020 §32).

Con posterioridad, los servicios sociales y la Junta toman la decisión de privar a la madre de la patria potestad y autorizar la adopción por los padres de acogida. La razón principal era que la niña vivía con la familia de acogida ya desde que había nacido y tenía en ese momento cuatro años. Para ella eran realmente sus padres y no conocía prácticamente a su madre (ver *M.L. v. Noruega*, 2020, §35). El juzgado, a pesar de reconocer que la salud de la madre había mejorado y que el diagnóstico inicial no había sido correcto, antepone la situación de hecho del arraigo en la nueva familia y el desconocimiento de su madre biológica para decidir que era más conveniente la adopción, añadiendo dos nuevas razones como el hecho de que la madre biológica en caso de no producirse la adopción seguiría acudiendo a los tribunales para reclamar sus derechos a la reunificación familiar y a ampliar sus derechos de contacto con su hija. Además, los padres de acogida habían establecido que en caso de producirse no aceptarían una adopción abierta con derecho a contacto con la madre. Este último argumento que es ajeno a cualquier acción negativa atribuible a la madre biológica se usa, sin embargo, en su

contra, alegando que dado que esa va a ser la situación no interesa dar más peso al *principio biológico* y fomentar el vínculo con la madre biológica (*M.L. v. Noruega*, (2020) §45).

El Tribunal resume, una vez más, sus principios generales, en su mayoría extraídos del caso *Strand Lobben* (2019) y de los otros cuatro casos contra Noruega posteriores, en los que se aplicó estos principios sentados en la mencionada sentencia de Gran Sala. Se reitera que el principio del interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro, aunque haya que hacer un balance con los otros derechos en juego (*Strand Lobben*, 2019, §204). El Tribunal recuerda que la reunificación familiar es inherente al artículo 8 del Convenio y que, en caso de imponer por parte de las autoridades unos cuidados en manos de una familia de acogida que restringe la vida de familia de los padres biológicos, las autoridades deben tomar todas las medidas posibles para facilitar la reunificación. Por tanto, hay que preservar los vínculos y el contacto entre ellos (*Strand Lobben*, 2019, §205-208):

Es crucial que el régimen de contacto, sin exponer al niño a ninguna carga excesiva, apoye de modo efectivo la finalidad de la reunificación y que las autoridades puedan justificar que el fin último de la reunificación ya no es compatible con el interés superior del menor. No puede normalmente esperarse que la reunificación familiar haya sido apoyada si hay intervalos de semanas, o incluso meses, entre cada sesión de contacto. (*K.O. y V.M. c. Noruega*, 2019, §69) (*M. L. v. Noruega*, 2020 §79).

El Tribunal reconoce que puede haber situaciones de conflicto entre los derechos del niño y los de los padres. En esas ocasiones, en circunstancias muy excepcionales, dependiendo de la naturaleza y seriedad de estos conflictos, los derechos del niño pueden prevalecer sobre los de los padres (*Strand Lobben*, 2019, §206 y 207); (*M.L. v. Noruega*, §80). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en principio también es parte del derecho de un niño el convivir y ser educado por sus padres biológicos. Hay que tener cuidado de que la idea del *interés superior del menor* no se utilice para justificar un intervencionismo no

justificado o desproporcionado de la administración contra los padres biológicos, entendiéndolo erróneamente que el bienestar del menor no incluye esa vinculación biológica y priorizando el bienestar material del niño y un presunto orden social impuesto desde el Estado, incluso contra la voluntad de los individuos implicados.

Aunque las autoridades nacionales tengan un gran margen de apreciación en esta materia para juzgar los hechos del caso y hacer un balance de la situación, el Tribunal considera que en estas materias cualquier limitación de las autoridades impuesta para restringir los derechos de los padres en el acceso al contacto con sus hijos debe estar sujeta a un escrutinio más estricto (*stricter scrutiny*), debido a que esas medidas pueden suponer un peligro y cortar de raíz las relaciones entre un hijo y sus padres.

Un buen ejemplo de cómo el Tribunal ha aplicado este test de un escrutinio más estricto puede apreciarse en la sentencia que estamos comentando. En realidad, este concepto es un término abstracto que se aplica para ver si las restricciones de distintos derechos del Convenio están justificadas (ver *supra* epígrafe II del presente artículo). Frecuentemente se utiliza unido al test de proporcionalidad. Se trataría de razonar por qué una medida que va contra la futura unificación familiar puede estar justificada por una situación excepcional para evitar un riesgo para el niño si siguiera en compañía de sus padres biológicos, especialmente cuando las autoridades deciden establecer su propia tutela al declarar una situación legal de desamparo.

Aplicando estos criterios al caso presente, el TEDH observa que se suprimieron los vínculos familiares *de iure* y *de facto*. A continuación, afirma que la sentencia del juzgado de distrito que decidió la adopción no aportó ninguna razón que confirmara que existían circunstancias excepcionales que justificaran cortar todos los vínculos entre la demandante y su hija (*M.L. v. Noruega*, 2020, §90). Además, el mencionado juzgado no tuvo en cuenta la importancia del principio de vínculo biológico, basándose en el poco contacto entre la madre

y su hija. Sin embargo, el TEDH considera que no se les dio a la madre y a la hija ninguna oportunidad de desarrollar ese vínculo, ya que a los nueve días del nacimiento se reubicó a la niña en una familia de acogida y a la madre biológica se le restringieron las visitas de inmediato (*M.L. v. Noruega*, 2020, §91).

Ya hemos señalado que la junta le otorgó un derecho de visitas de dos horas cuatro veces al año, con unos supuestos previos de que la madre tenía dificultades en dar los cuidados debidos a su hija y que no los iba a adquirir nunca, por lo que ya se asumió que la acogida sería de larga duración y que en realidad nunca se iba a conceder una reunificación de la madre con su hija, de lo que se infiere que la restricción de los derechos de visita era premeditada (*M.L. v. Noruega*, 2020, §92 y 93).

En ningún momento posterior y tras demandas de la madre, esas mismas instituciones revisaron la evolución de esta persona y las mejoras en su salud, así como el cambio de diagnóstico. Las autoridades implicadas no establecieron ningunas medidas positivas para evitar que la madre y la hija terminaran siendo permanente y completamente una extrañas la una para la otra. En este caso concreto parece que la posibilidad que debe mantenerse siempre del derecho a la reunificación familiar fue abandonada por la propia Junta desde el primer instante en 2011. En realidad, las escasas horas de derecho de visita hacían imposible desarrollar ninguna relación significativa (*M.L. v. Noruega*, 2020, §93). Todo ello es contrario a los criterios que el TEDH ha establecido en su jurisprudencia para que el artículo 8 sobre el derecho a la vida familiar sea respetado.

Además, el argumento del juzgado de consolidar la adopción para evitar que la madre hiciera uso de los procedimientos judiciales para seguir insistiendo en su derecho de visitas y a la reunificación no puede ser usado como una razón para terminar con la situación de acogimiento. Precisamente el derecho de los padres biológicos de acceder a los procesos judiciales es parte también del artículo 8. En esos procesos, los tribunales deben de aportar sus razones para

justificar una posible limitación de esos derechos (*M.L. v. Noruega*, 2020, §95). El argumento del juzgado para otorgar la adopción se basa en una constatación de una falta de vínculo de hecho, promovido por las propias autoridades, pero estas no justificaron la existencia previa de razones graves a favor de la decisión de cortar esas relaciones desde el inicio y de un modo permanente o a favor de una declaración de abandono permanente o de una privación de la patria potestad. El TEDH concluye que las autoridades no cumplieron con sus obligaciones positivas de preservar los vínculos familiares de un modo razonablemente eficiente (*M.L. v. Noruega*, 2020, §97). Por otra parte, también se sabía que los padres adoptantes no aceptaban una adopción abierta, por lo que el derecho de visitas iba a quedar suprimido en un futuro.

En cuanto al papel del TEDH en estos asuntos es relevante lo que se concluye en esta sentencia. El Tribunal es consciente de que su tratamiento de casos como el presente en los que se analiza la situación del *iter* doméstico en su conjunto de una manera retrospectiva puede diferir sistémicamente de la perspectiva seguida por los servicios domésticos especializados en el cuidado de los menores y por las autoridades (incluidos los tribunales domésticos), que tienen que decidir lo que hacer con el niño y su familia en base a la situación de ambos en el momento en que la decisión es tomada y con un ojo puesto en el futuro (*Hernehult c. Noruega*, 2020, §75-76). Esto es una consecuencia de las distintas perspectivas unidas a su rol respectivo, siendo el rol del TEDH asesorar, en el margen de la demanda planteada ante él, si los órganos del correspondiente Estado actuaron en conformidad con las obligaciones de ese Estado bajo el Convenio. El Tribunal está de acuerdo con una de las decisiones del Tribunal Supremo noruego, posterior a *Strand Lobben* (2019), en la que se indica que los servicios sociales, la Junta de Bienestar Social y los tribunales domésticos deben incorporar todas las exigencias relevantes previstas en el artículo 8 del Convenio para evitar errores y deficiencias que no pueden ser reparados en un momento posterior (*M.L. v. Noruega*, 2020, §98).

Los procedimientos a través de los que la adopción de la menor fue autorizada y las razones aportadas para las medidas decididas reflejan que: primero, fue dada una insuficiente importancia a la finalidad de que el acogimiento debía ser temporal y que la familia afectada debía ser reunificada; segundo, se prestó poca atención a la obligación positiva de tomar medidas que preservaran los vínculos familiares en una forma razonablemente eficiente (M.L. v. Noruega, 2020, §89).

## **VIII. El caso *Abdi Ibrahim c. Noruega***

### **8.1 Hechos del caso *Abdi Ibrahim c. Noruega***

El caso de Gran Sala *Abdi Ibrahim c. Noruega* (2021), cuyo fallo fue pronunciado el 10 de diciembre de 2021, recuerda mucho en alguno de sus puntos al caso *Omrefe c. España* (2020). El asunto fue primero deliberado en sala y se llegó a una sentencia de violación del art.8. La demanda de la madre se ha centrado no en la recuperación de la guarda y custodia de su hijo, sino en que se mantuviera el acogimiento permanente, que es compatible con que ella ostentara la patria potestad, y que no se diera al niño en adopción a la familia de acogida.

El Gobierno solicitó el reenvío a la Gran Sala que fue aceptado. Ciertamente se daba un elemento novedoso como era la insistencia de la demandante no sólo en la violación del derecho a la patria potestad de su hijo, sino también en su queja de que además se había dado en adopción al niño a una familia que no era musulmana, lo que suponía según ella una violación de su derecho a la libertad religiosa porque ella deseaba que el niño fuera educado en la religión islámica. Finalmente, la Gran Sala analizó el artículo 8 a la luz de los elementos también culturales y religiosos, pero sin realizar un examen separado del artículo 9, ya que consideró que no había una obligación propia de exigir, si se habían puesto todos los medios posibles y no se había logrado encontrar ninguna familia musulmana disponible, que la adopción se llevara a cabo en una familia de la religión de la madre biológica por encima de cualquier otro elemento.

La demandante es una inmigrante de origen somalí que con 16 años escapó de su casa, estando ya embarazada, hacia Kenia a casa de un tío, donde dio a luz. No estaba casada y el padre no reconoció la paternidad. Un año más tarde comienza su periplo de inmigración junto con su niño recién nacido. Llegó a Noruega con 17 años donde se le otorgó asilo y derecho de residencia temporal. Allí se trasladó a un centro residencial para madres con niños. Ya en seguida los servicios sociales consideran que no va a ser capaz de cuidar a su hijo y comienzan a buscar de inmediato una familia preadoptiva. Luego de una semana, se coloca al niño en el hogar de una ciudadana noruega. Al mismo tiempo, los servicios sociales intentan buscar una familia somalí, pero no hay ninguna que esté disponible para asumir una nueva carga, ya que en su mayoría no tenían apenas medios económicos. Desde el inicio la demandante insistió en sus deseos de que en todo caso el niño fuera ubicado en una familia somalí o por lo menos en una familia musulmana.

## 8.2 El diagnóstico temprano de los servicios sociales sobre la falta de capacidad de la madre para el cuidado de su hijo

La Junta de servicios sociales del Ayuntamiento consideró el 10 de diciembre de 2010, cuando el niño tenía un año, que era vulnerable y que la madre era incapaz de cuidarlo adecuadamente. Desde ese momento se decide situarlo en una familia de acogida, pero pensando en que se convirtiera en su familia adoptiva. En relación con los derechos de visitas de la madre se acuerda reducirlo a una visita al año (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §22). La madre solicita que se envíe el niño a la familia de su prima somalí. La Junta no acepta esa propuesta por varias razones: la primera es que su prima es madre soltera y tiene ya a su cargo dos niños, pero la segunda y principal es que su objetivo es dar al niño en adopción (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §24), a la vez que se alega que el niño no tiene suficiente vínculo con la madre.

La actitud de las autoridades va en dirección opuesta a lo que exige el artículo 8 del Convenio y a los criterios establecidos en el caso *Strand*

*Lobben* (2019) (ver *supra*) y en otra mucha de su jurisprudencia anterior. Como hemos indicado anteriormente, las autoridades deberían de poner todos los medios a su alcance para que los vínculos familiares crezcan en lugar de disminuir, en situaciones como esta, en la que las carencias iniciales de la madre se deben a su escasa edad, a su trayectoria de inmigración, pero no tienen origen en ninguna causa atribuible a la voluntad de la madre (alguna adicción, maltrato, violencia o negligencia del hijo) y tampoco ninguna carencia psíquica o física inamovible. Sin embargo, el juzgado de distrito el 6 de septiembre de 2011 fija (de un modo similar al caso *M.L. v. Noruega*, 2020, que hemos visto líneas arriba) las visitas en una hora seis veces por año. La finalidad es que el niño tenga conexión con sus raíces culturales, ya que por otro lado no se sabe si las capacidades de la madre para el cuidado van a mejorar y si la orden de acogimiento acabará siendo más larga.

### 8.3 La elección de la familia de acogida contra la voluntad de la madre

Finalmente, el niño fue asignado en acogimiento a una familia de padres cristianos. En un inicio la familia de acogimiento que es muy practicante indica que respetará la cultura del niño, pero ya el 3 de octubre de 2012 los servicios sociales envían una carta a la madre con distinta información sobre la buena integración del niño en la familia de acogida en la que asumen que el niño participa en toda la vida social de la familia, incluidos los actos religiosos, como la asistencia a la iglesia. Poco después, el 11 de septiembre de 2013 los servicios sociales solicitan a la junta que se le retire a la madre la patria potestad y que se pida el consentimiento para la adopción por parte de los padres de acogimiento. Como solicitud alternativa, se pide que se niegue el contacto de la madre con su hijo (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §32). En la respuesta de la Junta se ofrecen dos razones para conceder la adopción: una que el niño ya tiene apego a su familia de acogida, y otra que la madre no va a ser capaz nunca de proporcionarle el cuidado debido (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §35). Pensando en el beneficio del niño, se considera que la adopción le proporcionara una

mayor estabilidad que un acogimiento a largo plazo y que reforzara su identidad, aunque a su vez se afirma que se le debe dar información sobre su familia biológica en el momento oportuno (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §36), cuestión, por ejemplo, a la que no se hace ninguna referencia en el caso de *Omrefe* (2020).

Los argumentos de la Junta resultan un tanto contradictorios. Por un lado, se afirma que el niño ha sido dado en adopción tan tempranamente que no tiene ninguna relación con su cultura y sus raíces. Por otro lado, se sostiene que un contacto más adelante con su madre, cuando sea maduro, puede contribuir a su identidad y a desarrollar sus valores con respecto a su etnicidad.

La madre recurre ante el juzgado de distrito la decisión de la Junta. Un experto recomienda no proceder con la adopción y aumentar el contacto entre la madre y el niño. Pero el juzgado de distrito apoya todos los argumentos de los servicios sociales y de la Junta y ordena la adopción. En un razonamiento basado en hechos consumados, se afirma que en realidad la desvinculación de sus orígenes ya se ha producido desde el primer momento del acogimiento y que ya está integrado en su nueva familia con la que lleva viviendo cuatro años, desde que cumplió un año. En 2015, el Tribunal Supremo reitera estos mismos argumentos y aunque reconoce que la madre ha madurado se basa otra vez en los mismos informes realizados cuando acababa de llegar a Noruega con 17 años. Como es apreciable, esta práctica de basarse en los informes previos a pesar de que las circunstancias hayan cambiado es la misma que hemos visto en el caso *Omrefe* (2020).

Además, afirma que hay que anteponer otras razones para la adopción por encima del principio biológico. Para entonces, los padres de acogida hacen saber que en caso de adopción no admitirán el modelo de opción abierta permitido por la legislación noruega y que no quieren que el niño tenga contacto con la madre. Es más, añaden que una vez que sean padres adoptivos bautizarán al niño y le cambiarán su nombre. El Tribunal Supremo deja constancia en su sentencia de los esfuerzos realizados para buscar una familia de

acogida musulmana, no habiéndose hallado ninguna disponible. Una mayoría del Tribunal Supremo no encuentra que estos elementos sean de suficiente peso como para negar la adopción cuando para el niño esa es su única familia desde la infancia.

Aplicando los criterios sentados por el TEDH en la mencionada sentencia de Gran Sala *Strand Lobben c. Noruega* (2019), el TEDH concluirá (como la sala al tratar esta demanda en el presente caso) que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio porque no se ha realizado un ejercicio de proporcionalidad adecuado y las autoridades no han cumplido con su obligación positiva de poner los medios adecuados para la reunificación del niño con su madre biológica.

#### 8.4 El criterio del origen étnico, cultural y religioso del menor a la hora de elegir familia de acogida debe ser uno entre otros más

De los Tratados internacionales y de un estudio comparado realizado por el TEDH entre los países miembros del Convenio se concluye que entre los criterios de la búsqueda del mejor interés del menor, el de tener en cuenta sus orígenes religiosos, étnicos, culturales y lingüístico no constituye una obligación independiente en sí misma, sino que es un elemento más por sopesar entre otros muchos en la elección de una familia de adopción que responda al bienestar del menor y a su interés superior, sin ser este un criterio de ningún modo decisivo (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §79 y 82). Por otro lado, los tratados internacionales protegen el derecho de los padres adoptantes a educar al niño conforme a sus propias creencias y valores, y no conforme a las creencias o religión de sus padres biológicos, con independencia del respeto a la toma de decisiones que el menor vaya adoptando según vaya madurando.

Una novedad en este caso es que el TEDH no solo declara que ha habido una violación del artículo 8 por la falta de medidas para mantener el contacto de la madre con su hijo, sino que profundiza en un modelo que podría denominarse *de acogimiento permanente*, como

una alternativa a la adopción en este caso concreto. En la sentencia, no se utiliza este término en sí mismo, pero se afronta el hecho de que lo que la demandante solicitó a los tribunales domésticos noruegos y también ante el TEDH fue la posibilidad de combinar el hecho de que su hijo siguiera de modo permanente en la familia de acogida, pero manteniendo ella la patria potestad y teniendo derecho a tener contacto o visitas con su hijo.

Su oposición a la adopción se veía agravada por el hecho de que los padres adoptantes se habían opuesto a una adopción abierta, con lo cual la adopción *de facto* y *de iure* impedían cualquier derecho de la madre biológica a visitas y contacto con su hijo tras la adopción (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §148). El TEDH reconoce que una adopción implica la colocación permanente de un niño en su nueva familia con exclusión de cualquier contacto con su familia biológica, y con exclusión de cualquier futura reunificación legal. Es decir, la patria potestad de los padres biológicos no es ya recuperable y la adopción una vez que se ha producido es irreversible. Esto es también así en los escasos países europeos que contemplan en su legislación la posibilidad de la adopción abierta, que exige siempre además el consentimiento de los padres adoptantes.

### 8.5 La petición de la demandante versa sobre mantener el derecho de visitas tras la acogida o la adopción frente a la ruptura definitiva del vínculo entre madre e hijo

La privación de la patria potestad y la colocación de un niño en una familia de adopción solo deben basarse en exigencias de grave peso a favor del interés superior del menor y tras una valoración con un escrutinio de su necesidad (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §149), concepto al que ya hemos hecho referencia en la sentencia *M.L. c. Noruega* (2020). La peculiaridad de este caso, en el que la demandante no pide recuperar la guardia y custodia (la reunificación familiar), lleva al TEDH a insistir que también en este caso las autoridades

domésticas tenían obligación de preservar los vínculos familiares. De hecho, es lo que la demandante ha reclamado a lo largo de todas las instancias judiciales y ante el TEDH. Por eso, el TEDH va a examinar si las autoridades domésticas han dado suficientes razones para justificar una completa y definitiva ruptura de los lazos entre la madre y su hijo, y si hubo exigencias de peso a favor del interés del menor, y una ponderación adecuada de los intereses en juego.

Primero el TEDH indica que el Tribunal Supremo no ha respondido a la demanda concreta de la recurrente que lo que pedía era solo mantener el contacto con el niño y que dicho Tribunal no ha considerado la posibilidad de buscar una alternativa en la que los derechos de la madre fueran respetados a la vez que los del niño, ya que la madre no se oponía a que el niño estuviera en la familia de acogida y su oposición a la adopción era porque no era una adopción abierta.

En cuanto al argumento de que el menor no respondía adecuadamente a las visitas de la madre, el TEDH considera que no se puede dar peso a ese hecho, dado que a la madre se le habían otorgado escasas horas de visita a su hijo al año. De este hecho, no se podía inferir que no hubiera sido bueno para el niño el haber mantenido contactos con su madre en un futuro.

El Tribunal Supremo ha dado más peso a los deseos de los padres adoptantes de no aceptar una adopción abierta que a los deseos de la madre a favor de una adopción abierta o de un acogimiento permanente que le hubiera permitido tener contacto con su hijo. En cuanto al argumento de que la madre podría seguir usando sus derechos procesales para lograr aumentar su derecho de visitas en caso no se concediera la adopción, se responde como en casos precedentes (*M.L. v. Noruega*, 2020) que los derechos procesales de los padres biológicos de acceso a los tribunales conforme a lo que esté previsto en la legislación nacional forman parte de su derecho al artículo 8 del Convenio (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §154).

## 8.6 La ponderación del derecho a la vida familiar desde la perspectiva de preservar en la medida de lo posible los orígenes culturales, étnicos y religiosos a la luz del artículo 9 del Convenio sobre libertad religiosa

Sobre la cuestión de los orígenes culturales, étnicos y las creencias religiosas, el TEDH hace un análisis relacionado con el artículo 8 bajo el artículo 9. Es decir, el deseo de la madre de que el niño sea educado en la religión musulmana debe ponderarse con otros derechos, de un modo conjunto. El TEDH indica primero que el Tribunal Supremo priorizó los deseos de los padres de acogida de educar al niño en la religión cristiana, pero ello no solo afecta a ese aspecto, sino que los padres adoptivos al negarse a una adopción abierta también se han opuesto a tener en cuenta otros aspectos relacionados con la etnicidad, la cultura, la religión, la conversión religiosa, especialmente a la luz de las diferencias entre los expresos deseos de la demandante de educar a su hijo en su cultura y en su religión, frente a las creencias de los padres adoptantes (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §155).

El Tribunal Supremo tuvo en cuenta que en la medida de lo posible la Convención de los Derechos del Niño aconseja que se tenga en cuenta este elemento si se puede respetar una continuidad en la educación del niño conforme a sus orígenes culturales y religiosos. Pero justifica la elección realizada por las autoridades de esa familia de acogida a la vista de que otros intentos por encontrar a una familia de cultura similar a la de la demandante fracasaron por falta de familias disponibles. Por otro lado, como el Tribunal Supremo tenía que decidir sobre la adopción después de que el niño había convivido con esa familia durante cuatro años, confirió más peso a la integración del niño en esa familia en lugar de acrecentar las diferencias culturales o religiosas (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §158).

El TEDH ante estos hechos aclara que su jurisdicción se limita a los hechos de la demanda que se ciñen a los procedimientos judiciales de 2013-2015, de manera que la decisión sobre la elección de la

familia de acogida queda fuera de su jurisdicción. Sin embargo, del razonamiento del Tribunal Supremo se deduce que la decisión de este último estuvo vinculada al hecho de la elección de familia que se había hecho en 2010. Esa inicial elección de esa familia en 2010 condicionó la decisión del Tribunal Supremo en 2015 de privar a la madre de la patria potestad y en autorizar la adopción (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §159).

Es decir, no hay otras razones relacionadas con la incapacidad de la madre, sino que era ya un hecho consumado que el niño estaba siendo educado de un modo determinado conforme a los valores de su familia de acogida. Según el Gobierno noruego, se hicieron muchos esfuerzos sin éxito para encontrar una familia de acogida somalí y la propia demandante renunció en el curso del proceso a su petición inicial de que el niño fuera colocado en una familia somalí o de religión musulmana (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §160).

El TEDH reconoce estos esfuerzos y afirma que la exigencia del artículo 8, interpretado a la luz del artículo 9, no exige que la familia de acogida sea de la misma cultura o del mismo origen religioso y que ese aspecto puede cumplirse de otros modos. Sin embargo, la Gran Sala está de acuerdo con la sentencia de la Sala en que los preparativos para que la demandante pudiera tener contactos regulares con su hijo, culminando en la adopción, no tuvieron en cuenta los intereses de la demandante en permitir a su hijo al menos tener algún vínculo con sus orígenes culturales y religiosos (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §161).

En su conjunto, el TEDH encuentra una violación del artículo 8 porque al privar a la madre de su patria potestad y autorizar la adopción las autoridades domésticas no dieron suficiente peso al derecho de la demandante a su vida familiar, en particular al interés mutuo de la madre y el niño en mantener sus vínculos familiares y relaciones personales, y en consecuencia la posibilidad de mantener contacto. Las razones dadas a favor de esa decisión no fueron suficientes para demostrar que las circunstancias del caso justificaran una completa

y definitiva ruptura de los vínculos entre el niño y su madre y que estuviera motivada en un requisito primordial para el interés superior del menor (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §162) y que no se tuvieron en cuenta debidamente todos los intereses en juego.

### 8.7 La no aplicación del artículo 46 del CEDH en este caso concreto

En relación con la necesidad o no de utilizar el artículo 46 del Convenio para indicar medidas individuales concretas en la demanda en cuestión, el TEDH consideró que no era necesario, ni oportuno señalar ninguna medida individual, ni general. La cuestión la suscitó la propia demandante en un momento procesal muy tardío, a saber, durante la propia vista, sin haberlo planteado antes por escrito ni ante la Sala, ni ante la Gran Sala. Sin precisarlo de un modo claro, parecía referirse a la posibilidad de que la Gran Sala ordenara la reapertura del proceso de adopción. Además, citó como referencia las dos sentencias contra España, *Haddad* (2019) y *Omorefé* (2020) como precedentes. La sentencia de la Gran Sala remite a las medidas individuales que se propusieron en ambos casos, que de ningún modo ordenan una reapertura de la situación de adopción en el caso de *Omorefé* (2020) (en *Haddad* (2019) se trataba todavía de un acogimiento preadoptivo). En ambos casos, se remite al criterio del mejor interés del menor y a los tribunales domésticos para que ellos tomen las medidas oportunas. Además, la situación es diferente porque para empezar en el caso *Haddad* (2019) no se había culminado la adopción, y así y todo la Sala aclaró que no tenía competencia para otorgar lo que el padre reclamaba, que era que inmediatamente el Tribunal ordenara la devolución de su hija. La parte operativa de la sentencia, como se ha visto antes, remite a los tribunales domésticos para que tengan en cuenta si se podría de alguna manera restaurar el derecho de la menor a conocer a su padre y a sus dos hermanos.

En cuanto al caso de *Omorefé* (2020), la Sala se remite a una indicación que había realizado el propio tribunal español y se vuelve a remitir a las instancias internas para que en caso de que así lo

solicite la demandante a través de un recurso de revisión y en caso de que fuera viable y en el mejor interés del menor pudiera conocer a su madre biológica. Pero todo ello no es algo que haya ordenado directamente el TEDH. La adopción ya realizada en España tiene carácter irreversible y la adopción abierta requiere el consentimiento de los padres adoptivos.

Volviendo al presente caso, el Tribunal indica que el niño y sus padres adoptivos disfrutaban ya de una vida familiar común y que cualquier medida individual supondría una interferencia con su actual vida de familia. Además, estos aspectos no han sido alegados durante el proceso, ni se ha hecho un análisis de estos en la presente sentencia (*Abdi Ibrahim c. Noruega*, 2021, §183).

En cuanto a medidas generales relacionadas con la legislación noruega, el Tribunal es consciente de la información a su disposición sobre los esfuerzos que Noruega está haciendo para ejecutar las sentencias del TEDH en esta materia concerniente a los distintos tipos de medidas de bienestar de los menores y también de que dicho país está en el proceso de poner en vigor una nueva legislación. Por tanto, considera que no es necesario indicar ninguna medida general. En los temas relacionados con menores, como se ha indicado previamente, el paso del tiempo es irreversible, como lo son también las situaciones aquí descritas.

## **IX. Algunas conclusiones: la actitud del juez en casos de declaración de desamparo y acogimiento y la motivación de la sentencia**

### **9.1 La actitud del juez y la motivación de la sentencia**

En cuestiones tan delicadas como las que venimos tratando, el juez debería tener una actitud de escucha de todas las partes implicadas y recabar *motu proprio* pruebas e informes con premura para ser capaz de conocer los hechos de primera mano.

En los casos examinados, vistos por muchas instancias judiciales, se observan distintas actitudes por parte de los jueces. Algunos se implican en la cuestión y recaban información, no aceptan los datos como *fait accompli* (hechos consumados) sino que escuchan a los padres biológicos, llaman como testigos a las personas que les han acompañado en su proceso de inmigración, asistentes sociales o asociaciones de barrio o de inmigrantes que les hayan conocido de primera mano, al margen de los técnicos de la propia administración implicada, que es parte interesada (véase en el caso *Omorefé* (2020) la sentencias de lo civil de primera instancia de 2015).

Esa diversa actitud, se refleja también en la motivación y la argumentación de la sentencia. Algunas reproducen mecánicamente lo aportado por la administración, sin atender a la posible evolución de las circunstancias, otras reflejan un mayor acercamiento del juez al caso concreto. Otras son muy breves y carecen de motivación. Son frecuentes las que muestran la implicación del juez y la actitud de escucha e interés personal por informarse bien de la situación de los padres y los menores, adoptando un papel activo.

## 9.2 El juez como intermediario entre las partes en los procesos de acogimiento y la correcta evaluación del cambio de las circunstancias

El juez nacional en los procedimientos de declaraciones de situación legal de desamparo, así como en todos los pasos posteriores de posibles acogimientos, preadopciones, adopciones, debería de actuar como garante de todos los implicados, y no solo del menor. El juez no debe adoptar un papel *a priori* de defensa de la administración, sino de todos los afectados por el proceso. Concretamente en lo referente a la solicitud de prueba y de la solicitud de informes periciales *ex officio*, sin conformarse con aquellos ofrecidos por los servicios sociales de la propia administración.

Especialmente, el juez debe atender a la evolución en las circunstancias de los padres biológicos (además de la evolución del menor) y no

quedarse inmovilizado en los informes iniciales que han motivado una primera declaración de desamparo. En los dos casos españoles examinados, *Haddad* (2019) y *Omorefe* (2020), se produce una declaración de situación legal de desamparo solicitada por la administración y consentida por las madres biológicas, en las que la Comunidad Autónoma asume la tutela por procedimiento de urgencia y se adoptan medidas necesarias para la guarda (Del Hoyo, 2000).

Especialmente en el caso de menores, la adecuación de una medida se juzga por la rapidez en su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre el niño y el progenitor que no vive con él, tanto a la hora de declarar una situación de desamparo, como a la hora de restablecer la guardia y custodia de los padres biológicos si la situación ha evolucionado favorablemente a favor de estos.

Ante unos hechos consumados y con el niño viviendo durante varios años en una familia de acogida, preadoptiva, una posible devolución del niño a sus padres biológicos o una toma de contacto (cuando en ocasiones puede ni siquiera saber que sus padres viven o no los haya visto nunca) podría ser contraria al interés del menor.

Por otra parte, tanto las administraciones, como los jueces deberían priorizar la búsqueda de soluciones en este tipo de casos y no demorar los procedimientos judiciales. Algunas posibles alternativas al acogimiento en vías a la adopción podrían ser los acogimientos temporales o permanentes con personas del mismo entorno familiar o cultural u otras (ver experiencias de buenas prácticas recogidas en el último epígrafe del artículo). Incluso distinguir entre los padres que están en lista de espera porque desean adoptar frente a otros que no les importaría tener un menor en acogida permanente tutelado por la administración y con la ayuda de esta.

Otra alternativa es emplear todos los esfuerzos en apoyar la socialización, empleo, vivienda, talleres laborales, aprendizaje del idioma de esa madre inmigrante con carencias de todo tipo, en lugar de ha-

cer toda una inversión en psicólogos y servicios sociales para prohibirles el contacto con sus hijos. En algunos casos, hemos visto que las asociaciones de barrio, las ONG y la misma sociedad civil han ayudado mucho a través del trabajo de voluntariado, teniendo muy pocos medios económicos. El juez podría llamar como testigos a estos actores de la sociedad civil. La judicialización lleva a retrasar las soluciones y a dar por definitivas medidas que deberían haber sido solo temporales<sup>86</sup>.

Como hemos visto, el TEDH lleva ya tiempo estableciendo unos criterios con una larga jurisprudencia. Esa línea jurisprudencial se ha mantenido, si bien hay una nueva insistencia del TEDH en afirmar lo siguiente:

«La decisión de tutelar un niño debe considerarse en principio una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitan, y cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reunir al padre biológico y al menor» (*K.T. c. Finlandia*, 2000, §178), (citado en *Haddad c. España*, 2019, §54).

Concretamente, el propio Código Civil español prevé en su artículo 173 bis la posibilidad de utilizar figuras como el acogimiento familiar

86 S. Florescu, (2019):

«In line with its well-established case law the Court proceeded to assess (i) whether the decision making process was fair, allowing the applicant to properly participate in the proceedings and (ii) whether the Spanish authorities appropriately discharged of their positive obligation to take all reasonable measures for reunification of the applicant with his daughter. The Court found no issues with the decision-making process as the applicant was represented by a lawyer and he had the opportunity to challenge the domestic decision. The Court did however rule that the Spanish authorities had not adequately complied with their positive obligation to take all necessary steps in facilitating the father daughter reunification. For the Court it was particularly problematic that the authorities did not change their attitude following the applicant's acquittal. The authorities did not conduct any personalized assessment of the situation in light of the new circumstances. Also, they did not appropriately assess the applicant's parenting capabilities. Of special importance was the fact that the lack of contact between the applicant and his daughter was caused by the restraining order and it was precisely this lack of contact which served as a justification by the authorities for placing the daughter in pre-adoption proceedings. I would also like to highlight that—somewhat unusual—the Court ordered Spain to reexamine in a short delay the case in the light of this judgment».

temporal o el acogimiento familiar permanente, antes de dar paso a la guarda con vistas a la adopción en su artículo 176 (anteriormente denominada acogimiento preadoptivo) o a la adopción definitiva.

Muchas veces dadas las circunstancias, puede haber una cierta previsión de que la familia de acogida terminará siendo la familia de adopción. Sin embargo, lo que hemos observado en estos dos casos es que ya se eligió a las familias pensando directamente en la adopción. Esto podría causar también una injusticia con esas propias familias de acogimiento porque no se les ha informado adecuadamente sobre las posibles soluciones de futuro, entre las que se encuentra el retorno del menor a la familia de origen. De esta jurisprudencia, se infiere que la información a los padres de acogida debería ser más clara. Además, esas familias de acogida o preadoptivas se ven directamente afectados y sin embargo no son parte en el procedimiento o lo son de un modo pasivo sufriendo sus consecuencias.

### 9.3 Las partes afectadas en el proceso interno. Los padres adoptivos o los padres de acogida

Una peculiaridad en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que las partes afectadas en el proceso doméstico no son parte en la demanda ante Estrasburgo. Las partes contenciosas son el demandante contra el Estado. Son los abogados del Estado los que defienden la legitimidad de los procedimientos domésticos y, en cierto modo, apoyan las actuaciones de las administraciones, de los tribunales y de otros implicados cuando se dirimen controversias entre particulares a los que les ha podido favorecer la sentencia interna. Curiosamente lo que se denomina *terceras partes*, en el derecho del Convenio, nada tiene que ver con ello. Son habitualmente las ONG, otros Estados, universidades que pueden ser aceptados para aportar información jurídica sobre el tema, pero deben de abstenerse de analizar o entrar en el caso concreto pendiente de resolverse.

Al respecto, el juez Pastor Vilanova publicó un artículo remarcable apuntando esta problemática (Pastor Vilanova, 2020). Es esta una

discusión viva en el propio Tribunal de Estrasburgo. Por ejemplo, en el caso *Strand Lobben c. Noruega* (2019), que se llevó a la Gran Sala, cuando por primera vez se decidió informar a los padres adoptivos del proceso por si querían aportar alguna información al proceso en curso. No quisieron hacer uso de ese derecho, pero es loable haberles brindado esa oportunidad. En el caso *Ibrahim c. Noruega* (2021), los padres adoptantes se personaron en el proceso como terceras partes y se refirieron a los derechos de los cuatro hermanos adoptivos a convivir con el niño adoptado (*Ibrahim c. Noruega*, 2021, §128-129). También en el caso español *Omorefé* (2020) la Sala invitó a los padres adoptivos a presentar por escrito información sobre el caso. En la mayoría de las ocasiones, ni los padres de acogida ni los padres adoptivos son parte en los procesos domésticos.

En otro tipo de procedimientos relacionados con la guarda y custodia, o procesos de secuestro internacional también a uno de los padres biológicos, que no era el demandante, se le ha permitido acudir al Tribunal como tercera parte y presentar un informe escrito. Por ejemplo, en *Y.Y and Y.Y. c. Rusia* (2022), el padre aportó sus propias observaciones, evidencias, documentos y opiniones, desafiando la versión de la madre que era la demandante. La decisión de permitir al padre intervenir como tercera parte fue otorgada a requerimiento del padre por el vicepresidente de la Sección, en virtud del artículo 36 § 2 de la Convención y la Regla 44 § 3 de las Reglas del Tribunal. El padre que actuó como tercera parte no tenía la custodia del niño, a quien él había secuestrado en el parvulario y se oponía a devolvérselo a la madre, aunque la madre lo recuperó finalmente (*Y.Y. and Y.Y. v. Russia*, 2022)<sup>87</sup>. También en el caso *Y.S. y O.S. c. Rusia*, (2021) concerniente al secuestro de un menor por su madre, quien le llevó de Ucrania a Rusia, se le permitió al padre que tenía la guarda y custodia, acudir al Tribunal como tercera parte, ya que la demandante era la madre que no tenía la custodia.

---

87 Para un estudio más detallado de la representación de los menores en el TEDH, Elósegui, M. (2022) «La representación de los niños ante el Tribunal Europeo de derechos Humanos y el principio de subsidiaridad».

## **X. Experiencias de acogimiento familiar permanente. Ejemplos de buenas prácticas en Guipúzcoa/Gipuzkoa<sup>88</sup>**

Como colofón de este artículo, se ha realizado una pequeña investigación de la práctica real del procedimiento de acogimiento llevado a cabo en la provincia de Guipúzcoa/Gipuzkoa, por parte de la Diputación Foral de la misma. Lo aquí expuesto quiere ser un botón de muestra de posibles modos de hacer respetuosos con los criterios indicados por el TEDH. Esta institución Foral, como muchas otras, trabaja con la ayuda de la intermediación de varias ONG profesionales dedicadas al acogimiento y en contacto con las instituciones públicas. En esta provincia también son varias las entidades que trabajan en el acogimiento y adopción: Lauka, Baketik, Beroa y Agintzari. El Centro Lauka es una sociedad limitada, dirigida por tres profesionales, que actualmente cuenta con un equipo de sesenta y dos trabajadores, en su mayoría psicólogos de formación<sup>89</sup>. Su especialidad es el trabajo en acogimientos voluntarios y guardas con orientación a la adopción.

Una peculiaridad de la Diputación Foral de Gipuzkoa es la posibilidad de establecer un acogimiento familiar permanente y con contacto con la familia de sangre (más del 90 % de los casos). En esta modalidad, esta institución provincial mantiene la tutela del menor y se hace un seguimiento del tutelado hasta que este cumple veintitrés años. Es decir, se le ayuda hasta su posible emancipación. Algunos de estos menores siguen siempre en su familia de acogida y pueden pasar también a ser adoptados cuando cumplen dieciocho años si

---

88 Cristina Herce de la entidad Lauka es directora del Servicio de Asistencia Técnica en El Acogimiento Familiar de Menores en Situación de Desprotección/Basbesik Gabeko Egoeran Dauden Adingabeen Famili-Harrera Zerbitzuaeren Zuzendaria) y Cristina Achucarro, dirige el Programa de Formación y Selección de Familias Acogedoras de dicho Servicio.

89 Una de las familias que tiene un hijo en acogimiento me puso en contacto con la entidad Lauka. Por otra parte, el juzgado de lo civil de San Sebastián/Donostia me facilitó el contacto con la jurista de la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa, Lupe Imaz, que se encarga de estos procedimientos con las familias y ante el juzgado. Le agradezco enormemente toda la información que me facilitó sobre la puesta en práctica en esa provincia de lo previsto en el Código civil.

la familia acogedora y ellos lo desean, según vaya evolucionando esa relación y también teniendo en cuenta el factor de la familia biológica. Estos acogimientos permanentes se hacen en principio no de cara a un retorno a la familia biológica, pero sí del mantenimiento de un derecho de visitas.

En 2017 se legisló en la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través del Decreto 152/2017, de 9 de mayo, por el que se aprueba la actualización del instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo de los Servicios Sociales, Municipales y Territoriales de Atención y Protección a la Infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BALORA), con un texto de uso obligatorio por parte de los servicios sociales municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad del País Vasco<sup>90</sup>. En este diagnóstico, se estudia con ayuda de profesionales médicos, psicólogos y trabajadores sociales el pronóstico de recuperación de esos padres biológicos (generalmente, madres). Si existen circunstancias no recuperables que hacen imposible no solo el ejercicio de la guardia y custodia (ya existe una declaración de desamparo), sino también el contacto (visitas) con las hijas o hijos, entonces no se permite la relación. Por ejemplo, esto sucede en el caso en que haya maltrato crónico, que no tiene que ser sólo un maltrato físico, o cuando determinadas problemáticas derivadas de una situación de desadaptación o aislamiento social, de toxicomanía, trastornos psiquiátricos severos, a veces sin diagnosticar, hacen que las visitas, en caso de producirse, sean tóxicas.

Una cuestión importante es la de la posibilidad o no de retorno a su familia biológica. Esta entidad de profesionales hace una valoración global de la familia biológica. Cuando se trata por ejemplo de situaciones de precariedad de los padres, por encontrarse en situación de drogadicción, alcoholismo, etc., el menor no puede estar en una situación continua de incertidumbre y necesita estabilidad. Es decir,

---

90 El Decreto incluye una taxonomía de necesidades básicas en la infancia y adolescencia e indicadores para su evaluación, así como una guía instrumento

no debe estar en una situación transeúnte dependiente de la evolución de la salud de sus padres biológicos. Se analiza y se hace un seguimiento de los padres y se ve si es compatible con que el menor no pierda el vínculo con ellos. Se intenta al máximo preservar ese vínculo, en la medida en que no sea perjudicial para el menor. A través de los servicios sociales del ayuntamiento y de los programas de preservación familiar se hace un esfuerzo por reforzar a la familia biológica.

Por tanto, se distinguiría entre estas familias no capacitables, ni a corto ni a largo plazo, frente a otras con un pronóstico de capacitación, en la que con ayuda de esta entidad y de los servicios de la administración es posible establecer unas visitas con apoyo (si el apoyo es necesario). Es en estas situaciones en las que se establece ese acogimiento permanente, sin pasar por un acogimiento temporal. Este modelo es más respetuoso con los derechos del niño y de la familia biológica porque el niño se encuentra más arraigado, conoce a su madre, padre y hermanos, y la familia biológica está incentivada para mejorar. Si la situación mejorara muchísimo en la recuperación del padre o la madre biológica y en el cambio de circunstancias que han originado la tutela de la administración, el acogimiento permanente es en teoría reversible, si ello responde al interés superior del menor.

Si en los dos primeros años de acogida tras el desamparo, la situación de la familia biológica no ha revertido, el acogimiento familiar se convierte —o continúa siendo— permanente; a partir de ese plazo de tiempo, la familia biológica tiene derecho a presentar nueva información que dé cuenta de sus cambios, pero ello no implicará un retorno para el niño, que solo se produciría en el caso de que el acogimiento familiar no fuera bien y se vea que un retorno sería más adecuado; la falta de adaptación en la familia de acogida no suele ser nada frecuente porque suele darse una previa y adecuada valoración y selección de la familia.

En opinión de estos profesionales, los dos primeros años del menor son muy importantes. Entienden que se debe encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos de los padres biológicos y la protección de los derechos del menor. Estamos hablando de situaciones en la que

los padres biológicos viven y están en el entorno del menor. Hay que compaginar lo previsto en el Código Civil de que a los dos años ya no se puede recuperar la patria potestad, con estas situaciones en las que se da un proceso de acogimiento apoyado por las administraciones que están en contacto con la familia acogedora. La administración sigue teniendo la tutela y la patria potestad está suspendida, pero no se ha llevado a cabo una privación de esta porque esto es compatible con el acogimiento permanente, en el que los padres de acogida son guardadores, pero no tienen la patria potestad, lo que no sería posible en una adopción que requiere privación de la patria potestad de los padres biológicos y tutela de los padres de adopción.

Por parte de las familias acogedoras en Guipúzcoa, un elemento importante es que estas provienen de un listado diferente al de personas y familias que quieren adoptar. En la mayoría de las comunidades autónomas, el acogimiento se ve como un paso para la adopción, por eso se ha denominado hasta ahora acogimiento preadoptivo. Y, en muchas de ellas, si los padres no se han recuperado en dos años se procede ya a dar los niños en adopción y a romper todo vínculo con sus padres biológicos, en la línea habitual hasta el presente de intentar cortar todos los vínculos e incluso el conocimiento sobre su familia de origen. Esto ha sido lo común y lo sigue siendo todavía en muchos casos.

Este intento de salvar los vínculos con una mayor dedicación y apoyo a la familia biológica es bastante novedoso. La selección de estas personas y familias acogedoras es diferente a la personas y familias que quieren adoptar, aunque si posteriormente por ejemplo los progenitores fallecieran, estos niños serían adoptables por la familia de acogida y no por una nueva familia de adopción. El primer paso que se da es el de buscar esas personas de acogida en el propio entorno familiar, comenzando por abuelos, abuelas, tíos, tías. Es decir, la familia extensa.

Esto ha dado muy buenos resultados porque hay que tener en cuenta que los acogedores cuentan con el apoyo de la administración, tanto económico, como además psicológico. Es decir, la Diputación de Guipúzcoa da una ayuda económica mensual para gastos ordinarios del

menor, se hace cargo del pago del refuerzo educativo del menor, hace de mediador entre la familia de acogida y la biológica, apoya las visitas de los padres biológicos al menor. Con todo ello, la familia acogedora no se ve sola y, por otro lado, en el supuesto de que no tengan muchos medios económicos, los gastos que genere el menor estarían sufragados por la administración. También en el caso de que haya varios hermanos de una misma madre se les sitúa en familias cercanas y se promueve el conocimiento y el trato entre ellos desde el inicio.

Hay ocasiones en las que la familia acogedora solicitante, sea extensa o ajena, no reúne las condiciones para un acogimiento de modo permanente del menor o incluso una adopción. En estos casos, si no están conformes con las razones dadas por la administración, cabe que interpongan un recurso judicial. El Decreto 179/2018, de 11 de diciembre por el que se regula el acogimiento familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco, al igual que la anterior ley de referencia, la Ley 3/2005 de 18 de febrero, prioriza a las familias extensas frente a las ajenas; pero ambas tienen que cumplir los requisitos de adecuación estipulados. Todas las familias pueden recurrir su resultado en el juzgado. La Diputación Foral de Gipuzkoa otorga a todas las familias, sean extensas o ajenas, los mismos derechos y obligaciones y, en este sentido, todas las personas y familias acogedoras son objeto de valoración y seguimiento. Todas reciben la misma dotación económica mensual, en concepto de ayuda para el cuidado del niño o niña acogida, que es superior en caso de que el niño o niña tenga necesidades especiales y, por tanto, requiera más dedicación. En el caso de Gipuzkoa, la proporción de familias acogedoras es superior a la media nacional.

En los momentos iniciales en los que se debe actuar con urgencia ante el abandono o el maltrato de un menor, se busca una familia de acogida de urgencia para seis meses, que luego puede pasar a ser acogimiento familiar temporal o permanente o derivar en una adopción según la evolución y las circunstancias. Lo habitual es que el niño pase de la familia de acogida de urgencia a una familia definitiva,

que suele ser otra. No obstante, si una familia de urgencia se ofrece para el acogimiento temporal, y si la familia temporal se ofrece para el acogimiento permanente, una vez valorada la adecuación para ello, la Diputación Foral de Gipuzkoa va a respaldar esa posibilidad, ya que redundará en la estabilidad del menor.

El objetivo prioritario por parte de los servicios sociales es intentar la continuidad y evitar que los menores tengan una vida fragmentada con cambios de familias. La mayoría de los acogimientos son permanentes, porque ya se ha indicado previamente que se invierten muchos recursos para evitar la separación, y que, en la mayoría de los casos una vez que se ha decretado el desamparo, el retorno puede no ser viable. Muchas veces, sobre todo al inicio, las visitas a la familia biológica se realizan con el acompañamiento de un profesional.

Por otro lado, no se debe imponer al menor esas visitas a los padres biológicos, que incluso en muchas ocasiones están separados. Es decir, la situación de acogimiento permanente las permite, pero no las exige. En ocasiones los efectos pueden resultar contraproducentes para el menor si es testigo del deterioro de su madre biológica (casos de drogadicción, alcoholismo). Sí que se tiene muy en cuenta el derecho de visitas a las abuelas y abuelos, sobre todo cuando estas han manifestado la voluntad de ofrecerse para el acogimiento permanente, pero se ha visto que no era adecuado este último porque por la edad o debido a sus circunstancias no lo podían asumir.

Todas las solicitudes de visitas son objeto de valoración, y todos los casos tienen un plan de contactos que se revisa periódicamente, al igual que la conveniencia, o no, de que cuenten con acompañamiento profesional. Al inicio del acogimiento, lo habitual es que las visitas cuenten con el servicio de supervisión o acompañamiento y, de hecho, el mismo puede llegar a mantenerse muchos años. Sin embargo, en la medida en que se valora que se puede prescindir, el acompañamiento se deja de hacer. Por otro lado, se organizan las visitas en un contexto lo más normalizado posible, considerándose tanto un derecho del niño como de la familia biológica.

Como hemos indicado, hay una gran diferencia legal y práctica entre el acogimiento permanente y la adopción abierta porque en el primero es la administración la que tiene la patria potestad y la tutela, y no los padres acogedores; mientras que en la adopción son los padres adoptantes los que asumen la tutela y la patria potestad, y toman ya todas las decisiones sobre los menores, y la administración desaparece de esa relación. Si se estableciera una adopción abierta el juez establecería las medidas acordadas de posibles visitas etc., entre las dos familias y debe hacerse siempre con el consentimiento de la familia adoptante y la del menor.

En este contexto de trabajo, este modelo de adopción abierta, previsto en el Código Civil en la reforma de 2015, resultaría aplicable a este tipo de situaciones de acogimiento permanente en las que los menores ya son adolescentes o adquieren la mayoría de edad y quieren ambas partes, después de todos esos años de convivencia, proceder a una adopción.

Los datos concretos son que a fecha de 2020 había en Guipúzcoa cuatrocientos catorce niños, niñas y jóvenes en familias de acogida, de los que trescientos treinta y ocho son menores de edad y otros setenta y seis chicos y chicas siguen viviendo con ellas tras su mayoría de edad. Este programa de acogimiento familiar de la DFG lleva funcionando treinta y tres años y es una figura de protección consolidada. También se ofrece una fórmula de apadrinar a través de otro proyecto a menores en acogimiento residencial con familias que hacen el papel de tíos o tías. En esta situación hay ciento cincuenta y ocho personas, ayudadas por la asociación Baketik. En relación con la búsqueda de familias de acogida, concretamente la Diputación Foral de Guipúzcoa el 2 de noviembre de 2020 realizó una campaña de búsqueda de sesenta familias de acogida, titulada «invisibles», con el objetivo de visibilizar a los niños y niñas en situación de desprotección, y tratar de encontrar familias de acogida. Respecto a la eficacia de este modelo es significativo el informe del Defensor del Pueblo Vasco (Ararteko) de año 2017, que fue cuando este sistema cobró auge. Este informe, sobre la valoración de los servicios sociales sobre la declaración de desamparo y medidas de

acogimiento, refleja que las quejas recibidas tras la puesta en práctica de su recomendación General 1/2015 sobre la regulación del acogimiento familiar, eran infundadas y que la administración había actuado en la mayoría de los casos correctamente.

## Bibliografía

- Action Plan report received on Haddad v. Spain, N.º 16572/17, 18/06/2019 (Final 18/09/2019). <https://hudoc.exec.coe.int/ENG>
- Ararteko, (2022). *Derecho a ser protegido frente al abandono, el maltrato o la violencia*. Informe sobre la actividad desarrollada en el año 2016 por la Oficina para la Infancia y la Adolescencia del Ararteko.
- Bårdsen, A. Exploring the Modalities of Subsidiarity: The European Court of Human Right's «stricter scrutiny» in Child Welfare Cases under Article 8 of the European Convention of Human Rights, en *Liber Amicorum Robert Spano (Anthemis co-publications)*. Belgium, 2022, pp. 51-62.
- Decreto 152/2017, (fecha de la última modificación: 06/9/2018). <https://www.euskadi.eus/valoracion-situaciones-riesgo/web01-a2gizar/es/>
- Elósegui, M. (2022). La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: los casos noruegos y dos casos españoles. *Revista de Derecho Transnacional*, 14, (2), pp. 375-406.
- Elósegui, M. (2022). «La representación de los niños ante el Tribunal Europeo de derechos Humanos y el principio de subsidiaridad», en *Diario La Ley*, N.º 10198.
- Florescu, S. (2019). «The importance of time in child protection decisions; a commentary on Haddad v. Spain». Leiden Law School, the Child Law Department, [strasbourgobservers.com](https://strasbourgobservers.com)
- Gipuzkoa busca 60 familias de acogida. 2020. <https://www.gipuzkoa.eus/es/-/gipuzkoak-60-harrera-familia-behar-ditu>
- Lavrysen, L. (2019). «Strand Lobben and Others v. Norway: from Age of Subsidiarity to Age of Redundancy», *Strasbourg Observers*, 23 de octubre.

López Guerra, L. (2020). *Los efectos de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos sobre el ordenamiento español. Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo*, Tirant lo Blanch.

Mayor del Hoyo, M.V. (2011). Código civil comentado. Vol. 1.

Mayor del Hoyo, M.V. (2000). La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores, Cedecs.

Mayor del Hoyo, M. V. (2019). *Adopción en el derecho común español*, Valencia, Tirant lo Blanc.

Mayor del Hoyo, M.V. (2020). El asentimiento a la adopción de la madre biológica y la limitación de la autonomía de la voluntad de la mujer. Una propuesta de *lege ferenda*, *Revista de Derecho Privado*, 104.

Ochoa N. (2020), «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto «Haddad c. España», N.º 16572/2017, de 18 de junio de 2019», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 6.

PACE, Resolution 2232 Striking a balance between the best interest of the child and the keep families together, 28 June 2018. (26th Sitting).

Pastor Vilanova, P. (2020) «*Las terceras partes involucradas en procedimientos contenciosos internacionales. ¿Quiénes son los terceros para el TEDH?*». En María Elósegui, Carmen Morte, Anna-María Mengual, Guillem Cano, (Coords.), *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*. La organización internacional explicada por sus funcionarios españoles con ocasión del 60 aniversario del TEDH y 70 del COE, Valencia, Tirant lo Blanch.

Skivenes, M. (2019). «Child-protection and child-centrism. The Grand Chamber case Strand Lobben and Others v. Norway», Strasbourg Observers. 10 octubre.

UNICEF. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de [www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf](http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf).

## Sentencias

*W. v. the United Kingdom*, 8 de julio de 1987, Series A N.º 121.

*Olsson c. Suecia* (N.º 1), 24 de marzo de 1988, Serie A, N.º 130.

*Vidal c. Bélgica*, 22 de abril de 1992, Serie A N.º 235-B.

ECHR, *Ignaccolo-Zenide v. Rumanía*, N.º 31679/96, 25 de enero de 2000.

- K. AND T. v. FINLAND*, N.º 25702/94, 27 de abril de 2000.
- Scozzari and Giunta v. Italy*, N.º 39221/98 y 41963/98, sentencia del 13 de septiembre de 2000.
- Elsholz c. Alemania* [GC], N.º 25735/94, ECHR 2000-VIII.
- Gnahoré v. France*, N.º 40031/98, CEDH 2000-IX.
- TP y KM c. el Reino Unido* [GC], N.º 28945/95, ECHR 2001-V (extractos).
- Kutzner c. Alemania*, N.º 46544/99, 2002-I.
- Sommerfeld v. Germany* [GC], N.º 31871/96, ECHR 2003-VIII
- Maršálek c. República Checa*, N.º 8153/04, 4 de abril de 2006.
- ECHR, *Maumousseau y Washington c. Francia*, N.º 39388/05, 6 de diciembre de 2008.
- ECHR. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], N.º 41615/07, 2010.
- Pedersen y Otros c. Noruega*, N.º 39710/15, 10 de marzo de 2010.
- R. and H. v. the United Kingdom*, N.º 35348/06, 31 de mayo de 2011.
- ECHR, *Sneersones y Campanella v. Italia*, N.º 14737/09, 12 de julio de 2011.
- YC c. El Reino Unido*, N.º 4547/10, 13 de marzo de 2012.
- Pontes v. Portugal*, N.º 19554/09, 10 de abril de 2012.
- ECHR, *B. c. Bélgica*, N.º 432011, de 19 de noviembre de 2012.
- ECHR, *Raw and Others v. France*, N.º 10131/11, 7 de marzo de 2013.
- RMS c. España*, N.º 28775/12, 18 de junio de 2013.
- Jovanović contra Serbia*, N.º 21794/08, 9 de septiembre de 2013, final.
- SH. c. Italia*, N.º 52557/14, 13 de octubre de 2015.
- Paradiso y Campanelli contra Italia*, de 24 de enero de 2017.
- ECHR, *Haddad c. España*, N.º 16572/17, 18 de junio de 2019, Sección Tercera.
- ECHR, *Strand Lobben and Others v. Norway* [GS], N.º 37283/13, 10 de septiembre de 2019.
- K.O y V.M c. Noruega*, N.º 64808, 19 de noviembre de 2019.
- A.S.c. Noruega*, N.º 60371/15, 17 de diciembre de 2019.
- Hernehult c. Noruega*, N.º 14652/16, 10 de marzo 2020.
- M.L. v. Noruega*, N.º 64639/16, 22 de diciembre de 2020.
- ECHR, *Omorefé v. España*, N.º 69339/16, 25 de junio de 2020.

*ECHR, Y.S. and O.S. v. Russia*, N.º 17665/17, 15 de junio de 2021.

ECHR, *Abdi Ibrahim c. Noruega* [GS], application N.º 15379/16, 10 December 2021.

ECHR, *E.M. and Others v. Norway*, application N.º 53471/17, 20 January 2022.

ECHR, *Y.Y. and Y.Y. v. Russia*, N.º 43229/18, 15 febrero de 2022.

# Competencias de la judicatura en España: decisorias, de revisión y de vigilancia. Intervención judicial en el ámbito de la protección de menores<sup>91</sup>

*Vanesa Álvaro Bernal*

*Magistrada-Juez*

*Juzgado de Primera Instancia N.º 22 de Zaragoza*

## I. Introducción

El presente capítulo remite a los procedimientos relacionados con la protección de menores regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LECi (capítulos IV y V del Título I del Libro IV De los Procesos especiales), unos recogidos ya desde su versión original que entró en vigor en enero de 2001 donde se desarrolla el contenido de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor que constituía el sistema jurídico básico para la protección de la infancia y la adolescencia. Otros, son objeto de revisión y modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio que introdujo los artículos 778 bis y 778 ter y por la Ley 26/2015, de 28 de julio que dio nueva redacción a los artículos 779, 780 y 781.

Por otra parte, la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria ha introducido los artículos 778 quáter a 778 sexies en la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la sustracción internacional de menores. Para situar la materia debe recordarse que el sistema de protección de menores está regulado por el ordenamiento jurídico español con fundamento en el artículo 39 de la Constitución Española que, entre los

---

91 La presentación de este capítulo es posible gracias al ofrecimiento de la Universidad de Zaragoza, a través de la profesora M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo quien me invitó a participar en el congreso internacional *Sistema jurídico tuitivo de niñas, niños y adolescentes en desprotección familiar: España y Perú*. Asimismo, agradezco a la organización de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental y el Consejo General del Poder Judicial de Perú. Desde mi visión como juez española, presento una serie de alcances respecto de la función y competencias que la judicatura española ostenta en la materia de protección de menores, tanto de decisión, como revisorías y de vigilancia.

principios rectores de la política social y económica, hace referencia a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de esta, con carácter singular, la de los menores. El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor. Era, de inicio, la más significativa en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

En ella se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquel se encuentre en esa situación. Con esta Ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor que traslada al ámbito de los servicios sociales de protección de menores a través de la tutela automática *ope legis* a favor de la entidad pública y, así, limita la intervención judicial. Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Estas dos leyes vienen a modificar sustancialmente en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. La mayoría de las comunidades autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el artículo 148. 20º de la Constitución Española, han venido promulgando su propia legislación en esta materia. Esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York, 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990).

Es decir que la materia se caracteriza por una gran dispersión normativa ya que, junto a las normas internacionales, se encuentran las normas estatales señaladas y el Código Civil en sus artículos 172 y siguientes. Además, concurre la dispersa legislación autonómica, por

cuanto al tratarse de una materia cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas, en cada una de ellas se ha desarrollado una legislación dedicada al tratamiento jurídico de protección del menor y al organigrama funcional administrativo del sistema a nivel autonómico.

Conjunto de normas que ha supuesto una importante renovación del ordenamiento jurídico en materia de menores partiendo de la consideración del menor como sujeto social, fuera del ámbito exclusivamente familiar, y a la vez como titular de verdaderos derechos subjetivos. La protección de los menores está integrada por toda una serie de actuaciones por los poderes públicos, cuyo propósito es prevenir y corregir situaciones de desamparo o de desprotección de estos, que, por su variedad, exigen toda una serie de respuestas adaptadas a las necesidades y circunstancias específicas de cada caso y que se ordenan en atención al grado de intensidad de la intervención de la Administración en el ámbito familiar del menor.

De igual modo, un condicionante temporal marca las instituciones jurídicas de protección, por cuanto la adopción de decisiones que afecten a los menores vendrá determinada por una máxima celeridad temporal, ya que las situaciones deficitarias de estos requieren soluciones rápidas y eficaces y también en consecuencia las decisiones revisorías y sobre su ejecución.

Por tanto, la función social de protección de menores y adopción de medidas al respecto corresponde esencialmente pues a la Administración autonómica, aun cuando su actuación es revisable en derecho por los Tribunales, sin perjuicio de que en el ámbito de la jurisdicción puedan ser adoptadas medidas provisionales por situaciones de riesgo en cualquier tipo de procedimiento, civil, penal o en jurisdicción voluntaria conforme al artículo 158 del Código Civil. Si bien como consecuencia de alguna de las medidas acordadas con arreglo al mismo quedase limitada o suspendida la patria potestad de los progenitores, el órgano jurisdiccional debe ponerlo en conocimiento de la autoridad administrativa que asuma

la protección de menores en el territorio de que se trate para que ésta asuma sus competencias.

Por otra parte en nuestro ordenamiento contamos con el artículo 158 del Código Civil<sup>92</sup> (artículo 10 del Código de Derecho Foral Aragónés) de adopción de medidas urgentes de protección de menores, como procedimiento de cierre del sistema, recientemente reformado por la Ley 8/2021, de 4 de junio, que permite en cualquier tipo de procedimiento (civil o penal o de jurisdicción voluntaria), de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o Ministerio Fiscal cabe instar las medidas que se relacionan. Se regula, pues, el cauce procesal en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

---

92 El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará lo siguiente:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma. (artículo 10 del Código de Derecho Foral Aragónés).

En definitiva, es la Administración quien debe adoptar las medidas adecuadas para la protección de menores una vez constatado el supuesto de hecho previsto en las normas referidas sustantivas siguiendo para ello el procedimiento administrativo correspondiente. Por tanto, si alguno de los interesados en impugnar la resolución administrativa dictada decidiera oponerse a ella, podría pensarse que tendría que acudir al órgano competente del orden contencioso-administrativo por tratarse de actos y decisiones de naturaleza pública. Sin embargo, debe ponerse de relieve que las facultades de la guarda o tutela por la Administración no derivan de legislación administrativa, sino del Código Civil, es decir, del derecho privado. Por tanto, debe acudir al orden jurisdiccional civil para las impugnaciones de las decisiones administrativas en esta materia (artículos 9 y 22 LOPJ). De modo que, en materia de protección de menores, los órganos jurisdiccionales civiles asumen una función revisora, en sede jurisdiccional, de la previa actuación administrativa de las entidades públicas con competencia en esta materia.

Se trata, por tanto, de una excepción a la regulación de la competencia que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, atribuye a esa jurisdicción (artículos 1.1 y 2.b). En todo caso, el procedimiento de menores está a mitad de camino entre el ámbito público y el privado, por afectar al interés general. Se quiebran, así, los principios propios de los procesos civiles de justicia reglada y principio dispositivo.

## **II. Disposiciones generales**

Por lo que respecta a las disposiciones generales aplicables a estos procedimientos, a partir del artículo 748 LECi resulta que los que tienen por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y los que versan sobre la necesidad de asentimiento en la adopción, con carácter general puede decirse que el legislador ha previsto un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores afectados por la medida administrativa objeto

del mismo sufran las consecuencias de una justicia tardía. Así, se remite al juicio verbal en la tramitación recogida en el artículo 753 LECi, si bien tras una primera fase en que tras la solicitud de oposición a la resolución administrativa tiene como objeto la reclamación del expediente administrativo previo para su conocimiento por la parte demandante.

Como señala la Exposición de Motivos de la LECi, la razón de que se lleve a cabo la regulación de estos procesos de menores con los de filiación, matrimonio y discapacidad se debe a que todos ellos se caracterizan porque no rige el principio dispositivo y de aportación de parte de manera absoluta dada la influencia de «un indiscutible interés público inherente al objeto procesal», lo que se ve reflejado en las disposiciones generales. Así, se consigna lo siguiente:

- No se pueden iniciar de oficio.
- Es preceptiva la intervención en este tipo de procesos del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal (artículo 749.2).
- Las partes actuarán con asistencia de abogado y representadas por procurador (artículo 750.1).
- No surten efecto en estos procedimientos la renuncia, el allanamiento ni la transacción (artículo 751.1)
- El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal (artículo 751.2).
- Prueba: está atenuado el principio de aportación de parte, de modo que la actividad alegatoria y probatoria no está exclusivamente en manos de las partes, pudiendo el juez decidir «*con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento*», permitiéndose la práctica de oficio por el tribunal de cuantas pruebas estime pertinentes (artículo 752). A la hora de examinar la prueba, se atenderá a una libre y ponderada valoración de esta no sujeto el tribunal a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la valoración del interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, etc.

- Exclusión de la publicidad: celebración a puerta cerrada y actuaciones reservadas según el caso concreto (artículo 754), por respeto a la intimidad del menor.
- Eficacia *erga omnes*, frente a todos, de las sentencias dictadas en este tipo de procedimientos, que obliga a su publicación en el Registro Civil de oficio (artículo 755). Y, ahora, tras la reforma de la Ley 8/2021, a petición de parte, también al Registro mercantil, de la propiedad, de bienes muebles, etc.
- Las resoluciones judiciales que se dicten no tienen efectos de cosa juzgada material aun cuando alcancen firmeza (cosa juzgada formal), por cuanto la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta para emitir el fallo, permitirán volver a plantear la cuestión.
- En definitiva, la jurisprudencia se ha encargado de proclamar que en estos procesos se debe evitar que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicar el interés del menor.

Dentro de estos procedimientos, en primer lugar, voy a referirme a los muy específicos que tienen un objeto muy concreto y determinado, luego abordaré los que se refieren a la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores y finalizaré con el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.

### **III. Autorización judicial para el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos**

Se regula en el artículo 778 bis LECi. Este procedimiento tiene como objeto obtener la autorización para el ingreso de un menor con problemas de conducta en un centro de protección específico, conforme a lo establecido en los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor (en adelante LOPJM). En cuanto a todos los requisitos por cumplir para el ingreso, estos se indican en la ley de Protección Jurídica del Menor. Así, tienen que ser menores en situación de tutela o guarda por la Entidad Pública,

diagnosticados con problemas que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el tipo de centro en el que se interesa el internamiento que debe contar con las medidas de seguridad que se pueden utilizar en este tipo de centro. La misma LOPJM establece las siguientes: contención mecánica o física, aislamiento, registros personales y materiales, solo utilizable con una finalidad educativa, que responde a los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición del exceso. Estos se aplican con la mínima intensidad posible, por el tiempo estrictamente necesario y con el respeto debido a la dignidad, privacidad y a los derechos del menor.

Por otra parte, además de estas medidas concretas, se habrán de contar con los profesionales y especialistas adecuados que efectúen el seguimiento pertinente, que dispongan las actuaciones y terapias por aplicar, tratamientos idóneos e, inclusive, que puedan pautar la administración de medicamentos, en los términos y condiciones previstas en la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

A través de este procedimiento con intervención judicial, no puede ampararse la medida interesada para que el juzgado dé el visto bueno a lo que parece la aplicación de un régimen disciplinario o de apartamiento del menor en evitación de problemas para no ser una fuente de riesgo, siendo muy importante recalcar que no podrán establecerse restricciones de libertad de igual o mayor entidad que las previstas en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Es relevante destacar que este tipo de intervenciones e ingresos en centros de este tipo, cerrados en definitiva, nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores

conflictivos, por sus especiales circunstancias y situación perdiendo de vista su concreta finalidad y el interés del menor.

El aumento de la problemática originada últimamente con jóvenes muchos de ellos migrantes, con desórdenes relacionados con el consumo de sustancias, separados de sus familias con problemática psicosocial y múltiples situaciones adversas, requiere un esfuerzo de coordinación y planificación entre las diferentes Administraciones. Evidentemente deben tomarse medidas con estos jóvenes, pero las que sean adecuadas a sus circunstancias, (inserción, integración, tratamiento de adicciones o de otro tipo etc.) y ello es responsabilidad de la Comunidad Autónoma en la medida y modo que estime oportunos y no de los juzgados de familia que deben aplicar la ley y en concreto el artículo 778 bis de la LEC de acuerdo con la finalidad pretendida con la misma y en este supuesto no concurren los presupuestos necesarios para la ratificación del internamiento efectuado por no garantizarse aquella y que deberá quedar sin efecto. Será, así, la Administración quien decida con sus recursos disponibles en qué lugar o centro y en qué condiciones debe permanecer el menor. La regulación es la siguiente:

- a) Competencia: se atribuye al Juzgado de Primera Instancia (en su caso, con competencia específica en materia de familia, como ocurre en el partido judicial de Zaragoza, en que corresponde a los cuatro Juzgados de Familia), del lugar donde radique el Centro donde se produce el internamiento del menor.
- b) Legitimación: corresponde la solicitud a la entidad pública que ostente la tutela o guarda del menor (en Aragón, el Instituto Aragonés de Servicios Sociales) y al Ministerio Fiscal.
- c) Procedimiento: hay dos supuestos.
  - i. Ordinario: se inicia mediante solicitud de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal a la que deberá acompañarse la valoración psicosocial que justifique el ingreso. En este caso la autorización obligatoriamente debe ser previa al ingreso, salvo que razones de urgencia hagan necesaria la inmediata adopción de la medida.

ii. Urgente: si concurren razones de urgencia, la entidad pública o el Ministerio Fiscal deben comunicarlo al Juzgado dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de la medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de 72 horas. Este supuesto excepcional en la práctica se ha convertido en el más habitual, ciertamente entendible dada la situación que trata de abordar en que es lógico que atendiendo a la protección de la integridad física o psíquica del propio menor o de terceros (véase educadores u otros menores del centro de protección en el que se encuentren) se lleve a cabo con carácter previo y posteriormente se interese su ratificación.

- Actuaciones por practicar en los plazos señalados:
  1. Examinar y oír al menor, que deberá ser informado de la situación en términos que le sean comprensibles. Como se ha indicado anteriormente en relación con la afectación que el COVID-19 ha tenido en la celebración de las vistas, también estas diligencias se han podido salvar mediante el uso de medios telemáticos, siempre asegurando una correcta comunicación, así como garantizando la privacidad del menor a la hora de ser oído.
  2. Oír a la Entidad pública, a los progenitores o tutores que ostenten la patria potestad o la tutela y a cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada.
  3. Recabar el dictamen de un facultativo (suele ser el médico forense o un psicólogo del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Zaragoza), sin perjuicio de practicar cualquier otra prueba que considere relevante o le sea solicitada. Se hace con la exploración o entrevista por el juez.
  4. Recabar informe del Ministerio Fiscal
- Decisión: la autorización o ratificación solo procederá cuando no resulte posible atender al menor, de forma adecuada, en

unas condiciones menos restrictivas. Frente a dicha resolución cabe recurso de apelación a interponer por el menor afectado, la entidad pública, el Ministerio Fiscal o los progenitores o tutores que ostenten la patria potestad o la tutela.

- d) Control periódico: la resolución expresará la obligación de la Entidad pública y la del director del centro de informar periódicamente (cada tres meses o en el plazo menor que se señale) al Juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias del menor y la necesidad de mantener la medida. Recibidos los informes, el Juzgado, previa la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles u oído el menor el Ministerio Fiscal, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso. La competencia corresponderá al Juzgado del lugar donde radique el centro en que el menor se encuentre ingresado.
- e) Duración de la medida: el menor no permanecerá en el centro más que el tiempo estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas. El cese será acordado por el órgano judicial competente, de oficio o a propuesta de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal que estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo.
- f) Información al menor: el menor será informado de todas las resoluciones que se adopten.

Los supuestos que se nos plantean en la práctica responden básicamente en su mayor parte a dos circunstancias: o bien menores sujetos a tutela de la Administración ingresados en centros de protección de menores que por motivo de alteraciones conductuales en el seno de los mismos derivados de enfermedades mentales y/o consumo de tóxicos requieren de un abordaje terapéutico en un centro específico, o bien, ese mismo supuesto pero añadida la condición de tratarse de un llamado MENA, menor extranjero no acompañado, que presenta algunas especificidades que han dado lugar a pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo sentando doctrina a la que luego si hay tiempo me referiré. No es inhabitual que en estos últimos supuestos,

el cese del ingreso, debido a que es habitual que se produzca su ingreso en edad cercana a la mayoría de edad, tenga lugar precisamente por alcanzar la misma o por la fuga del centro sin ser hallado, al margen de la consecución de los objetivos pretendidos con el ingreso.

Se valora por el juez en estos casos para autorizar o ratificar la medida, que no sea posible abordar su problemática de otro modo que el que ha propuesto la Administración, en cuanto a la necesidad de atención psicológica y clínica para abordar las dificultades detectadas a través de un centro de protección específico que le procure las herramientas para favorecer su proceso de adaptación y evolución a nivel personal y social, como en el que está ingresado.

Como señaló Isabel Lamana en su ponencia durante el congreso que propició esta publicación, en 2018 hubo un repunte en el número de entradas de MENAS en la Comunidad Autónoma de Aragón (y el resto de España) que provocó el desbordamiento de los recursos sociales y de ahí la previsión de los centros de atención de urgencia que ayer refirió. Además, se alertó a la población del riesgo en el que se encontraban los adolescentes ante la delincuencia. La competencia de protección de estos menores, como ya se recoge en la normativa internacional, en las Observaciones Generales N.º6 y N.º14 del Comité de Derechos del Niño, adoptadas respectivamente el 1 de septiembre de 2005 y el 1 de febrero de 2013, se pone «de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados». 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, en su artículo 13.1 concreta la competencia basada en la presencia del menor, al fijar que «cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor ..., serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor», y en similares términos el Convenio de La Haya en la materia de 1996. Esta previsión también se recoge en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción

Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980 (artículos 2, 11.1 y 12.1), en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, Capítulo I, Apartado Segundo. La protección se presta al menor que llegue a territorio español, y toda la regulación tiene por objetivo asegurar su protección en tanto permanezca aquí, de modo que si no es así no es posible adoptar medidas de protección.

En suma, la competencia de protección no nace de la nacionalidad del menor, sino de su llegada, presencia y permanencia en España y más en concreto en esta Comunidad de Aragón. Siempre ha de estar presente el hecho de que la privación de libertad es una medida de protección tan excepcional y grave, que es importante informar sobre las demás actuaciones llevadas a cabo y poder concluir la ineficacia de estas.

#### **IV. Autorización judicial para la entrada a domicilios y lugares para la ejecución de medidas de protección de menores**

La entrada a domicilios para la ejecución de medidas de protección de menores se regula en el artículo 778 ter LECi y está prevista para el supuesto en que, para la ejecución forzosa de una medida adoptada para la protección de un menor, sea necesario entrar en el domicilio, edificio o lugar en el que se encuentre y cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular u ocupante. Se deberá solicitar la oportuna autorización del juez competente.

La legitimidad constitucional de la entrada en el domicilio para el desarrollo del ejercicio -que a la Administración le corresponde para la ejecución de los actos administrativos por la misma dictados- ha sido reconocida por la STC 50/1995 en la que, sin embargo, se

advierte que tal entrada debe tener un sólido fundamento, requisito necesario, pero no suficiente en el plano constitucional, pues aquí juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad. Este exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales cuyo contenido esencial es intangible tal como es la inviolabilidad del domicilio.

Según la STC 50/1995, este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de la Constitución. Por otra parte, ha sido configurado también jurisprudencialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya recepción se impone en este ámbito desde la propia Ley suprema (artículo 10.2 CE).

Por ello, se vienen exigiendo la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución de la Administración. Debe comprobarse antes de otorgarse la autorización que se han cumplido por la Administración los requisitos esenciales dispuesto en el apartado 2 del artículo 778 ter; en especial, la motivación de las causas de la entrada, apartado d), y para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio contenida en el artículo 18 de la Constitución que habrá de quedar restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo.

De los casos abordados en los juzgados y valorando las razones de urgencia, suelen tenerse en cuenta para garantizar con dicha medida la retirada de los menores, conjurando el riesgo de demorarse la ejecución de la asunción de la tutela por la Administración para los menores, la falta de visibilidad de los mismos, por ejemplo al haber finalizado el curso escolar, riesgo de fuga de los progenitores con los menores

cambiando de Comunidad Autónoma para evitar la aplicación de las medidas, falta de colaboración de aquéllos con los organismos de protección de menores. De este modo, se conjura el riesgo de demorarse la ejecución de la asunción de la tutela por la Administración para los menores, la falta de visibilidad de estos por ejemplo al haber finalizado el curso escolar, riesgo de fuga de los progenitores con los menores cambiando de Comunidad Autónoma para evitar la aplicación de las medidas, falta de colaboración de aquellos con los organismos de protección de menores. De modo que se adopta la medida si, tras la ponderación de los derechos fundamentales en juego, se aprecia la correcta actuación de la Administración apareciendo debidamente fundamentada la autorización solicitada, vistos los antecedentes. Así, aparece debidamente fundamentada la autorización solicitada, vistos los antecedentes del caso, el mantenimiento de la situación de riesgo y en consecuencia se estima la intromisión limitada en domicilio por una finalidad justificada como es la retirada de los menores para la asunción de la tutela urgente por la Administración ya reconocida con la previa declaración de la situación legal de desamparo. La regulación es la siguiente:

- a) Competencia: se atribuye al Juzgado de Primera Instancia (en su caso, con competencia específica en materia de familia, como ocurre en el partido judicial de Zaragoza, en que corresponde a los cuatro Juzgados de Familia), del lugar donde radique el domicilio en que se deba entrar, o cuando se trate de la ejecución de un acto confirmado por una resolución judicial, al órgano que la hubiere dictado.
- b) Procedimiento: se inicia por solicitud escrita de la entidad pública que deba ejecutar la medida adoptada en interés del menor, en la que se harán constar los siguientes extremos:
  1. La resolución administrativa o el expediente que haya dado lugar a dicha solicitud.
  2. El concreto domicilio o lugar al que se pretende acceder y la identidad del titular u ocupante de este.

3. La justificación de que se ha intentado recabar el consentimiento sin resultado.
  4. La justificación de la necesidad de la medida.
- c) Supuesto ordinario: Audiencia al titular del domicilio: de la solicitud se dará traslado al titular del domicilio o edificio para que en el plazo de 24 horas alegue lo que a su derecho convenga, pero exclusivamente sobre la procedencia de conceder la autorización
  - d) Supuestos de urgencia: si se acredita que concurren razones de urgencia, bien porque la demora pudiera provocar un riesgo para la seguridad del menor, bien porque exista afectación real o inmediata de sus derechos fundamentales, el juez podrá acordar la entrada de forma inmediata, sin dar dicho trámite de audiencia.
  - e) Decisión: presentado el escrito de alegaciones, o transcurrido el plazo sin hacerlo, o tras la presentación de la solicitud en los casos de urgencia, el juez acordará o denegará la entrada en el plazo máximo de 24 horas, previa audiencia del Ministerio Fiscal. En el auto que autorice la entrada se hará constar los límites materiales y temporales para su realización, que serán los estrictamente necesarios para la ejecución de la medida de protección.
  - f) Práctica de la entrada: se entregará testimonio del auto autorizando la entrada a la Entidad pública para que proceda a realizarla, con la intervención del Letrado de la Administración de Justicia y, en su caso, el auxilio de la fuerza pública, y acompañados de la Entidad pública solicitante. En la práctica se insta la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad, la policía autonómica, para tal fin. Finalizada la diligencia, se archiva el procedimiento.
  - g) Notificación: el auto se notificará sin dilación a las partes que hubieran intervenido en el procedimiento, y de no haber intervenido o de no ser posible la notificación antes de la realización de la entrada, el Letrado de la Administración de Justicia efectuará la notificación al realizar la diligencia.

- h) Recurso: contra el auto autorizando o denegando cabe recurso de apelación, sin efecto suspensivo, a interponer en los tres días siguientes, desde la notificación del auto, con tramitación preferente.

## **V. Oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores**

Se refiere a la regulación contenida en los artículos 779 y 780 LECi, que tiene como presupuesto de partida una actuación de la Administración pública, estatal o autonómica con competencia específica sobre la materia. Las Administraciones públicas deben adoptar las resoluciones y llevar a cabo las actuaciones que resulten necesarias para cumplir la función de protección de los menores que les encomienda la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en materia de protección social en general, en situaciones de riesgo, de desamparo, guarda, tutela, acogimiento familiar, residencial, preparación para la vida independiente, adopción, ingreso en centro de protección específicos de menores con problemas de conducta, medidas de seguridad, de contención, de aislamiento, registros personales y materiales, régimen disciplinario, visitas, permisos, etc. En consecuencia, dichas resoluciones administrativas adoptadas por la entidad pública en materia de protección de menores pueden ser objeto de oposición, revisión, ante los tribunales civiles a través de este procedimiento.

Este procedimiento ha sido recientemente reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

- a) Competencia: se atribuye al Juzgado de Primera Instancia (en su caso con competencia en materia de familia) del lugar del domicilio de la Entidad pública. Respecto del domicilio de la Entidad pública, se refiere al lugar donde tiene su sede la delegación provincial de la Consejería del gobierno autonómico correspondiente que tenga atribuida la competencia en materia de asuntos sociales y que se ha ocupado de la protección del menor,

si bien debe interpretarse con arreglo al artículo 15 de la Ley 521997, de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones públicas, que contiene la normativa competencial que determina para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los organismos públicos o los órganos constitucionales a los Juzgados y tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia. Aunque dado que la LECi es norma posterior y prevalecería, y que encaja mejor con el hecho de acercar la justicia a los ciudadanos, sería competente el juzgado del domicilio de la entidad que tiene la competencia de protección de menores, con independencia de que sea o no la capital de provincia<sup>93</sup>.

- b) Legitimación: la tienen activa los menores afectados por la resolución administrativa, los progenitores, tutores, acogedores y guardadores, siempre que tengan interés legítimo y directo, el Ministerio Fiscal y aquellas personas a las que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Se les permite intervenir, aunque no hubieran iniciado el procedimiento como actores, en cualquier momento del procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones. La legitimación pasiva siempre la ostenta el ente público a quien se le encomienda la protección de menor y quien habrá dictado la resolución que se impugna. Su representación y defensa en juicio la asume el abogado del Estado o letrado de la Comunidad Autónoma.
- Los menores tienen derecho a ser parte y a ser oídos y escuchados (introducido por la reforma por Ley 8/2021, de

---

93 Conviene una breve mención a la competencia que puede darse de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para el conocimiento en esta materia conforme al art. 87.ter Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigiría a grandes rasgos, como requisitos que deben darse simultáneamente, la existencia de actuaciones penales por delito de violencia sobre la mujer o haberse adoptado una orden de protección, la condición de víctima de violencia de género de una de las partes y de su agresor, siendo en ello independiente de la posición que en el proceso civil ocupen ambos, piénsese por ejemplo en la oposición a resolución administrativa de desamparo del hijo común de víctima y agresor en el que ambos presentan demanda de oposición; deberá haberse iniciado procedimiento penal al respecto.

2 de junio) en el proceso conforme a lo establecido en la LO Protección Jurídica del Menor (a los mayores de 12 años y menores de esa edad si tienen suficiente madurez) y ejercerán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de la persona que se designe como su defensor para que les represente.

- Los padres biológicos serán parte, aunque no hayan iniciado el procedimiento.
- El Ministerio Fiscal siempre intervendrá en defensa de la legalidad y el interés público, sea como parte actora (que impugne o se oponga a la resolución administrativa), sea asumiendo la representación y defensa del menor, o sea como dictaminador, velando por la correcta actuación en defensa del interés del menor.
- Postulación: acudiendo al artículo 750 LECi de las disposiciones generales de este Título I, deben las partes actuar con asistencia de abogado y representadas por procurador.

c) Disposiciones generales:

- Procedimientos de tramitación preferente deberán realizarse en el plazo de tres meses desde la fecha en que se iniciaron. La acumulación de procedimientos no suspenderá dicho plazo máximo (introducido por la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio). Al respecto, durante el congreso internacional que promovió esta publicación, Fátima Castro aludió a la sobrecarga de trabajo de los juzgados en Perú, tal y como sucede en España. Esta sobrecarga retrasa el cumplimiento de dichos plazos.
- No es necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular la oposición, por la celeridad y agilidad que exigen estos procedimientos. La mayoría de las medidas adoptadas son directamente ejecutivas y su implantación genera la separación o distanciamiento del menor de su familia de origen, por lo

que el transcurso del tiempo determina la consolidación de situaciones que difícilmente son reversibles después en el caso de que sean dejadas sin efecto por los tribunales.

- La oposición al contenido de lo resuelto por la Entidad pública se formulará en los 2 meses siguientes a la notificación de la resolución, sin diferenciar como ocurría antes de la reforma, entre la oposición a resolución administrativa de declaración de desamparo (antes tres meses) y el resto de las resoluciones administrativas. La opción por fijar este plazo más reducido con las reformas habidas en la norma busca garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad. Se trata de evitar la anterior situación de permanente provisionalidad. Podría estimarse que la imposibilidad -por ejemplo, para los padres biológicos- de impugnar la resolución pasado ese plazo les causa indefensión, pero no debe olvidarse que por encima está el interés del menor<sup>94</sup>.

d) Procedimiento: la reforma ha reducido los plazos a la mitad.

- Se inicia por escrito en el que se indicará sucintamente la pretensión y la resolución a que se opone, la fecha de notificación de la misma y si existen procedimientos relativos a ese menor.
- El letrado de la Administración de Justicia reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente que debe ser aportado en el plazo de diez días (antes veinte días). Podrá ser requerida también para aportar antes de la vista las actualizaciones que se hayan producido en el expediente del menor (introducido por la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio). Se busca con ello evitar la indefensión teniendo acceso pleno al expediente y al conocimiento de las razones tenidas en cuenta por la

---

94 Como destacó la profesora Mayor durante el ya aludido congreso, ello debe ponerse en relación con el plazo de dos años recogido en el artículo 172.2 del Código Civil desde la notificación de la resolución administrativa de declaración de desamparo. Pasado dicho plazo, solo el Ministerio Fiscal conserva legitimación para oponerse a la resolución de la entidad pública (previa comunicación que se habrá producido por los padres de cualquier variación en las circunstancias). Lo que se fundamenta en que en otro caso el interés y beneficio del menor pasados dichos dos años, y la legalidad de las decisiones administrativas, quedarían sustraídas al control jurisdiccional y a la tutela judicial efectiva de los tribunales (artículo 174 CC).

Administración para adoptar las medidas y con ello poder alegar y probar al respecto.

- Recibido, el letrado de la Administración de Justicia en el plazo máximo de cinco días emplazará al actor para que presente la demanda en plazo de diez días, lo que deberá hacer mediante abogado y procurador (introducido por la reforma por Ley 8/2021, de dos de junio, frente a la solicitud inicial en que no era necesario), se garantiza así la igualdad entre las partes, de armas procesales, dado que la entidad pública siempre actuará con letrado.
- Si no se presenta la demanda, se dictará el sobreseimiento del procedimiento, pudiendo nuevamente presentar en su caso otro procedimiento, dentro del plazo.
- Tramitación por el juicio verbal conforme al artículo 753 LECi con sus características de oralidad, intermediación en la práctica de la prueba y conclusiones en el acto. Actualmente de modo significativo a raíz de la pandemia derivada del COVID-19, con posibilidad de celebración de juicios telemáticos mediante el sistema de Cisco.
- Se dictará sentencia en los diez días siguientes a la terminación del juicio.
- Acumulación: si el Ministerio Fiscal, las partes o el juez competente tuvieran conocimiento de la existencia de otro u otros procedimientos de oposición a resolución administrativa relativa a un mismo menor, se podrán acumular ante el juzgado que conociera del procedimiento más antiguo, sin necesidad de suspender la vista señalada si fuera posible tramitar el resto de procesos acumulados dentro del plazo; en caso contrario, se suspenderá la vista hasta que los otros se hallen en el mismo estado, señalando nueva fecha para todos con carácter preferente dentro de los diez días siguientes.
- No tiene la resolución que se dicte efectos de cosa juzgada material, de modo que el posterior cambio de circunstancias en la situación del menor permitirá modificar las resoluciones judiciales que se hubieren adoptado. Prevalece aquí el interés superior del menor frente al de la seguridad jurídica.

Los casos que se nos plantean en la práctica judicial se refieren fundamentalmente a la oposición a la declaración de desamparo, al acogimiento con fines de adopción y a la suspensión de las visitas a progenitores/abuelos. La pretensión se dirige a combatir los fundamentos de la resolución administrativa de desamparo por no ser ciertos los hechos o no haberse valorado correctamente, o bien combatir la modalidad de la tutela acordada (acogimiento familiar o residencial), o interesando el cese de la declaración de desamparo por cambio en las circunstancias que la motivaron y por entender los progenitores que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

En lo que se refiere a los elementos por tener en cuenta a la hora de resolver este tipo de procesos, la jurisprudencia destaca que debe enfocarse al interés superior del menor derivado del artículo 39 CE, LO 1/96 de Protección jurídica del menor, Convención de los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, artículos 93 y 154-ss CC, y en nuestro territorio la Ley Aragonesa 12/2001 de la Adolescencia e Infancia y el Código de Derecho Foral Aragonés. Así como las STS 141/2000, 143/1990 y 114/1992 entre otras.

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido. Así, se precisa su configuración y concreción en cada caso. Se perfila, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

Existe un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños (sentencia 21 de febrero de 2011, Rº. 1186/2008). Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009.

Según la observación general N.º 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...

Se colige que cuando se tengan que sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, ha de ser primordial

el interés superior del niño. El artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor lo ha incorporado.

Si tales intereses son los de los niños en relación con los de sus padres biológicos, el artículo 11.2 LO/1996 establece como principio rector de los poderes públicos lo siguiente: a) La supremacía de interés del menor, b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) su integración familiar y social. Así, se concluye que el derecho de los menores por desarrollarse y por ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS Sala 1ª de 13 de junio de 2011 o de 17 de febrero de 2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (STS de 31 de julio de 2009).

Todo ello sirve como guía a la hora de interpretar el interés del menor desamparado, tanto para los supuestos de valoración de su posible retorno a su familia de origen, para lo cual es imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma, como también extrapolables al régimen de visitas, es decir, analizar si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo

en que se encuentran, o, si por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio.

La sentencia del TS de 14/7/2015 (STS 3440/2015) recuerda que la jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo. El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 2009 (número 5817/2009), ponente Xiol Ríos, establece una doctrina esencial en este tipo de procesos:

- Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, interpuesta al amparo del artículo 172.6 del CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración. La finalidad es determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.
- El principio de reinserción en la propia familia, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC. Sin embargo, la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto (*se buscará siempre*), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo (*se procurará*).
- El derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en

torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor (sentencia del Tribunal Supremo de 17/3/2016).

- Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno. Es preciso que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre. Se tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico (sentencia del Tribunal Supremo de 10/3/2016 (Roj: STS 1155/2016)).

Igualmente, en cuanto a la valoración sobre la decisión de la Administración de denegación o suspensión de las visitas a favor de los progenitores o de los abuelos<sup>95</sup> o de no tener en consideración como

---

95 El artículo 160 del Código Civil señala lo siguiente:

«1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velará por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo, la visita a un centro peniten-

idónea a dicha familia extensa a los efectos de atribuirles la guarda de los menores.

A modo de resumen, cito *in extenso* la sentencia N.º 398/2019 de 26 de noviembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, que, sobre la materia, señala lo siguiente:

Sobre este principio debe indicarse que el principio de interés superior del menor o *favor filii* informa todo el ordenamiento no sólo el Aragonés, habiendo declarado el Tribunal Constitucional S. 176/2008 de 22 de diciembre y de 07-10-2012 que dicho principio opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora sobre la guarda y custodia del menor, cediendo el interés de los progenitores al de éste. Ello, dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21-12-2012, es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20-11-1999, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21-09-1992, artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, artículo 11.2 LO de Protección del menor de 15-01-1996 y artículo 3.3.a) y c). 4,

---

ciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor. Los menores adoptados por otra persona solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

Asimismo, el artículo 161 prevé que «La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor.

El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

13, 21 y 46.i de la Ley 12/2001 de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia de Aragón y artículos concordantes del CDFa. Se trata como igualmente indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 12-05-2012, de un principio general que tiene carácter de orden público y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores. El interés del menor es objeto de específica consideración en la LO 8/2015, de 22 de Julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que reforma la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, estableciendo en su artículo 2 que: todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

A efectos de la aplicación del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes factores: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectiva. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación de este por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Los criterios antes indicados se ponderan teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del trans-

curso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinente y respeten los derechos de los menores.

QUINTO: Igualmente, el artículo 63 de la observación N.º 14 (2013) del Comité de la Convención de los Derechos del niño de la ONU, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, establece en la p. 63 que la separación de los niños de sus padres en razón a la discapacidad del menor o de estos, ha de barajarse solo en las circunstancias en que la asistencia que la familia requiere no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo. Asimismo, en la página 64, indica que, en caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño haya sido estudiada por un equipo multidisciplinar para asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño, y en la página 65 se indica que cuando la separación sea necesaria, los responsables velarán por que el menor mantenga los lazos y la relación con los padres y su familia, a menos que ello contravenga el interés superior del niño.

Conviene recordar también en este apartado que las Sentencias del TS del 14-07-2015, del 17-03-2016 y del 10-03-2016 vienen a establecer que el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias, ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado, y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor, contemplando el posible retorno a la familia natural siempre

que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor. Igualmente, establecen que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad; y en cuanto a cómo debe ponderarse el interés del menor en estos casos dispone que

(...) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ellas, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

Como se ha avanzado la exposición hasta aquí, parece interesante destacar como supuesto de hecho tratado por la jurisprudencia el de la oposición a resolución administrativa de denegación de la declaración de desamparo y de asunción de la tutela por la Administración basada en la mayoría de edad. Como muestra la STS de 24 de mayo de 2021 N.º 357/2021 en que reitera la doctrina sentada por el Alto Tribunal. Se tratan los casos tratados de menores que se oponen a la no adopción de la medida de la tutela respecto de aquéllos al haber sido determinada su mayoría de edad en virtud de Decreto de la Fiscalía.

Los hechos presupuestos del caso son los siguientes: el demandante había sido reseñado por la Policía el 30 de agosto de 2017 al ser

rescatado de una patera en la que viajaba, sin documentación y facilitando sus datos a la policía, figurando en las bases de datos policiales como nacido en 1999, siéndole notificado el acuerdo de devolución a su país (Costa de Marfil) pasando a residir en un piso tutelado. El 4 de diciembre de 2017 la policía acude al piso y el demandante presenta como documentación una carta consular expedida el 20 de noviembre de 2017 por la embajada de su país, un certificado de nacionalidad expedido el 29 de septiembre de 2017 y partida de nacimiento expedida el 26 de septiembre de 2017, conforme a las cuales sería menor de edad, al constar como año de nacimiento el año 2000.

La policía dado que existía contradicción entre la fecha de nacimiento de las bases policiales, que no aparentaba como menor de edad y que nunca manifestó ser menor de edad, lo trasladaron al centro de primera acogida, y se negó a someterse a reconocimiento médico forense para determinar su edad. Ante fiscalía negó haber manifestado como fecha de nacimiento 1999, sin aclarar si había dicho que era menor de edad al llegar a España. Solicitó con la documentación que se le expidiera pasaporte, que se hizo. Pero se dictó Decreto de Fiscalía acordando que se debía considerar como mayor de edad pese a existir pasaporte, al ser exigibles las pruebas médicas y no querer someterse a ellas. Y el Juzgado con base en ellos desestimó la demanda, confirmada después en apelación por la Audiencia Provincial. Sin embargo, el Tribunal Supremo al conocer del asunto (se alegaba en el recurso que los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad deben ser considerados menores de edad hasta que se determine su edad. El interés del niño requiere una valoración particularizada de cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. En este ámbito deben conciliarse, de una parte, el celo dirigido a evitar el fraude de las mafias y evitar, entre otros graves inconvenientes, el peligro que representa para los menores que están tutelados en un centro el ingreso y la convivencia con quien no lo es, con el riesgo que, de otra parte, supone tratar como mayor y dejar sin protección a quien sí es menor), estableció doctrina al respecto para estos casos:

El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad<sup>96</sup>.

De modo que se resolvió estimando la oposición a la resolución administrativa considerando que las dudas de Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que aparecía en el documento oficial no había sido invalidada ni presentaba indicios de manipulación, no podían prevalecer frente a dicha documentación, edad que allí aparecía era coincidente con la sostenida por el menor; que no era relevante la apariencia física al tratarse de un adolescente y tampoco era decisiva la negativa a someterse a las pruebas médicas al venir refrendada por una minoría de edad plasmada en el pasaporte aportado (en otras resoluciones se alude también a que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo).

---

96 Doctrina que fue incorporada al artículo 12.4 LO protección jurídica del menor a través de la reforma por la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: «Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas».

En este sentido se alude también a la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE:

... un menor no acompañado es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño (...) El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas (2012/2263 (INI).

La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda.

## **VI. Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción**

En el procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo a la adopción, el artículo 177 del Código Civil establece qué personas deberán comparecer ante el juez que conozca del mismo para prestar su consentimiento (adoptante y adoptando mayor de doce años ex artículo 177.1), para asentir a la adopción (cónyuge o pareja del adoptante, progenitores del adoptando salvo que estén privados de la patria potestad o hayan transcurrido dos años desde la declaración de desamparo sin oposición por su parte o habiéndose desestimado esta, artículo 177.2) o simplemente para ser oídos (progenitores cuando se haya determinado que su asentimiento no es necesario para la adopción y el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y

madurez, artículo 177.3), especificándose en el artículo 177.2.2º los supuestos en que no es necesario el asentimiento de los progenitores. Pues bien, los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente para obtener una declaración en tal sentido y poder, así, manifestar su opinión al respecto antes de que se resuelva sobre la adopción. El procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, regulado en el artículo 781 LECi fue objeto de nueva redacción por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

- a) Competencia: se atribuye al mismo tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente de adopción.
- b) Demanda: los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción (es decir, por considerar éstos que no están incurso en causa de privación de la patria potestad al tiempo de la declaración de desamparo), pueden comparecer ante el mismo tribunal que esté conociendo del expediente y manifestarlo así (artículo 781.1). No especifica este precepto cómo deba formularse tal solicitud, por lo que podrá hacerse por escrito o mediante comparecencia. En las comparecencias celebradas con ocasión del procedimiento de adopción, al ser preguntados los padres biológicos sobre la prestación del asentimiento y manifestar su negativa, se les indica que deben acudir a este procedimiento, requiriéndoles a tal fin.
- c) Formulada la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia acuerda la suspensión del expediente de adopción, otorgando el plazo de 15 días para la presentación de la demanda ante el propio tribunal. La demanda deberá redactarse conforme a lo establecido en el art. 437, siendo preceptiva la postulación mediante abogado y procurador (artículo 750).
- d) Procedimiento: dos supuestos

1. Si no se presentare la demanda en el indicado plazo, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión acordada en el expediente, que continuará sustanciándose de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria (artículo 781.2).
  2. Presentada la demanda dentro de plazo, si fuere admisible, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción y acordará la tramitación de la demanda en el mismo procedimiento, como pieza separada, por los trámites del juicio verbal con arreglo a lo establecido en el artículo 753 (artículo 781.3).
- e) Sentencia: una vez firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores del adoptando, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la citación ante el juez que conoce de la adopción de las personas que, conforme a dicha sentencia y a lo establecido en el artículo 177 CC, deban prestar el consentimiento o el asentimiento a la adopción, así como ser oídos (sin que todavía lo hubieran hecho), reanudándose la tramitación del expediente de adopción hasta la resolución del mismo (artículo 781.3, II).

Tal procedimiento es el fijado en el artículo 781 LECi y en relación con el mismo (con referencia a su antecedente que era el juicio verbal del artículo 1.827 LEC) indica la SAP. de Zaragoza, secc. 2ª, de 9 de junio de 2005:

Conforme al artículo 170 CC, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, por lo que lo decisivo es si la demandante ha incurrido o no en tal incumplimiento.

Es decir, que al resolver no basta la declaración de desamparo dictada por la entidad pública, pues las dudas que podían haberse planteado con arreglo a la legislación de 1987 han sido resueltas por la LO

1/1996, de 15 de enero, que, al dar nueva redacción al artículo 172 CC, establece expresamente que tal resolución administrativa tan solo produce la suspensión de la patria potestad, y, haciéndose eco de fuertes críticas doctrinales, incide directamente en la cuestión que tratamos, al modificar el artículo 177 CC, que a partir de ella exige que la situación de...

(...) hallarse —los padres— incurso en causa legal para tal privación de la patria potestad, sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio. Por ello ha de decidirse en cada caso, según las pruebas practicadas en el juicio verbal al que se refiere el artículo 1.827 LECi, si ha quedado acreditado si los padres que pretenden que su asentimiento es necesario para la adopción de su hijo biológico se hallan o no en el caso previsto en el artículo 170 CC, en cuya interpretación el TS ha declarado que la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que la institución comporta puede acarrear la extinción de tal derecho (STS de 11 de octubre de 1991) y, en igual sentido ha entendido bastante para la privación de la patria potestad la imposibilidad física y moral para su ejercicio, sin profundizar en si es o no voluntaria (STS de 20 de enero de 1993).

Junto a ello se indica en esta sentencia que...

La patria potestad, como destaca la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, más que un derecho de los padres constituye una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución, función que debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos, como establece el artículo 154 del Código Civil, ya que es el interés superior del niño la razón de ser de tal instituto, interés al que ha de atenderse con carácter primordial en todas las medidas concernientes al mismo que puedan tomar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como establece el artículo 3.1 de la

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (B.O.E. de 29 y 31 de diciembre de 1990).

También la SAP de Zaragoza, secc. 4ª, de 13 de septiembre de 2004 expone lo siguiente:

(...) como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1998 el instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección, y debe evitarse que puedan perjudicarse las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paternofiliales, por lo que es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable, especialmente para el menor.

Asimismo, se estima idóneo mencionar la SAP Asturias, Sec 4ª 10.03.2016 en la que se contiene una referencia específica a la STS 565/2009 de 31 de julio que transcribe y en la que se indica que lo siguiente:

El artículo 172.4 CC, establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse a favor de los menores desamparados, que «se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia». «El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre». «Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al

interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella (*cuando no sea contrario a su interés*). «Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor». «...sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plazo objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

Tras este reflejo de la STS antes referida la SAP Asturias, Sec 4ª 10 de marzo de 2016 señala la posible extrapolación de esta doctrina a los supuestos de necesidad de asentimiento para la adopción de los declarados en su momento en desamparo citando las SAP Asturias Sec 1ª 9 de marzo de 2015 y 20 de enero de 2014 en una posición que no puede sino ser plenamente asumida.

En todo caso resulta esencial constatar que son las concretas circunstancias de cada caso (y la situación del progenitor que interesa se declare su necesidad de asentamiento en la adopción) la que determina el resultado de cada caso que tiene sus peculiaridades. Este mismo carácter circunstancial es el que deriva del caso analizado en la STS 21 de febrero de 2011 que parte de lo indicado en la antes referida STS 565/2009 de 31 de julio STS 565/2009 de 31 de julio.

El objeto del procedimiento es determinar en concreto si la conducta del progenitor o progenitora del menor permite colegir que en la actualidad está o no incurso en causa de privación de la patria potestad, y determinar, en consecuencia, si debe contarse con su asentimiento como requisito indispensable para la adopción del menor. Las causas de privación de la autoridad familiar vienen determinadas en el artículo 170 Código Civil y 90 Código de Derecho Foral Aragonés y suponen un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma. En cuya interpretación el Tribunal Supremo ha declarado que la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que la institución comporta puede acarrear la extinción de tal derecho (STS de 11 de octubre de 1991) y, en igual sentido ha entendido bastante para la privación de la patria potestad la imposibilidad física y moral para su ejercicio, sin profundizar en si es o no voluntaria (STS de 20 de enero de 1993). Y ello por cuanto la patria potestad más que un derecho de los padres constituye una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 2 de la Constitución Española, función que debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos, como establece el artículo 154 del Código Civil, ya que es el interés superior del niño la razón de ser de tal instituto, interés al que ha de atenderse con carácter primordial en todas las medidas concernientes al mismo que puedan tomar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como establece el artículo 3.1 de la convención de las Naciones Unidas

sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Establece el artículo 154 del Código Civil como deberes de los padres: velar por ellos, tenerlos en su compañía; proveer su sustento, habitación, vestido y asistencia según sus posibilidades; educarlos y procurarles una formación integral.

En relación con la autoridad familiar, el artículo 64 CDFA señala que se trata de una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo. El artículo 65.1 CDFA detalla que la crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos: a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas. b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades. c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años. d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos.

## ■ Supervisión por el Ministerio Fiscal español de la actividad protectora de la Administración

*Benito Soriano Ibáñez*

El artículo 174 del Código Civil en el apartado primero sostiene que incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores. El segundo apartado señala que, para tales fines, la entidad pública notificará inmediatamente los nuevos ingresos y remitirá copia de las resoluciones administrativas relativas a tutelas, guardas y acogimientos y de cualquier novedad de interés en las circunstancias de los menores. El Ministerio Fiscal ha de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y, así, promover ante la entidad pública o el juez las medidas de protección.

Estos dos párrafos del artículo 174 nos sugieren tres preguntas que sirven de esquema para dirigir esta comunicación. La primera pregunta es por qué se atribuye al fiscal la superior vigilancia de la actuación de la Administración. La segunda: qué es lo que tiene que supervisar y a quién. Y, en último lugar, trataremos del cómo. Respecto a la primera de las preguntas, el porqué, nos exige, pues, hacer una breve mención a una evolución histórica de la protección de menores. La preocupación por la infancia abandonada se constata en la Antigüedad. Se afirma que incluso Trajano fue el creador del asilo de expósitos (la *expositio*, de donde proviene el término *expósito*, era el abandono de un infante) y que incluso aparecen primeras medidas legislativas en protección de menores en el Fuero Juzgo y en Las Partidas de Alfonso X.

Así podríamos seguir paseando por la Edad Media, por los siglos XV, XVI, XVII, XVIII. Pero descubriríamos, en realidad, que esa preocupación por la infancia abandonada no es más que una preocupación por no ofrecer una imagen social denigrante más que una inquietud por un problema que realmente es espinoso, que es

complicado. Basta con recordar aquí el libro de Charles Dickens, *Oliver Twist*, que, ya sea en sus páginas o en la adaptación de fabulosa película, ofrece imágenes de esa infancia abandonada marcada por la negligencia.

Hasta no bien entrado el siglo XX, no encontramos una tímida legislación protectora de menores a nivel internacional. Pero bien vamos a centrarnos en España. Hay un hito importante en la protección de menores, un cambio en España, que es el año 1987. ¿Qué teníamos hasta ese año? Hasta 1987 las medidas de protección de menores estaban en manos de los órganos judiciales. El artículo 174, introducido en el año 1970, señala que al juez encargado de la adopción se le encomendaba la tarea de declarar la situación de abandono. Un niño abandonado para ser adoptado debía previamente ser declarado *abandonado* por el juez.

Para el resto de las medidas protectoras, se debe acudir a los tribunales tutelares de menores. Existe una regulación del año 1948, cuando estos tribunales de menores —que no eran órganos judiciales porque sus miembros no eran jueces o magistrados de carrera— tenían dos competencias importantes. Una facultad correctora: se encargaban de la reforma de menores que cometían delitos. Se incluían también algunas infracciones administrativas. Pero, por otro lado, tenía encomendada una facultad de protección que era una reacción frente a lo que se denominaba entonces el indigno ejercicio del derecho de guarda y educación.

Cuando los padres ejercían de forma indigna esa función que tenían encomendada respecto de un menor, podrían intervenir los tribunales tutelares de menores con tres medidas:

- Suspender la guardia de educación vendría a ser algo parecido a esa declaración de desamparo y suspensión de la patria potestad.
- Se los remitía a las juntas de protección o instituciones de beneficencia, donde el tutor era, según estipulaba el artículo 212, el jefe de esas casas. Era llamativo que estos funcionarios, tutores

de estos menores, cuando comparecían en juicio para reparar de defender los intereses de los menores, los representaba el Ministerio Fiscal.

- Junto a esto tenían también la posibilidad de realizar requerimientos a los padres o incluso de imposición de vigilancia para controlar o dirigir el ejercicio de esa patria potestad.

En vigencia de la legislación del 48, cuando se sustituye al presidente en los años previos a 1976, se consideró que los tribunales tutelares de menores deberían estar a cargo de un magistrado de carrera. En el año 78, la Constitución Española presenta dos consecuencias importantes: por un lado, los tribunales tutelares de menores encargados de la protección del menor pasan a integrar el Poder Judicial. Antes se formaban como parte de un organismo autónomo del Ministerio de Justicia, que era la obra de protección de menores. Por otro lado, esas juntas de protección, que se encargaba de esos menores tutelados, pasan a depender de las comunidades autónomas porque el artículo 148/1.20 atribuye competencias a cada comunidad autónoma en materia de servicios sociales de asistencia.

¿Y el fiscal intervenía para algo aquí? Pues la Ley del año 48, en el apartado de facultad protectora, no lo menciona. Esto dio lugar a que en repetidas memorias de la fiscalía general del Estado se manifestara una importante preocupación por la situación. Así, en una circular del año 84 de la fiscalía general del Estado obliga a que el fiscal deba intervenir en estos procedimientos donde se van a adoptar medidas que afecten a la patria potestad de los menores.

En el año 87 se dicta la Ley 2187 que, en principio, tenía como objetivo modificar la adopción. Junto a ello se modifica el capítulo V, título VII, del libro primero del Código Civil sobre la adopción y otras formas de protección de menores. Se dedican solo tres artículos, pero resultan ser tres artículos vitales para ese campo porque se considera que las entidades públicas, los poderes públicos, la administración encargada de los servicios sociales —cuando detecte una situación

de desprotección, de desamparo en un menor— debe de dictar una resolución administrativa que declare al menor en situación de desamparo. Esa resolución administrativa tiene unas consecuencias muy importantes.

La primera de ellas es que se le atribuya a esa administración la tutela automática. Se modifica el artículo 239 del Código Civil y, cuando se ha declarado desamparado al menor, la tutela recae inmediatamente de forma automática en la administración. Se suspenden la autoridad familiar, la patria potestad y el menor entra en una situación de guarda a favor de la administración y, por lo tanto, deberá resolverse sobre el acogimiento, sea familiar o de residencia. Es decir, se atribuyen esas funciones de protección a los poderes públicos sin una declaración previa por parte de una autoridad judicial. Ese control judicial podrá venir posteriormente.

En esa misma línea de la Ley, hay que esperar casi diez años, ya que hasta el año 1996 no se había dictado una ley que realmente se tome en serio la situación de los menores en desprotección. Esta ley, por primera vez, hace un estatuto del menor en cuyo título primero le reconoce derechos y también obligaciones. Asimismo, le atribuye al fiscal una suerte de acción civil-pública para la defensa de esos derechos y, por primera vez, recoge de una forma extensa y concreta las actuaciones protectoras de la administración en las situaciones de desprotección.

Esto fue muy criticado, en un primer momento, por varios sectores de la doctrina. Consideraban que se atacaba a la autoridad familiar, a la patria potestad, pues quedaba suspendida cuando se les arrebatava un hijo a los padres. Se trataba de una resolución administrativa, pues era incompatible con los principios básicos del derecho que regulaba la familia.

Si bien hubo muchas críticas, ha prevalecido una valoración positiva puesto que se trata de un sistema mucho más práctico que responde a una concepción intervencionista de los poderes públicos dentro

de instituciones privadas incluso, como puede ser la familia. Desde mi punto de vista, es mucho más eficaz porque la administración tiene poderes particulares que le permiten reaccionar de una forma más ágil, más rápida frente a una situación de desprotección de un menor. Aunque la manera como se lleva posteriormente el control es un tema por observar, no cabe duda de que se trata de un acierto que la administración sea la responsable de tal decisión.

Esta medida ha sido un acierto, pero conlleva ciertos riesgos y, por lo tanto, conviene evaluar qué se hizo, pues se pensaba que el Ministerio Fiscal ya tenía un control o una supervisión de todas las tutelas. El artículo 124 de la Constitución había contemplado una intervención en todos los procedimientos donde hubiera menores, donde hubiera personas con discapacidades. Este es el correlato del artículo 174, introducido por esa ley del 87, que le atribuye las funciones de supervisión, de la función protectora de la administración. Representa un contrapeso para que incluso en aquellos casos en los que los padres de un menor que ha sido tutelado, por poco declarado en desamparo, no puedan o quieran o no sepan cómo acatar esa resolución (si el fiscal considera que es una resolución desproporcionada) puedan directamente llevarla a un juez para que sea él quien valore si realmente se trata de una situación de desamparo y, de esa manera, se asuman todas las consecuencias derivadas de esa declaración: suspensión de patria potestad, acogimientos, guarda y demás instituciones. Has este punto se ha analizado el porqué de la atribución al Ministerio Fiscal de esa supervisión como un control, como un contrapeso a esa función de la administración.

La segunda cuestión que planteaba era qué es lo que tiene que supervisar el Ministerio Fiscal. Al respecto, el artículo 174 señala únicamente el acogimiento, la tutela, y la guarda. Pero, al revisar la Ley de Protección Jurídica del Menor que regula todas estas figuras de protección del menor, se constata que hay alusiones constantes al Ministerio Fiscal para supervisar, para controlar, para recibir información, notificación de cualquier actuación de la administración res-

pecto a menores en situación de desprotección. Así también ocurre con las legislaciones de las comunidades autónomas que exigen tales notificaciones. Por lo tanto, en resumen, se constata que se supervisa o controla la actuación protectora de la administración.

¿Qué administración? ¿Qué entidades públicas? ¿El fiscal controla la actuación de un servicio social municipal o incluso en España, en Aragón hay también servicios comarcales, divisiones territoriales inferiores a la provincia? Se entiende que no. En realidad, la entidad pública, que tiene la competencia en protección de menores, tiene autonomía para determinar ciertas competencias, pues en cada provincia hay un servicio de protección de menores que coordina también esos servicios municipales, comarcales o incluso a otro nivel como los privados.

Junto a esto hay otra función importante de protección de la administración que no debe perderse de vista: la de aquellos menores infractores, aquellos menores en conflicto con la Ley Penal que sean menores de catorce. En España, cuando un menor de catorce años comete una infracción penal, se considera inimputable. No puede ser sometido a una ley de responsabilidad penal, la 5/2000, y tiene que ser remitido a Protección de Menores para que allí, tal como lo establece el nuevo artículo 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, se adopten las medidas oportunas.

Ya tenemos el porqué, el qué y el quién. Ahora conviene comprender cómo el fiscal supervisa esta labor de protección de la administración. Hasta el año 2000 no había España secciones especializadas de menores ni existían fiscales especialistas. Había servicios de menores, había fiscales del caso, entre ellos estaba yo, uno de los primeros fiscales dedicados al tema de menores, pero no se contaba con un reconocimiento de especialización ni había en las provincias ni a ningún nivel territorial secciones de menores.

Una instrucción del año 2000, la 2/2000, crea las secciones especializadas de menores. Si bien se iban a encargar en exclusiva de todo el

tema de reforma de menores en conflicto con la Ley Penal, se sugería que también pudieran encargarse de los temas de protección. Estos normalmente estaban relegados a las secciones o a las unidades civiles dentro de la Fiscalía.

En el 2007, también se modificó el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y se consideró que para efectos de coordinación y de supervisión en determinadas especialidades (como era violencia de género, medio ambiente y menores) debía haber una figura, un fiscal de máxima categoría. En España, tal figura recaía en los fiscales de sala que, desde la fiscalía general, coordinarían las secciones de menores creadas para las provincias. En cada provincia, había un delegado de menores y se coordinaba a través de este fiscal de sala. Hay que esperar al año 2009 cuando una instrucción de ese mismo establece que las secciones de menores asumirán la protección de menores, la supervisión de esa actuación de la administración. Así, en 2011 se dictó una circular, la 8/2011, para unificar criterios en esta materia.

Con este contexto, es posible comprender cómo el fiscal puede supervisar esta función de protección de la administración. La circular 8/2011 plantea la singularidad funcional de la materia de protección de menores la define como una relevante función extraprocesal, en los extramuros de su ámbito natural de actuación para el Ministerio Fiscal, el cual normalmente promueve la acción de los tribunales, la acción de la justicia ante los tribunales. Este control de la administración resulta extraño porque no es puramente un control de legalidad. No se trata de promover, en todo caso, la acción de la justicia a los tribunales, sino es una función más extraprocesal. Esta circular sostiene que no es un puro control de legalidad porque también se requiere de un control de seguimiento: visitas a centros, recabar informes semestralmente, entre otras tareas. Además, no supone ni invadir las competencias de protección de menores, que son los entes administrativos, ni tampoco suplantarlas porque, tal como señala el artículo 174, tampoco exime de responsabilidad a las administraciones.

La circular 8/2011 concluye señalando que la posición especial del Ministerio Fiscal en el ámbito de protección de menores exige un delicado ejercicio de equilibrio. Es decir, advierte la complejidad intrínseca porque la legislación es bastante diversa. Los supuestos son tan diversos que en esta propia circular se apunta que la Fiscalía llevará quince registros: tutela, guarda, situaciones de riesgo, actuaciones, acogimientos, oposiciones a medidas, registro de ensayos clínicos con menores de edad, vulneración de derechos fundamentales con menores, la sustracción internacional de menores de edad, determinación de edad de menores extranjeros no acompañados cuando lo asuma las secciones de menores y una extensa lista de visitas a centros. Este es el volumen de trabajo de la sección de menores en su parte de protección.

Ante esta larga lista, ¿cómo puede supervisar el fiscal? Lo primero que tiene que hacer, desde la sección de menores y respecto de la administración, es impulsar la actuación de la administración. El fiscal en España -como seguramente ocurre igual en el Perú- interviene en la mayoría de las materias y los órganos jurisdiccionales, pues puede solicitar testimonio cuando en cualquiera de los temas, en un juzgado de lo social, en un juzgado civil, incluso contencioso, resulte alguna situación de desprotección de un menor. Puede requerir esos testimonios y que se remitan a la entidad pública. Incluso si es muy urgente, podría pedir ese mismo procedimiento de acuerdo con el artículo 158 de protección del menor.

Puede ser que esa información le llegue a la Fiscalía por otras vías, incluso en la modificación de la Ley de protección jurídica del menor, pues trata aquellos casos que no cuentan con el consentimiento de los padres para tratamientos médicos o los riesgos prenatales que se pueden comunicar a la Fiscalía para que esta determine un procedimiento y se lo comunique a protección de menores para que estudie la situación y evalúe si es viable adoptar alguna medida. Este impulso puede ser, además, la lucha o el trabajo contra la inactividad administrativa. Puede ser que las entidades públicas reciban estas noticias,

pero no hagan nada. O puede ser que tarden mucho en hacerlo o que, durante el seguimiento de las medidas acordadas, haya momentos en los que se cumplen los plazos sin adoptar las decisiones o las resoluciones correspondientes. Compete al fiscal ese impulso frente a esa inactividad.

En segundo lugar, está la valoración de la medida. Al fiscal se le notifican todas las medidas de protección. Él, al examinar la resolución, puede valorar si en el expediente hay un adecuado control de la tramitación: podría haberse omitido alguno de los trámites administrativos que regula este procedimiento para llegar a la decisión. Es posible estar de acuerdo en el fondo, pero no en la tramitación. Es posible presentar un recurso contencioso administrativo. En cambio, si desea resolverlo porque existe desacuerdo sobre el fondo y, a la vez, se desea resolverlo, directamente se podría objetar la medida.

En segundo lugar, en cuanto al fondo, ¿qué hace la Fiscalía? Cuando recibe esa notificación, en primera instancia, verifica si realmente esa medida era necesaria y si era proporcionada de acuerdo con el artículo de la Ley de Protección Jurídica del menor. En seguida, verifica si se ha dictaminado de acuerdo con el interés superior del menor del que tanto se habla. En tercer lugar, comprueba si se ha cumplido con el artículo 12, que estipula la primacía de las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a los temporales y las consensuadas frente a las impuestas. Con esa valoración de la proporcionalidad, la necesidad y estos parámetros establecidos, el fiscal decidirá si realmente se opone a esa medida o considera que es adecuada.

De esta forma, se podría verificar en cada medida concreta, *v. gr.*, en la declaración de riesgo si existe un proyecto de intervención, o en los supuestos de desamparo el plan individual de protección. Asimismo, se puede examinar la idoneidad del tipo de acogimiento porque la resolución de desamparo determina qué órgano asumirá tutela y qué tipo de acogimiento regirá: familiar o residencial. En último lugar, se contempla el control en el seguimiento porque el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos ha incidido en que las medidas de protección de menores —salvo algunas concretas que impliquen una retirada definitiva— son temporales y, por lo tanto, exigen una revisión periódica. Para esto el fiscal recibe avisos de todas las modificaciones que afectan las medidas acordadas y durante la vigencia de estas, deberá examinarlas, programar reuniones semestrales de trabajo, pedir informes del estado de cada menor sometido a una medida y, para ello, podrá acceder a los programas que tiene la administración para comprobar esos expedientes.

Hay dos cuestiones adicionales especialmente relevantes. Tras la visita de los centros donde están internados los menores, levantará actas, recibirá información que le puede servir para solicitar la modificación o no de la medida y también un servicio de atención al ciudadano, porque los padres, a partir de los dos años de actuación de la medida, no pueden por sí mismos oponerse a las medidas. Tienen que hacerlo a través de la Fiscalía siempre y cuando el fiscal considera que realmente procede esa modificación. Las modificaciones de la medida se notificarán al fiscal para ver también si está de acuerdo con ellas.

Esas medidas, sobre todo las más graves, como el desamparo y la tutela, pues terminarán o bien porque se alcen y retorne el menor a la familia, o bien porque se tramite una adopción, o bien porque cumple la mayoría de edad. Antes de cumplir la mayoría de edad, la Fiscalía exige que haya un programa de preparación de vida independiente para que se determine qué recursos se le facilitarán a esa persona que está por cumplir la mayoría de edad y, por lo tanto, dejará de estar protegido por la administración.

## I Sobre los autores

### **Romina Santillana Santa Cruz**

Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza en España; máster en Especialización e Investigación en Derecho, con mención en Derecho de la Familia y de la Persona por la referida universidad. Actualmente es profesora de Derecho Civil en la Universidad Internacional de La Rioja y en la Universidad Isabel Primera de Castilla, ambas en España, así como en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es miembro colaborador del grupo de investigación y US Family de la Universidad de Zaragoza e investigadora externa del Grupo de Investigación en Derecho civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

### **María Isabel Lamana Peña**

Es diplomada en Trabajo Social por la Universidad de Zaragoza, desde 1991 desempeña su labor profesional en la administración pública y en concreto desde 2003 en el servicio de atención a la infancia y a la adolescencia del Instituto Aragonés de Servicios Sociales del Gobierno de Aragón, ocupando distintas jefaturas. En la actualidad es jefa de sección de coordinación de acogimiento residencial a menores.

### **Evelia Fátima Castro Avilés**

Abogada por la Universidad de Lima, magíster en Derecho Civil por la Universidad de San Martín de Porres, magíster en Derecho de Género por la Universidad de Jaén y doctora en Derecho. Es especialista en Derechos Humanos por el Colegio Universitario Henry Dunant (Ginebra, Suiza) y en Gestión Pública por la Universidad del Pacífico. Ha obtenido el certificado de Docencia Universitaria y el Diploma de Estudios Avanzados en Persona y Familia de la Universidad Pública de

Zaragoza. Ha sido asesora de comisiones y de la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República. Actualmente ejerce el cargo de coordinadora de Seguimiento y Evaluación del Programa por Resultados de Familia PpR Familia del Poder Judicial.

### **Carlos Martínez de Aguirre Aldaz**

Licenciado en Derecho (Universidad de Navarra). Doctor en Derecho (Universidad de Zaragoza). Catedrático de Derecho civil en las Universidades de Extremadura (1990-91) y Zaragoza (desde 1991). Ha sido presidente de la International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family (2014-2017) y de The Family Watch - Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia (2008-2017). Es miembro fundador de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de la Persona y de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Investigador principal de Ius Familiae, Grupo de Investigación de Referencia en Derecho de Familia y de la Persona (Universidad de Zaragoza - Gobierno de Aragón).

### **M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo**

Profesora titular de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. Es la directora del Departamento de Derecho Privado de esta casa de estudios. Sus principales líneas de investigación son Derecho de familia y de la persona, protección de menores, propiedad intelectual, Derecho inmobiliario registral y discapacidad.

### **María C. Barletta Villarán**

Abogada por la PUCP con grado de Maestría en Gerencia Social en especialización de Evaluación y Seguimiento de Programas Sociales. Fundadora y asociada de la Asociación Civil COMETA-Compromiso desde la Infancia y Adolescencia. Docente en la Facultad de Derecho

y en la Facultad de Educación en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente asociada de la Academia de la Magistratura. Autora del libro *Derecho de la Niñez y Adolescencia* (PUCP, 2018).

### **María Elósegui**

Licenciada y doctora en Filosofía y Derecho. Sus investigaciones se centran en la interculturalidad y el derecho a la identidad cultural desde una perspectiva jurídica y filosófica. También realiza investigaciones sobre la igualdad jurídica entre mujeres y hombres. Desde 2018 es la representante de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Es miembro correspondiente de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación.

### **Vanesa Álvaro Bernal**

Es licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y jueza, mediante oposición libre, desde el año 2001. Ascendió a la categoría de magistrada en el año 2006 y actualmente es la titular del Juzgado de Primera Instancia, número 22 de Zaragoza con competencia en familia y discapacidad.

### **Benito Soriano Ibáñez**

Es licenciado en Derecho por la Facultad de Zaragoza, fiscal de la fiscalía provincial de Teruel desde el año 1992 y es especialista en menores y familia. Es delegado de la sección de menores de la Fiscalía de Teruel. Recibió la cruz distinguida de primera categoría de la Orden de San Raimundo de Peñafort por resolución del 6 de diciembre del año 2008. Es, asimismo, consultor en materia de justicia juvenil de la Fundación Tierra de Hombres, participando en el Consejo Pedagógico del CAS en justicia juvenil restaurativa de la Universidad de Ginebra.

## **Andrés Corrales Angulo**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, magíster en Gerencia Pública por la Universidad Continental, cuenta con Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Civil por la Universidad de Zaragoza, España,



donde también es candidato a doctor en Derecho. Es miembro colaborador del grupo de Investigación IUS FAMILIAE del Gobierno de Aragón, España. Cuenta con experiencia gerencial y de asesoría de Alta Dirección en los sectores público y privado, así como en docencia universitaria. Actualmente se desempeña como gerente de Desarrollo de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental en la que también tiene a su cargo la dirección del Centro de Educación Continua.



## **Evelia Fátima Castro**

Abogada por la Universidad de Lima, magíster en Derecho Civil por la Universidad de San Martín de Porres, magíster en Derecho de Género por la Universidad de Jaén y doctora en Derecho. Es especialista en Derechos Humanos por el Colegio Universitario Henry Dunant (Ginebra, Suiza) y en Gestión Pública por la Universidad del Pacífico. Ha obtenido el Certificado de Docencia Universitaria y el Diploma de Estudios Avanzados en Persona y Familia de la Universidad Pública de Zaragoza. Ha sido asesora de comisiones y de la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República. Actualmente ejerce el cargo de coordinadora de Seguimiento y Evaluación del Programa por Resultados de Familia PpR Familia del Poder Judicial.

Cuando los derechos de niñas, niños y adolescentes a su bienestar y el libre desarrollo de su personalidad no se respetan en el ámbito de su familia biológica, por causas temporales o permanentes, intervienen figuras que el Derecho ha adoptado con la finalidad de protegerlos. La solución tradicional ha sido la institucionalización en Centros de Acogida Residencial, aunque la evidencia demuestra los efectos dañinos que tiene en el desarrollo de la niñez y a nivel internacional se recomienda las modalidades alternativas de cuidado de tipo familiar. En esta línea la legislación nacional, inspirada en la española, ha adoptado un sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes.

La presente publicación recoge ponencias de juristas, expertos y magistrados españoles y peruanos, que fueron presentadas en el Congreso Internacional *Sistema jurídico tuitivo de niñas, niños y adolescentes en desprotección familiar: España y Perú* coorganizado por la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental, el Programa Presupuestal Familia del Poder Judicial del Perú y el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencias e Innovación del gobierno de España, *Vulnerabilidad patrimonial y personal. Retos jurídicos*. Las ponencias profundizan en las instituciones protectoras de la niñez que rigen en ambos países, permitiéndonos una lectura comparada de las coincidencias y diferencias en la legislación, así como en su aplicación. Su lectura invita a reflexionar sobre los desafíos presentes y futuros que enfrenta la niñez y la adolescencia, así como a impulsar acciones concretas para construir sociedades más justas y equitativas para las nuevas generaciones. Se trata de una obra de consulta obligatoria para juristas y operadores del sistema de protección de la niñez y la adolescencia.

ISBN: 978-612-4443-62-6



9786124443626