

Zoe VALERO MIRÓ

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN SITUACIÓN
DE DESAMPARO**

Trabajo Fin de Grado
dirigido por
Xavier PUIGDOLLERS NOBLOM

Universitat Abat Oliba CEU
Facultad de Ciencias Sociales
Grado en Derecho

2015

*Construir el futuro, significa construir el presente,
es crear un deseo para hoy, que se dirija rumbo al mañana.*

EL PRINCIPITO

Resumen

Los/as niños/as y adolescentes se caracterizan por una especial vulnerabilidad en tanto que necesitan que otras personas, les cuiden, les eduquen y les representen. Por ello, es necesario dispensarles una adecuada protección personal jurídica y administrativa que garantice el desarrollo de su personalidad y su integración social.

Cuando se detecta una posible situación de desamparo de un menor, la entidad competente, la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia (DGAIA), es quien asume la guarda y protección del menor. Deberá prevalecer el interés superior del menor y garantizar que ese derecho se ponga en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño.

Resum

Els/es nens/es i adolescents es caracteritzen per una especial vulnerabilitat mentre que necessiten que altres persones, els cuidin, els eduquin i els representin. Per això és necessari dispensar-los una adequada protecció personal jurídica i administrativa que garanteixi el desenvolupament de la seva personalitat i la seva integració social.

Quan es detecta una possible situació de desemparament d'un menor, l'entitat competent, la Direcció general d'Atenció a la Infància i a l'Adolescència (DGAIA), és qui assumeix la guarda i protecció del menor. Haurà de prevaldre l'interès superior del menor i garantir que aquest dret es posi en pràctica sempre que s'hagi d'adoptar una decisió que afecti a un nen.

Abstract

Cases involving children and adolescents are characterized by the particular vulnerability of the minors, as they require other people to look after them, educate them and represent them. Because of this it is essential that they are provided with adequate legal and administrative protection, which will guarantee the development of their personal skills and social integration.

When a minor is at risk of abandonment, 'la Direcció general d'Atenció a la Infància i a l'Adolescència (DGAIA)', will assume responsibility for custody and protection. All actions taken must be in the best interests of the child/adolescent, and it must be guaranteed that this right is put into practice whenever a decision that affects the child is taken.

Palabras claves / *Keywords*

Acogimiento - Derechos - Desamparo – Interés – Menor – Protección de los niños y los adolescentes – Riesgo – Entidades - Colaboración

Sumario

Introducción	9
1. Menor de edad	12
1.1. Concepto	12
1.2. Los Derechos de los niños	15
1.3. El interés superior del menor	18
2. La protección de menores:.....	20
2.1. Sistemas de protección de menores.....	20
2.2. Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores.	21
2.3. Sistema de protección de la Ley 14/2010, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia (LDOIA).....	23
2.4. Las Entidades Locales en el sistema de protección de menores.	24
2.5. Leyes de ámbito internacional de protección de menores.	25
2.6. La colaboración con las entidades privadas sin ánimo de lucro.	27
3. La protección civil de los menores desamparados en el derecho catalán:.....	28
3.1. La protección civil y actuación administrativa: el código civil catalán y la Ley 14/2010, de 27 de mayo, “dels drets i les oportunitats en la infància i l’adolescència”	28
3.2. Las situaciones de hecho que demandan la protección del menor y sus efectos legales:.....	29
a) La protección del menor en situación de riesgo.....	29
b) La situación de desamparo del menor.	32
c) La Guarda protectora por la entidad pública.	35
3.3. La declaración de desamparo	38
3.4. Efectos de la declaración de desamparo: La protección de la persona.....	42
3.5. Oposición judicial a la declaración de desamparo.....	46
3.6. Las medidas de protección de los menores desamparados.	47

4. El acogimiento como medida de protección de menores.....	48
4.1. El acogimiento Familiar como la principal de las medidas de protección del menor desamparado.	51
4.1.1. El acogimiento familiar simple	53
4.1.2. El acogimiento familiar permanente	54
4.1.3. El acogimiento preadoptivo.....	55
4.2. El acogimiento Residencial.....	58
4.2.1. Centros de Acogida	60
4.2.2. Centros Residenciales de Acción Educativa	61
4.2.3. Centros Residenciales de Educación Intensiva	62
Conclusiones	64
Bibliografía.....	69

Introducción

“El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación” (principio 9 de la Declaración de los Derechos de la Infancia, ONU, 1959).

Un niño, según la Convención sobre los derechos del niño/a de 20 de noviembre de 1989, es toda persona menor de dieciocho años. Sin embargo, la legislación vigente en Cataluña distingue, dentro de esta franja de edad, al niño como la persona menor de doce años y el adolescente como la persona con una edad comprendida entre los doce y la mayoría de edad.

El menor de edad, en el ámbito corporal y psíquico, se caracteriza no sólo porque al actuar no tiene plenitud de consciencia y voluntad, sino también por la necesidad de protección en que se encuentra, protección que se encomienda a los padres o tutores, que son sus representantes legales. Los poderes públicos tienen que garantizar los derechos de toda la infancia; eso incluye a todos los niños más allá de su situación, estado, creencias, etnia y origen.

Para garantizar que en las decisiones y las actuaciones que se adopten, tanto en la esfera pública como en la privada, se tengan en cuenta los derechos, las necesidades y la opinión del niño, en función de su edad y madurez, se creó un principio fundamental llamado el interés superior del menor. El interés superior del niño está directamente relacionado con el resto de principios generales de la Convención: derecho a la no discriminación, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y derecho a ser escuchado. Cualquier actuación que afecte los niños parte de esta consideración, y la tarea de análisis y de supervisión se hace partiendo de la base que las medidas siempre tienen que tener en cuenta este interés superior.

La aplicación del principio del interés superior del menor comporta la evaluación de aquello que es mejor para el niño y la niña en cada caso, asegurando que ha sido escuchado/a y que se ha tomado en consideración su punto de vista. Así, cuando haya un conflicto de intereses, hay que garantizar que se han tenido en cuenta y prevalecen las consideraciones del menor antes de decidir. Por ello, el interés superior del niño/a afianza su capacidad para expresarse y gestionar sus derechos y responsabilidades como parte de su proceso de participación y de apoderamiento como ciudadano, siempre de acuerdo con su grado de madurez y con vista a su bienestar integral.

El menor debe ser objeto de una atención especial y una protección específica, dado que no dispone de los medios necesarios para protegerse a sí mismo. Para

garantizar que se respeten todos los derechos que le competen, existen leyes destinadas a proteger al menor en todos sus aspectos, especialmente, en lo referente al que hace al respecto a su dignidad como tal, sus derechos y garantías.

La estructura autonómica de nuestro Estado ha influido de manera decisiva en la configuración del sistema de protección de menores, reflejándose en una diversidad de opciones ideadas para intentar solucionar una realidad común, la de los menores que se hallan en situación de desprotección. Este principio de especial protección de los menores debe guiar todas las actuaciones legales, administrativas y judiciales en que esté implicado un menor.

Cuando una familia o titular de la tutela o de la guarda de un niño no es capaz de ofrecerle los cuidados básicos para su desarrollo integral, interviene la administración para hacerse cargo y velar por su adecuado desarrollo. En relación a esta incapacidad nuestra Comunidad Autónoma, ha sido pionera con la Ley 14/2010, del 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia (LDOIA) en diferenciar entre una situación de riesgo y una situación de desamparo. La concreción del criterio de protección de menores en situación de desamparo que debe regir las actuaciones de la Administración tiene una doble vertiente; por un lado la positiva (cuáles son los objetivos a alcanzar), y por otro, la negativa (qué resultados se deben evitar).

Entendemos por situación de riesgo la situación en que el desarrollo y el bienestar del niño o el adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre que para la protección efectiva del niño/a o el adolescente no haga falta la separación del núcleo familiar. Por otro lado, entendemos por situación de desamparo la situación de hecho en que al niño/a o al adolescente le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, siempre que para su protección efectiva haya que aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar.

Durante los estudios de Derecho, la mayoría de las sesiones han estado dedicadas al adulto, sin prestar mucha atención al menor. Debido a que los procedimientos para los adultos y los menores son completamente distintos, la motivación tanto profesional como personal me ha traído a profundizar en el ámbito de la protección del niño/a y adolescente. En concreto, el objetivo final del trabajo es conocer todos los sistemas de protección existentes para el menor, así como los derechos que le protegen, los procedimientos, efectos y medidas a tomar ante una situación de desamparo.

Este trabajo no hubiera sido posible sin la ayuda y el consejo de un grupo de personas que no se pueden quedar en el anonimato. En primer lugar quiero hacer una mención especial a mi familia, por su apoyo en todo momento, por confiar en mi, y por alentarme en momentos de dificultad. Gracias también a mis amigos por los ánimos que me han brindado, y por estar siempre ahí.

Pero este estudio no sería lo que es, sin la inestimable orientación de mi tutor, Xavier Puigdollers Noblom, a quien me gustaría expresar mi más sincero agradecimiento, por su dedicación y colaboración desinteresada. A todos, muchas gracias.

1. Menor de edad

1.1 Concepto

Antes de empezar a precisar el concepto jurídico de menor de edad, es necesario precisar el de persona. Jurídicamente, persona es sinónimo de titular de derechos y obligaciones, de sujeto de Derecho y destinatario del Derecho por tanto, lo importante en este sentido, es que el concepto jurídico de persona abarca las personas físicas, es decir, los seres humanos, que son personas por el hecho de serlo, desde que nacen hasta que mueren. El principio y fin de su personalidad jurídica lo marca el nacimiento y la muerte respectivamente.

La convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, en su artículo 1, da la siguiente definición: “Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En esta definición referente al bienestar infantil, se entiende que los niños son seres humanos dignos y con derechos.

El ordenamiento jurídico establece una consideración para configurar el estado civil de las personas, es la edad. La edad es el elemento determinante del desarrollo de los individuos. El cómputo de la edad se encuentra establecido en el artículo 315 del Código civil español, en el que se computa en base al día del nacimiento.

El menor de edad, en base al principio de protección que establece el artículo 39 de la Constitución Española, está sometido jurídicamente a una potestad impuesta en su beneficio para garantizar su protección y desarrollo¹. El menor es una persona dependiente de otra, no goza de plena autonomía.

Se debe hacer referencia a una observación terminológica según la Ley 14/2010 de 27 de mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia no utiliza la expresión “menor” y diferencia entre “infant”, que sería el menor de 12 años, y el “adolescent”, entendido como el mayor de 12 años². No representa ninguna innovación en el régimen de la capacidad del menor en la esfera personal, que toma esta franja de edad para graduar la intervención del menor en situaciones que le afectan. Así que el adolescente consiente la formalización del acogimiento, mientras que el niño sólo es escuchado, regulado en el artículo 129.1 LDOIA.³

¹ Arts. 236-1, 222-1 a) de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

² Art. 2.2 LDOIA. También lo hacía el art. 2 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, “d’atenció i protecció dels infants i els adolescents”.

³ Se prevén medidas protectoras específicas para la transición a la vida adulta para los mayores de 16 años (art. 149 LDOIA) y para adolescentes emancipados, ampliables hasta la edad de 21 años si la persona requiere un soporte adicional, con el fin de evitar que el cese de la protección

En tal consideración, dentro de la minoría de edad y tal como se ha expresado anteriormente, quedan comprendidas edades y situaciones como son la del niño de tres meses o tres años y a del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma. En el primer supuesto, está poco desarrollada la razón, el ámbito de lo inteligible, y mucho más en cambio el de los sentimientos, que requieren especial atención. Por su vulnerabilidad y sus necesidades de toda índole, requiere especial atención frente a terceros y precisa de alguien que se ocupe de él material, moral y psíquicamente, y por ello, su capacidad de actuar es casi nula. Por lo que respecta al adolescente, se va desarrollando el conocimiento y el entendimiento, por ello, puede y debe intervenir en todo aquello que le interesa. Al ser capaz de formarse ideas que dan cierta posibilidad de comprensión, le permiten tomar conscientemente algunas decisiones, lo que le confiere una autonomía vital⁴ que el derecho debe tener en cuenta. No hay pues, *menor, sino menores*⁵. Esa visión de la realidad y de la diferencia que hay, dentro de la minoría de edad, entre la infancia y la juventud, está presente en nuestro ordenamiento jurídico⁶.

El menor debe ser objeto de una atención especial y una protección específica, dado que no dispone de los medios necesarios para protegerse a sí mismo. Por ello, han sido adoptados acuerdos que están destinados a la protección del niño y sus derechos. Entendiéndose por protección infantil, como la prevención y la lucha contra la violencia infantil, incluyendo los abusos, la explotación sexual, el tráfico de niños, el trabajo infantil y prácticas tradicionales como la mutilación genital o el matrimonio forzado⁷.

Hay que tener en cuenta que el menor de edad tiene la capacidad de obrar limitada, en la que no puede realizar todos o algunos actos con eficacia jurídica, debiendo suplirse este defecto de capacidad de obrar mediante la patria potestad o la tutela. Por ello será precisa la representación legal del menor, perteneciente a todos aquellos actos que el menor no puede realizar por sí mismo, regulado en el artículo

represente una ruptura perjudicial para el afectado y acompañarlo durante el proceso de adquisición de plena autonomía personal (art. 151 y 152 LDOIA).

⁴Es la aptitud para seleccionar lo que quiere tener o hacer, a la luz de su percepción del mundo y de la vida, de su información y de las alternativas que contempla.

⁵ FRANCISCO RIVERO HERÁNDEZ, *El interés del menor*, 2ª edición, Dykinson, S.L., Madrid, 2007, pág. 177.

⁶ S.TS. de 24 de febrero de 1999: <<Entre las distintas etapas que componen sucesivamente la biografía del ser humano, hay una, la infancia, cuyo límite con la adolescencia pone nuestro ordenamiento jurídico entre los doce y catorce años [...] >>, y acepta como constitucionalmente válido <<el criterio en el cual se apoya la frontera, a veces imprecisa, de la niñez y de la adolescencia, situada en la pubertad, pero con un margen de flexibilidad en la determinación de la edad que ha de serle permitido al legislador en función de las circunstancias>>.

⁷ “La protección infantil”, UNICEF.

236.18.1⁸ y 222.47.1⁹ del Código Civil de Cataluña. El representante legal tiene limitada legalmente su actuación para los actos que afecten a los derechos de la personalidad, así como los que el menor pueda hacer por sí mismo de acuerdo con la Ley y según su grado de madurez. Además, actuará en los casos de que exista conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales y a los actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres o tutores. Se debe tener en cuenta que para estos supuestos actuará el menor, en el caso de que sea posible. Por lo contrario, actuará una persona distinta, y para determinados supuestos se deberá nombrar un defensor judicial¹⁰.

Asimismo, en el ámbito de la limitación de la capacidad de obrar del menor, no se mantiene en la misma medida a lo largo de todo el periodo de minoría de edad. Por ello, el ordenamiento jurídico le reconoce al menor de edad, a medida que va desarrollando su capacidad natural, la capacidad de obrar necesaria para realizar determinados actos por sí mismo con efectos jurídicos. Estos actos deberán ser con o sin un complemento dado por sus padres o tutores. Dichas limitaciones a la capacidad de obrar del menor han de interpretarse de forma restrictiva¹¹, teniendo en cuenta el reconocimiento que hace el artículo 28 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, sobre el derecho de los menores a ejercer los derechos civiles y políticos sin más limitaciones que las fijadas por la legislación vigente. Esta capacidad de obrar del menor puede apreciarse en diferentes ámbitos como en su esfera personal, familiar y en el ámbito comercial o patrimonial.

Por otra parte, en cuanto al ámbito jurídico, es relevante la figura del menor en cuando comete una infracción penal. Se debe atender a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en su artículo 1, en la que se establece que se deberá aplicar para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

Por todo ello, se refleja que la ley establece limitaciones en cuanto a capacidades, derechos y obligaciones de acuerdo a la edad que observe el individuo, por tal de

⁸ Artículo 236-18.1 CCCat: "Representación legal: El ejercicio de la potestad sobre los hijos comporta la representación legal de estos".

⁹ Artículo 222-47 CCCat: "Representación legal: El tutor y, si procede, el administrador patrimonial, en el ámbito de sus respectivas competencias, son los representantes legales del tutelado".

¹⁰ Artículos 236.2 y 222-47.2 CCCat.

¹¹ Artículo 17.2 LDOIA: "Ejercicio de los derechos propios por los niños y adolescentes: Las limitaciones a la capacidad de obrar de los niños y los adolescentes deben interpretarse de modo restrictivo".

evitar que el menor de edad realice actividades o tome decisiones para las cuales todavía no tiene un pleno desarrollo de su personalidad y capacidad. Así que para garantizar que se respeten todos los derechos que le competen, existen leyes destinadas a proteger al menor en todos sus aspectos, especialmente, en lo que hace al respeto de su dignidad como tal, sus derechos y garantías.

1.2 Los Derechos de los niños

La concepción actual de la protección jurídica del menor de edad se basa en primer lugar en la consideración del menor como persona y, por ello, titular de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico a todo ser humano. Es decir, el menor es titular de los derechos fundamentales o de la personalidad reconocidos a todo ser humano en la constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por España. Por otra parte, el menor no se considera como un mero sujeto pasivo que tiene el derecho a ser objeto de una protección y cuidados especiales, sino también como sujeto activo, capaz de participar en la sociedad y de convertirse en protagonista de su propio desarrollo, en la medida en que su edad y grado de madurez así lo permitan.

Debe tenerse presente que el menor, por su falta de madurez física y mental, necesita la debida protección legal. Ante esta necesidad de protección de los menores sobre los derechos del menor, se promulgaron en la Declaración de Ginebra en 1929 los derechos de los niños. El proceso de reconocimiento de estos derechos continuó hasta promulgar la Declaración en las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. La enunciación de los Derechos del Niño se culminó definitivamente el 20 de noviembre de 1989 con la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Este texto legal reconoce legalmente todos los derechos fundamentales de los niños. Por ello, queda establecido que los derechos de la infancia en el ámbito internacional, se encuentran establecidos en la Declaración de los Derechos del Niño¹² y la Convención sobre los derechos del Niño.¹³

Estos derechos del niño, son un conjunto de normas de derecho internacional que protegen a las personas hasta determinada edad. Todos los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia.

¹² *Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.*

¹³ *Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.*

La convención sobre los Derechos del Niño, se amplió en el año 2000 con dos protocolos facultativos que resultan fundamentales en la protección del menor en temas sobre la participación de niños en conflictos armados, sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En 2011 se añadió un tercer protocolo facultativo sobre el procedimiento de denuncias ante el Comité de los Derechos del niño.

Otra cuestión respecto de la Convención es que dispone que su implantación sea controlada por un comité de los Derechos del Niño. Este comité de expertos es quien supervisa que todos los Estados participantes respetan la Convención. Los Estados que han ratificado la Convención se comprometen a presentar al Comité, por mediación del secretario general de la ONU, informes¹⁴ sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso obtenido en cuanto al disfrute de esos derechos.

Debida a esta situación de dependencia en la que se encuentra el menor, deben ser reconocidos un conjunto de derechos. Dichos derechos humanos buscan proteger a los niños como los seres humanos que son. Al tratarse de derecho humanos, están constituidos por garantías fundamentales y derechos humanos esenciales.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en un único texto, el conjunto de los Derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. Estos derechos son:

- Dignidad
- Libertad
- Igualdad
- Solidaridad

Por otra parte, respecto a los derechos de la infancia, se debe hacer una distinción en base a cuatro principios fundamentales que deben primar:

1. No discriminación.
2. El interés superior del niño.
3. El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.
4. La participación.

¹⁴ Artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989: “Los informes deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente convención”

Asimismo, La Ley 14/2010 de 27 de mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, del Parlamento de Cataluña, reconoce al menor los siguientes derechos:

- Derechos civiles y políticos (art. 28 LDOIA)
- Derecho a la propia identidad (art. 29 LDOIA)
- A la Libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión (art. 31,33 LDOIA)
- Derecho de participación, asociación y reunión (art. 33,34,35 LDOIA y art. 321-2 CCCat)
- Derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen (art. 36 LDOIA)
- Derecho a la salud (art. 44 y ss LDOIA)
- Derecho a la educación (art. 48 y ss LDOIA), entre otros.

Todas estas leyes citadas anteriormente, tienen como objeto establecer las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos que a los menores reconoce la Constitución Española, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y el ordenamiento jurídico en su conjunto, así como determinar el marco de actuación en orden a la protección de la infancia, adoptando aquellas medidas protectoras que deban aplicarse a los menores de edad.

Además, hay que hacer referencia a una de las aportaciones más relevantes de la Convención al derecho internacional de los derechos humanos y a una concepción del niño como sujeto de derechos. De este enfoque parte el Comité de los Derechos del Niño en su desarrollo doctrinal del artículo 12, dedicada al Derecho del niño a ser oído en todos los asuntos que le afecten y a que se tomen en consideración sus opiniones. Este precepto debe considerarse «como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

Este criterio de escuchar al menor antes de tomar decisiones graves que le afecte, es para que el juez y los padres conozcan su opinión y deseos, su criterio personal sobre la cuestión de que se trate, para tomarlo en consideración hasta donde sea atendible. Por ello, se entiende que dicho artículo 12 de la Convención, garantiza al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga.

El derecho de los niños a ser escuchados, está estrechamente vinculado con otro de los principios fundamentales de la Convención, la idea de que el interés del niño ha de ser entendido como superior y, por tanto, ha de tener la consideración de primordial en los procesos de adopción de decisiones que le afecten, establecido en el artículo 3.1 CDN. Como el propio Comité afirma, los artículos 3 y 12 de la Convención tienen funciones complementarias, de modo que el primero no puede ser correctamente aplicado si no se cumplen los requisitos del segundo. No es posible determinar correctamente el mejor interés del menor sin respetar los elementos de su derecho a ser escuchado. Del mismo modo, el interés superior del menor exige el respeto a su papel esencial en todas las decisiones que afecten a su vida.

1.3 El interés superior del menor

Según la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, en su artículo 3 párrafo 1º, se otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

Para que sea efectiva la aplicación del concepto de interés superior del niño requiere adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, con el fin de poder garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual del niño y promover su dignidad humana.

Por otra parte se podrían identificar varios conceptos en cuanto al significado del interés superior del niño, puesto que en primer lugar, se entiende como aquel derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, y la garantía de que ese derecho se ponga en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Asimismo, sería un principio, ya que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Finalmente se entiende también como una norma de procedimiento.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño (STC 141/2000, FJ 5).

Hay que tener en cuenta que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, hay que primar el interés superior del menor. En primer lugar, se trata de discernir qué significa decidir en interés del menor, o sea, determinar y hacer que se imponga lo que más conviene a un niño. Ello supone contemplar la cuestión inserta en la realidad de que brota, principalmente en las formas de presentación del problema o situación de la vida corriente en la que se manifiesta o entra en juego el interés del menor y hay que decidir al respecto, y luego en qué consiste realmente ese interés, y cuál sea el interés efectivo y preeminente del menor. Por ello, cuando se toma una decisión en interés del menor es precisamente para proporcionarle lo que más le conviene y evitarle en lo posible lo que pueda perjudicarlo.

Lo más importante aquí reside en que todas las decisiones que se tomen relativas al menor y en su interés, van referidas a él no como objeto de derecho, sino como sujeto de derecho, de un interés suyo protegido por el ordenamiento jurídico. Es pues, que por afectar a un menor hay que entender especialmente necesitados de protección derechos suyos aislados o en conflicto con otros, pues de esas dos formas pueden presentarse y afectar al interés del menor. Y cuando se trate de un conflicto de intereses en el que esté involucrado un niño debe primar este mandato legal, porque para la ley su interés es un principio fundamental. Lo cual no supone que se trate con ello de una discriminación positiva del menor ni de favorecerle, sino de una mera adecuación a la persona de los derechos que simplemente como persona tiene y deben ser protegidos.

El convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1959, en particular con motivo de la protección de la vida privada y familiar, ha establecido en su artículo 8, la consideración del interés superior del menor en numerosas sentencias. Se destaca la de *7 de agosto de 1996* en que dijo que tales medidas no deben ser aplicadas sino en circunstancias excepcionales y sólo pueden justificarse si se inspiran en una exigencia primordial que afecte a la supremacía del interés del menor. Asimismo, la del *13 de julio de 2000*, se establece que “el Tribunal concederá una particular importancia al interés del menor que, por su naturaleza y gravedad, podrá prevalecer sobre el del padre.

La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

2. La protección de menores:

2.1. Sistemas de protección de menores

Todas las comunidades autónomas han asumido competencias en materia de protección de menores. El fundamento se encuentra en la relación con el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.

Atendiendo a los artículos 149.15 y 148.16 de la Constitución Española, en los que se contiene, respectivamente, las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva y aquellas que pueden ser estatutariamente asumidas por las Comunidades Autónomas.

En virtud del artículo 39 de la Constitución Española, de los textos internacionales ratificados por España¹⁷ y de las disposiciones legales se deriva la existencia en el ordenamiento jurídico español, un principio general de protección de los menores, que debe presidir la actuación de los poderes públicos. La primacía del interés del menor es el principio informador de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que estableció una importante reforma de las tradicionales instituciones de protección del menor contenidas en el CC, iniciada ya mediante la Ley 2/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción.

Por una parte, se considera la legislación civil como el instrumento esencial para la solución de las situaciones en las que se encuentra el menor en situación de desprotección. La curatela, guarda y tutela del menor son instituciones del Derecho civil que están destinadas a tal fin, junto con la participación de los órganos jurisdiccionales. Estas instituciones se encuentran reguladas en el Código Civil, norma que, en cuanto legislación civil susceptible de ser incluida en la previsión del artículo 149.1.8ª, corresponde a la exclusiva competencia del Estado. Por ello, se aplicará en todo el territorio nacional.

Respecto a la legislación civil y la autonómica sobre protección de menores, se encuentra un punto de unión establecido en el artículo 172¹⁸ del Código civil. Este

¹⁵ Artículo 149.1.8ª CE, sobre legislación civil (regulación de protección de menores).

¹⁶ Artículo 148.1.20ª CE, la asistencia social.

¹⁷ La Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE el 21 de diciembre de 1990), la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 (DOCE núm. C 241, 21 septiembre de 1992) y la Resolución 64/142 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 2009, que aprueba las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de niños.

¹⁸ Capítulo V, de la adopción y otras formas de protección de menores, sección primera, de la guarda y acogimiento de menores.

precepto remite el ejercicio de la guarda y de la tutela a la entidad pública competente cuando se produce el desamparo del menor, debiendo constituirse el acogimiento familiar o residencial del mismo.

Estas instituciones como la guarda, tutela y acogimiento, conforman el que se denomina protección de menores, que viene establecido por las técnicas previstas en el Código Civil fundamentalmente, y ejercidas por la Administración autonómica.

Las Comunidades Autónomas, ejercen sus competencias en las que abordan un amplio contenido en materia de medidas de protección, como las medidas de carácter preventivo, las diversas actuaciones en situación de riesgo, la asunción de la guarda administrativa a petición de los interesados, el ejercicio de la tutela administrativa mediante la constitución del acogimiento familiar o residencial y, finalmente, la adopción de una serie de medidas y prestaciones llamadas a procurar la plena y satisfactoria integración del menor en la familia y en la sociedad. Las funciones de protección de menores que asumen las Comunidades Autónomas, se centran fundamentalmente en la prevención, medidas paliativas y reinserción.

Se trata, de una regulación por normas provenientes de ramas del Derecho distintas, procedidas de entidades que gozan de autonomía política para la gestión de sus respectivos intereses y gestionado por sujetos también diversos, no sólo en cuanto al alcance territorial, sino también en cuanto a su forma de constitución y composición.

2.2. Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores

En base a la protección de menores en las Comunidades Autónomas, existe un punto de unión con la Cláusula de Estado social establecida en el artículo 9.2 de La Constitución Española, conforme al cual *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad el individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social.”*

A nivel nacional, la necesidad de mejorar la protección del menor se había hecho sentir en España, con anterioridad a la promulgación de la Convención de 1989, a partir de la Constitución de 1978. Se deben tener en cuenta una serie de artículos en relación con los menores. En primer lugar, el *artículo 39 de la Constitución Española*, en la que dispone que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, y en particular de los hijos, sin que quepa

discriminación por filiación, y posibilitando la investigación de la paternidad. Por su parte, los padres deben asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Y, concluye, afirmando que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Asimismo, se debe tener en cuenta el *artículo 41 de la CE*, sobre el establecimiento de un régimen de Seguridad Social. Asimismo, los *artículos 43 y 44 de la CE* sobre protección de la salud y la promoción de la participación de la juventud en diversos ámbitos o la atención especializada a disminuidos psíquicos, también cuando son menores, establecido en el *artículo 49 de la CE*¹⁹.

La extensión de las técnicas de protección jurídica dirigidas al menor en nuestra sociedad por parte de las Administraciones públicas, contempladas en la legislación civil, sería considerar al menor como un sujeto activo y participativo, debe ser considerado y tenido en cuenta en relación con aquellas decisiones que van a incidir en su vida, un sujeto que ha de ir ganando autonomía y criterio para decidir en el seno de la sociedad de la que activamente forma parte. Atendiendo a este concepto, se promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Al tratarse de una ley orgánica, es de aplicación en todas las Comunidades Autónomas.

Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan títulos competenciales para dictar normas en la materia. Con la coexistencia de ambas se deben hacer una serie de consideraciones.

Por una parte, los preceptos relativos a los principios rectores de la actuación de las Administraciones Públicas establecidos por la LDOIA (*artículos 10 y 11*) y los que regulan las actuaciones y medidas en situación de desprotección del menor (*artículos 12 a 22 LDOIA*) constituyen legislación aplicable con carácter supletorio respecto de la legislación autonómica, dictada en cumplimiento de la competencia en materia de asistencia social.

Otra cuestión a considerar serían los preceptos de rango no orgánico, que resultan de aplicación en todo el territorio nacional. Estas previsiones están dictadas al amparo de competencias atribuidas por la Constitución al Estado en exclusiva²⁰.

¹⁹ CLARA MARTÍNEZ GARCÍA, Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías, situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial, Generalitat de Catalunya, Dykinson, S.L., Madrid, 2007, pág. 24.

²⁰ Disposición Final 21ª LOPJM: *“derechos de los menores extranjeros que se encuentran en España, deber de vigilancia del Ministerio Fiscal sobre todos los centros que acogen a menores, creación del índice de Tutelas de Menores que se llevará en cada Fiscalía, aplicación de la jurisdicción voluntaria para reclamaciones frente a determinadas actuaciones administrativas de protección de menores, registro español de adopciones constituidas en el extranjero y ciertas particularidades establecidas en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, la modificación de*

Finalmente, las normas de modificación del Código Civil serán de aplicación en las Comunidades Autónomas en tanto no exista Derecho foral o especial en ellas, que sería conforme al artículo 149.1.8ª, aplicable en primer lugar.

2.3. Sistema de protección de la Ley 14/2010, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia (LDOIA)

El nuevo Estatuto de Autonomía de Catalunya establece de forma más detallada las responsabilidades públicas en materia de protección de menores²¹.

Atendiendo al *artículo 40.3 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, se establece que los poderes públicos han de garantizar la protección de los menores “especialmente contra toda forma de explotación, de abandono, de maltrato o crueldad y de la pobreza y sus efectos”. Es preciso que en todos los ámbitos se entienda como principio rector el interés superior del menor.

En base al mismo texto legal, en el artículo 166.3, se recogen las competencias en servicios sociales. En dichas competencias corresponden a la Generalitat de forma exclusiva la materia de protección de menores que incluye “la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal”.

El nuevo sistema de protección existente sobre la Infancia en la Ley 14/2010, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia (LDOIA), da lugar a la respuesta actual de los servicios sociales, en el que se establecen los derechos y libertades que afectan a todos los menores en los diferentes ámbitos de la vida. Asimismo, se incluye una diferencia primordial entre las situaciones de riesgo y las situaciones de desamparo. A raíz de esta novedad que establece la ley de protección de menores, cambian aspectos desde las competencias administrativas hasta las medidas a aplicar.

Como se ha dicho anteriormente, en el ordenamiento administrativo, la protección de la infancia y adolescencia se integra como una parte de los servicios sociales. Siendo estos de competencia autonómica, puede haber variaciones de una

algunos preceptos de la LEC y la decisión de aplicar la normativa anterior a los procedimientos iniciados con anterioridad de a la entrada en vigor de la Ley”.

²¹ *Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.*

comunidad a otra²², aunque se perciben coincidencias en cuanto a los servicios que se ofrecen y a la organización adoptada.

2.4. Las Entidades Locales en el sistema de protección de menores

Los Entes locales, considerados como Municipios, provincias, Islas y todas las fórmulas asociativas entre ellos, tienen un papel esencial en materia de protección de menores.

En materia de prestación de servicios sociales y de promoción o reinserción social, el legislador sectorial deberá otorgar al Ente Local algunas competencias sobre dicha materia²³, en virtud del artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL). Por ello, los Municipios han de tener alguna competencia en dicha materia, así como las Provincias, en cuanto Entes llamados a auxiliar a los Municipios integrados en ellas. Asimismo, hay una serie de servicios que necesariamente deberá prestar el Ente Local que variará en función de la población del Municipio, por lo que únicamente deberá prestar servicios sociales cuando el Municipio tenga más de veinte mil habitantes.

En las competencias que el legislador sectorial reconozca al Ente Local como las que obligatoriamente le impone el artículo 26 de la LBRL, constituyen competencias propias del Ente Local, que las ejercerá en régimen de autonomía y bajo su responsabilidad.

A los Entes Locales se les confiere unas competencias en relación con las actuaciones de prevención, así como la intervención en situaciones de riesgo, tanto durante como en la última fase de la actuación administrativa, en relación con las políticas y medidas de reinserción del menor en su familia y en la sociedad. Estas competencias pueden verse incrementadas por vía de delegación de competencias de la Comunidad Autónoma al Ente Local²⁴. En este caso, se encomienda al Ente local el mero ejercicio, bajo la supervisión del Ente delegante quien mantiene las facultades de control.

Es preciso destacar que la colaboración y la cooperación es esencial para incrementar la eficacia del sistema. Por ello, el ejercicio de las Entidades Locales no puede desconocer la actuación de la Comunidad Autónoma ni la del propio Estado, ni tampoco la de otros Entes locales próximos a él, con los que podrá asociarse para incrementar la eficacia de los servicios prestados.

²² ADORACIÓN M. PADIAL ALBÁS, El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada, Universitat de Lleida, 2012, pág. 35.

²³ *Este precepto obliga al legislador sectorial (el competente en la materia, en este caso la respectiva Comunidad Autónoma), a que las asigne.*

²⁴ Municipal o Provincial, en virtud de los artículos 27 y 37 de la LBRL.

2.5. Leyes de ámbito internacional de protección de menores

Cuando se hace referencia a la adopción de medidas que tienen como sujeto u objeto al menor, la legislación, tanto nacional como internacional, subraya elementos prioritarios y singulares en su favor.

En primer lugar, se deberá tener en cuenta el artículo 39.4 de la Constitución Española de 1978 en la que establece: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

El principio del interés superior del menor viene formulado por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959. Ésta establece que “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley u por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.²⁵

De igual forma, el interés del menor se proyecta en La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), que establece en su artículo 3.2, el compromiso de los estados partes de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, “teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Se entiende que el objetivo principal de la CDN es el de reconocer la dignidad del niño como ser humano, que por su fragilidad y vulnerabilidad exige una protección especial. Es por ello que las disposiciones de la Convención están destinadas a establecer unas normas universales de defensa y protección de la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos.

Asimismo, la CND está considerada como el primer instrumento internacional que reconoce a los niños como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Tras promulgar dicha convención, se establece el inicio de una nueva filosofía en nuestro ordenamiento jurídico en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento al papel que el menor de edad desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

²⁵ CAMPS MIRABE, *El principio del interés superior del menor, Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia, capítulo primero, el principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno, Valencia, 2007.*

Este pacto internacional, en el artículo. 9²⁶, establece la aplicabilidad a tenor de que todas las medidas concernientes a los niños, se atenderá por ellos al interés superior del niño en relación con el derecho que todo niño tiene de permanecer junto a sus padres. Asimismo, en el ordinal 10²⁷ del presente artículo, se expresa que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben velar porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, consignando una excepción, a reserva de que tal separación sea necesaria por el interés superior del niño. Esta excepción se desarrolla en el ordinal tercero de este mismo artículo 9, respecto del derecho del niño separado de sus padres o de uno de ellos, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.

Se debe hacer referencia al Convenio de la Haya de 1996, llamado a sustituir al de 1961, que establece en su artículo 15 la aplicación por la autoridad competente de su propia ley. Se puede excepcionalmente aplicar la ley de otro Estado con el que la situación presenta un vínculo estrecho, en la medida en que sea preciso para la protección de la persona o de los bienes del menor. Por tanto, será de aplicación la ley de residencia habitual del menor, aunque en algunos casos, podrá aplicarse otra ley. Una vez determinada la ley aplicable por el Convenio de la Haya de 1961, el Código Civil sólo puede aplicarse en los casos aludidos de adopción, según el artículo 22 ordinal quinto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de menores o bienes que se hallen en territorio español²⁸. Se va imponiendo el criterio de aplicación de la ley de la residencia habitual del menor.

Además, cabe hacer referencia a otra instancia internacional como el Parlamento Europeo en el que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, a través de la Resolución A3- 0172/92 y la Directiva 89/552 de la Comunidad Económica Europea que se incorporó al ordenamiento jurídico español a través de los artículos 16 y 17 de la Ley 25/1994 de 12 de julio, sobre la coordinación de

²⁶ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

²⁷ : *Artículo 9.1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.*

²⁸ Menores con residencia habitual en Estados no miembros de la Unión Europea ni parte en el Convenio de 1961.

disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radio difusión televisiva. Esta Carta Europea es una resolución del Parlamento Europeo en la que se encuentra establecido en su artículo 8.4 que: *“Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses”*.

Hay que tener en cuenta que para que los Tratados Internacionales sean considerados como norma interna, y por tanto sean de aplicación directa en territorio nacional, es necesario que hayan pasado a formar parte del ordenamiento español mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado.²⁹

2.6. La colaboración con las entidades privadas sin ánimo de lucro

Se debe hacer referencia a los agentes que también actúan en materia de protección de menores, que son las asociaciones y fundaciones que contribuyen con su labor en idéntica línea que la Administración.

Las prestaciones dentro del sistema de protección de menores, tiene una incuestionable consideración de carácter público, puesto que el cumplimiento satisfactorio de las mismas se encomienda constitucional y legalmente a las Administraciones públicas. Este órgano es el titular de dichas competencias y el responsable de su correcta realización.

Además, se ha contribuido de manera directa bajo formas fundacionales o asociativas a la realización de actividades paralelas a las que realiza la Administración. Esta iniciativa de protección de menores ha sido proporcionada por numerosos particulares mediante la fundación de entidades colaboradoras con la Administración dedicadas a la protección de menores.

Estas prestaciones de protección de menores, actúan bajo el control de la Administración competente y recayendo sobre ésta la responsabilidad última por el incorrecto desempeño del servicio o de la actuación. Lo que finalmente recibe el menor y sus familiares, tiene que ser en todo idéntico a lo que recibiría si la gestión correspondiera de manera directa a un organismo administrativo. Se trata de una forma indirecta de gestión de una prestación pública. Sin embargo, en su desenvolvimiento y régimen jurídico en lo que recibe el destinatario directo de la misma, debe ser siempre igual.

Por ello, la supervisión anterior y durante la realización de las actividades por parte de la Administración deviene esencial, en la que debe verificar el cumplimiento de

²⁹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 ordinal 5 del Código Civil.

los requisitos exigentes respecto de las entidades colaboradoras en cuanto a la preparación de los profesionales y las dotaciones de los centros.

3. La protección civil de los menores desamparados en el derecho catalán

3.1. La protección civil y actuación administrativa: el código civil catalán y la Ley 14/2010, de 27 de mayo, “dels drets i les oportunitats en la infància i l’adolescència”

La protección de los menores desamparados y en situación de riesgo tiene dos referentes, los cuales pertenecen al contenido civil de la protección de los menores desamparados³⁰, así como su vertiente administrativa, que comprende las declaraciones de desamparo y de riesgo³¹.

La LDOIA entiende que el menor está en situación de riesgo cuando se ve perjudicado o se encuentra limitado a nivel personal pero no es necesaria la separación de su núcleo familiar. Se deben resolver en el ámbito local, en el que se incluyen las actividades que tienen un carácter preventivo general. Las administraciones locales asumen, por medio de los servicios sociales básicos, la detección e intervención de las situaciones de riesgo.

Por otra parte, el código civil de Cataluña regula la protección de menores desamparados en paralelo a las demás instituciones de protección a la persona, y remite a la legislación sobre la infancia y la adolescencia todo lo relativo a los indicadores de desamparo, las medidas de protección, el procedimiento para su adopción y revisión, el régimen de recursos y las causas de su cese (artículo 228-2 del Código civil de Cataluña).³²

En el caso de la situación de desamparo, al menor le faltan elementos básicos para su desarrollo personal y es necesario aplicar alguna medida que conlleve la separación de su núcleo familiar. La protección frente al desamparo y el maltrato, es responsabilidad de la Generalitat, aunque la prestación de los servicios pueda estar

³⁰ *Institución civil de protección de la persona regulada en el Cap. VIII del Título II del Libro II CCCat.*

³¹ *Ley 14/2010, de 27 de mayo, de “drets i les oportunitats de la infància i l’adolescència”.*

³² FARRÉ TREPAT, 2011, pág. 475. Destaca que la nueva ubicación sistemática de la regulación de protección de menores en el Código Civil de Cataluña consigue situar este ámbito material al mismo nivel que las demás instituciones de protección de la persona, separado de las instituciones familiares. Se atribuye, por tanto, a la protección de los menores desamparados una autonomía y un protagonismo, de los que carecía en el Código de Familia, en el que se regulaba sólo en tres artículos, en el último capítulo del título dedicado a la potestad parental, como un apéndice de la misma.

en manos de un variado conjunto de entidades públicas o privadas. La administración de la Generalitat, a través de los servicios especializados de atención a la infancia y adolescencia, se hace cargo de las situaciones de desamparo. Jurídicamente, la resolución de desamparo supone por parte de la administración la competencia para asumir la función tutelar de forma inmediata y por consiguiente, suspender la potestad de los padres y madres.

En los dos regímenes se establece el deber de comunicación y colaboración mutua, regulada en el artículo 100³³ de la LDOIA. Así como la existencia de un expediente único, en el sistema de información, tanto para las situaciones de riesgo como para las de desamparo, en virtud del artículo 101 de la presente ley.

En este sentido, mientras que la Administración local y supralocal sería competente en las situaciones sociales, que conllevan la intervención protectora en el sí de la propia familia, las situaciones de Desamparo y asunción de funciones tutelares deberían seguir siendo competencia exclusiva de la Administración autonómica.

3.2. Las situaciones de hecho que demandan la protección del menor y sus efectos legales:

a) La protección del menor en situación de riesgo

La LDOIA, define la situación de riesgo como aquella en que el desarrollo y el bienestar del niño o del adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre que para su protección efectiva no sea preciso separarlo de su núcleo familiar³⁴.

Las situaciones de riesgo, por tanto, suponen un perjuicio para el menor, pero no de la entidad suficiente como para separarle del núcleo familiar, y será la propia Administración la que decidirá cuando se trata de un supuesto de riesgo de exclusión social y las medidas a aplicar, de forma que la actuación de la Administración es preventiva³⁵, es decir, que debe solventar carencias económicas, incluso de carácter personal, educativas o afectivas, con la finalidad de evitar la declaración de desamparo.

Los poderes públicos deben garantizar los derechos del menor, tratando de disminuir los factores de riesgo y dificultad social³⁶, que inciden en la situación

³³ Ley 14/2010, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia (LDOIA).

³⁴ Artículo 102 LDOIA (Define la situación de riesgo).

³⁵ RUIZ-RICO RUÍZ, DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO Y LUQUE JIMÉNEZ. *Reflexiones sobre la Protección de menores en el Ordenamiento jurídico español.*

³⁶ CABEDO MALLOL. *Marco Constitucional de la Protección de menores.* Valencia, 2006.

personal y social en que se encuentra el niño o adolescente, promoviendo no sólo su protección, sino también la de su familia.

Se identifican diversas situaciones que están calificadas como situaciones de riesgo³⁷, por lo que implican un peligro para el desarrollo y el bienestar del menor:

- La falta de atención física o psíquica que conlleve un perjuicio leve para la salud física o emocional del menor.
- La dificultad grave para dispensar atención física y psíquica.
- La utilización del castigo físico o emocional que, sin ser un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique el desarrollo del menor.
- Las carencias en el ámbito familiar que puede producir marginación, inadaptación o desamparo.
- La falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo o el abandono escolar, (art. 52 LDOIA).
- El conflicto abierto y crónico entre los progenitores que antepongan sus necesidades a las del niño o el adolescente.
- La incapacidad o la imposibilidad de controlar la conducta del menor que provoque un peligro evidente para sí mismo o para terceros.
- Las prácticas discriminatorias contra niñas o chicas que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física lo que incluye el riesgo de sufrir la ablación o mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas (art. 76 LDOIA).
- Cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o del adolescente. En este caso se desprende la noción general de riesgo y permite identificarla y actuar en el caso concreto.

La situación de riesgo comporta un peligro para el buen desarrollo y bienestar del menor pero no una falta absoluta de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad. Por ello, se deberán tomar medidas de atención social y educativa, pero no se debe alejar al menor de su núcleo familiar. Las medidas de apoyo pertinentes tomadas de aplicación en su entorno familiar, están dirigidas a corregir el malestar físico o psíquico. En caso de persistir dicha situación, puede derivar en una situación de desamparo.

³⁷ Artículo 102.2 LDOIA.

Ante esta situación, los servicios sociales deben de valorar y examinar la situación de riesgo y promover todas aquellas medidas y recursos de atención social y educativa³⁸ por parte de un profesional en cada caso en concreto, por lo que le corresponderá hacer un posterior seguimiento. Estas medidas están destinadas a disminuir o eliminar la situación de riesgo.

Si con la intervención de los servicios sociales no es efectivo, se requiere la intervención de los servicios sociales especializados en infancia y adolescencia (EAIA), que mediante un informe de valoración respecto de la situación de riesgo existente se proponen las medidas que se consideren más acertadas en cada caso. En base al informe emitido, se ha de elaborar un estudio más exhaustivo sobre el asunto tratado, y obtener un compromiso socioeducativo dirigido a los progenitores o a los titulares de la tutela. Este programa tiene como principal finalidad el estudio del caso para poder resolver la situación de riesgo, aplicando las medidas necesarias prestadas por los servicios sociales básicos³⁹. Antes de firmar el compromiso socioeducativo con los progenitores o, si es necesario, como los titulares de la tutela o de la guarda, los servicios sociales especializados deben escuchar, en todo caso, al adolescente, y al niño o niña si presenta suficiente conocimiento. A pesar de que la Ley no lo menciona expresamente, se entiende que este trámite de audiencia debe quedar debidamente documentado en el correspondiente expediente administrativo de riesgo.

Con carácter convencional, atribuido al compromiso socioeducativo que pone fin a este procedimiento administrativo, cabe apuntar que este acuerdo únicamente podrá ser objeto de recurso administrativo o judicial, si se diere alguno de los defectos formales previstos en la legislación administrativa o procesal o por un vicio del consentimiento.

Si no han prestado la colaboración por parte de los progenitores, de los titulares de la tutela o de la guarda, será preciso elaborar un informe por parte de los servicios especializados de atención a los niños y adolescentes, dirigido al órgano competente haciendo constar la situación de riesgo que no ha sido efectiva en el proceso anterior, para que inicie el procedimiento de desamparo.

Las medidas de atención social y educativa frente a situaciones de riesgo, se encuentran establecidas en el artículo 104 de la LDOIA en las que comprenden la orientación, asesoramiento y ayuda familiar, el acompañamiento a la escuela, las ayudas a domicilio, la atención de servicios socioeducativos, la atención sanitaria,

³⁸ Artículo 103.1 LDOIA.

³⁹ Esta intervención busca la colaboración de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda que deben firmar el compromiso socioeducativo, (Artículo 103.6 LDOIA).

los programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar, asistencia personal a los progenitores, tutores o guardadores y a los menores. Todas estas medidas y cualquier otra de carácter social y educativo que contribuya a la desaparición de la situación de riesgo, se pueden establecer una vez se haya valorado la situación de riesgo.

La desaparición de los factores de riesgo puede poner fin a la intervención administrativa, aunque la persistencia de la situación de riesgo podría determinar en un momento dado la declaración de desamparo. Tendrá lugar esta situación cuando las medidas preventivas de atención en la propia familia no hayan sido efectivas.

b) La situación de desamparo del menor

En primer lugar, de forma conceptual, de acuerdo con el artículo 228-1 CCCat, “se consideran desamparados los menores que están en una situación de hecho en que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, o que están sometidos a maltratos físicos o abusos sexuales, siempre y cuando para su protección efectiva sea preciso aplicar una medida que implique la separación del menor de su núcleo familiar”. En términos similares, el artículo 105 LDOIA establece que “Se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar”. El desamparo es, por tanto, una institución que protege el interés superior del menor.

En este sentido, la SAP Barcelona, sec. 18ª, 29.4.2010 ha definido el desamparo como “aquella situación de hecho, querida o no, que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de los menores, situación caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias”.

El desamparo “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 menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.⁴⁰ Se entiende por ello que, la situación de desamparo no sólo engloba los supuestos de falta de personas que se hagan cargo del menor, sino también para todos aquellos casos en que aun existiendo esas personas, no están capacitadas para el ejercicio de los pertinentes deberes de protección, o en el caso de que los cumplan pero de forma inadecuada.

⁴⁰ IGLESIAS REDONDO, J., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996.

El desamparo se caracteriza por el incumplimiento de lo que constituye el contenido personal de la patria potestad y de la tutela, sea total o parcial e imputable o no al titular de las obligaciones, bien sea por inadecuada o por imposible. La situación en que queda un menor en estas condiciones no va a depender necesariamente de la voluntad de sus padres o guardadores, ya que no sólo se dará la situación en los casos de que la finalidad sea librarse de la guarda sino, que se da también, en aquellos casos en que el ejercicio de la misma, por razones que fueren, aun no imputable a los obligados a ella, se produjera por otras causas.

Asimismo, el menor susceptible de desamparo y, por consiguiente, de las medidas de protección por parte de la administración catalana, es todo menor que se halle en Cataluña, aunque sea eventualmente, lo que abarca también a los menores de edad extranjeros. En este sentido, el legislador catalán no sólo prevé la declaración de desamparo para los menores que residan en Cataluña, sino también para aquéllos extranjeros que se encuentren provisionalmente en nuestro territorio, pues todos los menores tienen derecho a una medida de protección.

Existen diversos supuestos de desamparo que se pueden dar en la realidad, como sería el abandono voluntario del menor por su familia, la ausencia de escolarización habitual del menor, los malos tratos físicos o psíquicos, trastorno mental grave de los padres o guardadores que limite o impida el ejercicio de los deberes de protección del menor, así como la drogadicción habitual de las personas que integran la unidad familiar en los casos que incide en el desarrollo y bienestar del menor. Otros supuestos serían los casos de abusos sexuales en el seno de la familia, la inducción a la mendicidad, a la delincuencia, a la prostitución o a cualquier otra forma de explotación económica, la carencia de familiares, la incapacidad, ausencia, enfermedad o incluso las necesidades económicas o un intenso déficit socio-cultural que pueda imposibilitar el ejercicio de los deberes de guarda.

Estos supuestos son casos de incumplimiento de los deberes legales de protección que corresponden a padres y tutores, y que impiden el desarrollo integral del menor. Por tanto, la principal manifestación en la declaración de desamparo es el interés superior del menor.

Para que se acuerde la situación de desamparo, se deben cumplir necesariamente unos requisitos⁴¹. En primer lugar, el incumplimiento por las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor, aquellos relativos a la esfera personal

⁴¹ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Pamplona, 1997.

del menor que integran el contenido de la patria potestad⁴². Sería para aquellos supuestos de abandono absoluto, o para aquellos casos en que los guardadores incumplen los deberes de hecho, los ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevarlos a cabo.

Seguidamente, el segundo requisito que se debe cumplir para poder acordar el desamparo es la privación de la asistencia al menor, referente a la privación a la necesaria asistencia ya sea material o moral. Para que surja este requisito, no es necesario que esa privación sea duradera, puesto que es suficiente que surja la situación de inasistencia para que se apliquen las consecuencias jurídicas, salvo que se demuestre que ésta es temporal y se puede resolver con medidas menos drásticas. Por ello, cabe tener en cuenta que la intervención administrativa o judicial, sólo se justifica cuando resulte imprescindible para evitar graves repercusiones en la esfera personal del menor.

El tercer requisito sería que debe existir un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la inasistencia del menor. La situación de privación de asistencia del menor debe venir motivada por el incumplimiento de los padres de los deberes de guarda. No obstante, si no es por dicha situación, se habrá de acudir a otro tipo de medidas distintas al desamparo.

Por otro lado, el desamparo debe valorarse objetivamente, es decir, lo que interesa es la falta de los elementos necesarios para que el menor pueda desarrollar de manera integral su personalidad, sin que sea imprescindible un juicio de imputabilidad con respecto a los titulares de las funciones de guarda.⁴³ Es irrelevante aquello que pretendían los guardadores con la conducta o las causas que han motivado su actuación, ya que lo que interesa es el resultado que ha ocasionado al menor. De manera que, este resultado ha de ser previsiblemente duradero para que pueda perjudicar al menor.

Hay que destacar que el juicio de imputabilidad a los guardadores sí que tiene un papel decisivo en el momento de decidir la concreta medida protectora que se considere más beneficiosa para el menor, teniendo en cuenta que la finalidad del desamparo es la protección del interés superior del menor. Así se encuentra establecido en el artículo 235-34 CCCat, en el que prevé que para los casos de desamparo agravado la medida del acogimiento preadoptivo, o del artículo 228-6.1, que establece que “la entidad pública competente asume la guarda de los menores

⁴² Artículo 154 CC: “Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y Representarlos y administrar sus bienes”.

⁴³ BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA P. y VAQUER ALOY, A: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013, pág. 549.

si se lo piden los progenitores o los titulares de la tutela porque concurren circunstancias graves y ajenas que les impiden temporalmente cumplir las funciones de guarda propias”.

c) La Guarda protectora por la entidad pública

La situación de desprotección en la que se encuentra el menor de edad, en los casos en que carezca de una persona que le proteja o cuando padece un incorrecto ejercicio de los deberes de protección por parte de los obligados a cumplirlos, se exige que se establezcan unas medidas de protección de forma automática por parte de la Administración encargada en las Entidades Públicas que en cada territorio tenga encomendada la protección de menores. Por ello, se entiende que el desamparo es la base imprescindible para la inmediata intervención administrativa de protección por parte del Ente público correspondiente.

Esta institución se encuentra regulada en los artículos 119 de la LDOIA y 228-6 del Código civil de Cataluña. En base a la Ley catalana de los derechos y las oportunidades, se ha manifestado en múltiples ocasiones la voluntad de potenciar este mecanismo asistencial y de protección jurídico-civil de las personas menores de edad. Así como se refleja en el documento de Bases de la Federación de Entidades de Atención y Educación de la Infancia y la Adolescencia (FEDAIA), considerado como el verdadero punto de partida del proceso que culminó en mayo de 2010 con la aprobación de la Ley 14/2010, como en el posterior texto de Bases para un Proyecto de Ley de Infancia de Cataluña elaborado por el Departamento de Bienestar y Familia de la Generalidad de Cataluña, se recogía de manera manifiesta esta inquietud.

La guarda administrativa⁴⁴ parte de un presupuesto de hecho diferente, puesto que son los padres, o el tutor, ante la imposibilidad del ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad o a la tutela, quienes solicitan el auxilio de la entidad pública a fin de evitar la declaración de desamparo.

La protección de la infancia es uno de los servicios de la Administración pública con más complejidad. Todas las actuaciones de este ámbito requieren una actuación cuidadosa hacia unos niños, adolescentes y familiares sujetos a situaciones de exclusión social. Para proteger este colectivo, es realmente necesaria la implicación

⁴⁴ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña, establece en su artículo 119. Guarda protectora.1. *“Los progenitores o las personas titulares de la tutela, si concurren circunstancias graves y ajenas a su voluntad que les impiden cumplir temporalmente las funciones de guarda, pueden solicitar al departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes que asuma la guarda del niño o el adolescente mientras se mantenga aquella situación. Esta guarda se realiza mediante el acogimiento en un centro o por parte de una persona o una familia”.*

de todas las administraciones, como sería el caso de una de ellas que es la Dirección general de Atención a la infancia y la Adolescencia (DGAIA).

Normalmente, cuando un niño o adolescente entra en contacto con la Administración Pública, ya ha estado sujeto a numerosas vulneraciones de sus derechos fundamentales y de las necesidades esenciales para el buen desarrollo del menor. El órgano competente debe de intervenir, puesto que la infancia desamparada es extremadamente vulnerable.

En cuanto a la competencia que tiene la Generalitat de Catalunya en el ámbito de protección de los niños y adolescentes, en virtud del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía y normativas complementarias, le corresponde al Departamento de Bienestar Social y Familia, velar por el cumplimiento efectivo de la protección y atención a los menores de edad que se encuentran en situaciones de desamparo.

La resolución administrativa de guarda se da cuando concurren circunstancias graves y ajenas que impiden a los progenitores o a los titulares de la tutela cumplir las funciones de guarda. Dichos responsables están legitimados para solicitar ante el órgano competente que asuma la guarda del niño o adolescente en centro o familia, durante el tiempo que sea necesaria. Estas situaciones operan cuando la imposibilidad de los titulares es de forma temporal y no puede calificarse como situación de desamparo.

Asimismo, esta resolución, es quien determina la obligación de los progenitores u otros parientes de contribuir al sustento del niño o adolescente en base a lo que esté establecido reglamentariamente. Por ello, si existe la guarda protectora requerida por los progenitores o titulares de los niños o adolescentes, éstos deberán de prestar dentro de sus posibilidades asistencia y obligación de alimentos, por el buen desarrollo del menor. En estos casos, la Administración asume el cuidado del menor, ejerciéndolo a través del acogimiento, ya sea familiar, integrando al menor en una unidad familiar distinta a la de origen, o residencial, encomendándolo al Director del centro de acogida de que se trate. Consiguientemente, el acogimiento es la forma de ejercicio de la guarda.

Es preciso hacer una clara distinción entre la guarda protectora y el desamparo, puesto que tal y como se ha establecido anteriormente, la guarda protectora no tiene carácter automático, por lo que sólo es asumible por la Entidad pública en virtud de solicitud realizada por los padres o tutores o por resolución judicial. Asimismo no suspende las funciones inherentes a la potestad o a la tutela y conlleva únicamente la aplicación de una medida protectora. No obstante, las Entidades Públicas estarán legitimadas para intervenir por propia iniciativa cuando concurren algunos supuestos

que justifican la eventual solicitud de los padres o tutores, o en su caso, la resolución judicial. Por otra parte, el desamparo es una situación que deriva de circunstancias ajenas a la voluntad de los responsables de la guarda y para su protección se procede a la separación del menor de su respectivo núcleo familiar.

La Administración pública tiene el deber de velar para la protección de los niños y adolescentes en todos aquellos casos en que los padres y personas que tienen atribuida la tutela o la guarda del menor, no les presten las condiciones de vida necesarias para el buen desarrollo de los niños y adolescentes. Asimismo, la Administración pone a disposición de los padres, o para quien tenga la guarda, tengan las oportunidades y los medios de información y formación necesaria y pertinente para ayudarlos con las responsabilidades hacia los niños y adolescentes.

En estos casos en que un menor de edad se encuentra en una situación que se califica de desamparo, las administraciones públicas actúan subsidiariamente en relación a los progenitores o titulares de la tutela o la guarda que les pertenece dicha responsabilidad.

El procedimiento que se deberá seguir para la adopción de la guarda, se iniciará con la presentación de una solicitud⁴⁵ en que constarán las causas que motivan la petición y las pruebas que se presenten⁴⁶. Una vez se ha presentado la solicitud, los equipos técnicos realizarán las actividades necesarias para la comprobación de todas las circunstancias existentes que presenta la solicitud. Será necesario oír al menor cuando éste tenga más de 12 años, e incluso con menos edad pero que se considere que tiene suficiente juicio.

Tras la valoración por parte del equipo técnico correspondiente, se deberá dictar una propuesta de actuación al órgano competente para que dicte la correspondiente resolución. Esta petición puede ser estimatoria o desestimatoria. En el caso en que esa situación sea estimatoria, se ejercerá la guarda mediante el acogimiento familiar o residencial del menor. Esta resolución debe ser notificada a los padres o tutores y en la misma se dejará constancia de que los padres y tutores fueron informados de las responsabilidades que deben asumir respecto al menor.⁴⁷ Por el contrario, si la

⁴⁵ La solicitud deberá ser escrita, aunque se podría formular oralmente, sin perjuicio de que el funcionario que la reciba la documente por escrito.

⁴⁶ VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: Es posible que la guarda se constituya mediante un acuerdo entre los padres y la Entidad administrativa, determinándose la duración de la guarda y el régimen de intervención de los padres en la educación y formación del menor, así como el régimen de comunicaciones y visitas.*

⁴⁷ ESTHER GONZÁLEZ PILLADO Y PABLO GRANDE SEARA, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor: "Los padres o tutores cedentes de la guarda, si las circunstancias que dan lugar a la constitución de esta guarda convencional no lo impiden, podrán hacer las indicaciones necesarias para intentar que esta nueva situación en la que se encuentra el menor suponga el mínimo de contratiempos posible en su actividad normal. Así, aunque el menor se verá*

resolución resulta desestimatoria, los interesados se podrán oponer a la misma ante el órgano jurisdiccional civil.

Otro aspecto a considerar es que el carácter temporal y provisional de la medida se refleja en el régimen de cesación de la misma de tal forma que, si desaparece la causa que motivó la guarda, se deberá reintegrar al menor en su medio familiar originario. También será motivo de cesación de la guarda, cuando haya transcurrido el plazo de duración previsto, o a petición de los responsables, aunque la Administración puede denegar dicha petición.

Cada situación de este tipo que se presenta debe ser valorada. Tras considerarse que existe una situación de riesgo, se deberán tomar todas las medidas necesarias que pueden ser de apoyo familiar⁴⁸ o se puede resolver la guarda administrativa temporal. Cuando se procede a apartar al menor de su núcleo familiar y opera la guarda administrativa, el órgano competente debe proporcionarle las condiciones de desarrollo que sus responsables no pueden ofrecer.

En definitiva, los progenitores o los tutores mantienen sus obligaciones como titulares de la potestad parental o la tutela con la única excepción del deber de tener a sus hijos en su compañía y aquellas otras derivadas estrictamente del ejercicio de la guarda, tales como, velar por su educación y formación, prestarles atención sanitaria, representarlos cuando sea necesario y administrarles los bienes. En este sentido, tanto el artículo 119.2 de la LDOIA como el artículo 228-6.2 del Código civil de Cataluña, establecen que “la guarda no afecta a la obligación de los progenitores o demás parientes de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los menores ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio”.

3.3. La declaración de desamparo

Será potestad de la Entidad administrativa competente, la determinación de la existencia del desamparo, quien, ya sea porque ha recibido una denuncia sobre una posible situación de desamparo o si la ha detectado por ella misma, está obligada a verificar esa situación y adoptar las medidas que estime pertinentes para resolverla, poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificándosele a los padres o guardadores.

Respecto a la regulación de la declaración de desamparo, el código se remite repetidamente a la Ley 14/2010, en el que regula la actuación de la Administración

momentáneamente alejado de su entorno familiar, seguirá manteniendo un ligamen con su familia de origen a la que va a retornar en cuanto las circunstancias lo permitan”.

⁴⁸ Artículo 104 LDOIA, se encuentran establecidas las medidas de atención social y educativa ante las situaciones de riesgo.

en la adopción de las medidas de protección del menor desamparado⁴⁹ o de la guarda protectora⁵⁰, puesto que la entidad pública competente es quien asume la guarda de los menores por petición de los progenitores o los titulares de la tutela, en el caso de que concurren circunstancias graves que impidan cumplir las funciones de guarda pertinentes. Por otra parte, se regula los indicadores y el procedimiento de la declaración de desamparo⁵¹, así como los trámites para modificarla por cambio de circunstancias⁵². En el caso de darse dicha situación, los progenitores o los titulares de la tutela, podrán solicitar a la entidad pública competente que se deje sin efecto la declaración de desamparo, atendiendo a los requisitos exigidos por ley. Asimismo, dicha ley regula la formalización del acogimiento familiar como medida de protección del menor desamparado⁵³.

En la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, se encuentran regulados tres procedimientos respecto a la declaración de desamparo, son el procedimiento ordinario, el abreviado y la declaración preventiva.

En primer lugar, el procedimiento ordinario⁵⁴, desde el momento en que el departamento competente tiene conocimiento de que existe una situación de desamparo por parte de un niño o adolescente, tras un estudio sobre la situación tratada, si lo consideran preciso, se ha de iniciar el pertinente expediente de desamparo. Este expediente se tendrá que notificar a los progenitores o titulares de la tutela o la guarda del menor⁵⁵, para que dichos interesados puedan aportar todos los medios de prueba que consideren necesarios para hacer valer su derecho. Sin embargo, para la resolución del procedimiento, los equipos técnicos deben de elaborar un informe en base a la previa intervención y evaluación del menor y de las personas que tengan la potestad parental, tutelar o la guarda.

Una vez se ha elaborado el pertinente informe por parte del equipo técnico y ya se han practicado todas las actuaciones deseadas, se ha de dar audiencia y vista del expediente a los progenitores o titulares de la tutela o guarda, de oficio o a instancia de parte. El periodo para dicha actuación es de diez días⁵⁶.

En segundo lugar, el procedimiento abreviado, para el caso que los responsables de la guarda manifiesten su conformidad con la declaración una vez escuchado el

⁴⁹ Artículo 228-1.2 y 228-7 del Código Civil Catalán.

⁵⁰ Artículo 228-6.1 del Código Civil Catalán.

⁵¹ Artículo 228-2 del Código Civil Catalán.

⁵² Artículo 228-5 del Código Civil Catalán.

⁵³ Artículo 228-9.3 del Código Civil Catalán.

⁵⁴ Artículo 106.3 LDOIA.

⁵⁵ Artículo 106.2 LDOIA.

⁵⁶ Artículo 106.5 LDOIA.

adolescente o el niño si tiene suficiente conocimiento, en virtud del artículo 107 LDOIA. Finalmente, la declaración preventiva de desamparo, permite tomar medidas cautelares, en el caso de que exista una situación de riesgo para el menor, o que dé lugar otra causa que se requiera de la intervención urgente y que sea necesaria la separación del núcleo familiar. En estos casos el organismo competente, debe declarar preventivamente el desamparo mediante una resolución motivada, aplicando todas aquellas medidas que sean necesarias en cada caso.

La resolución que acuerda la medida de protección es impugnabile sin reclamación previa administrativa, en el plazo de dos meses a partir de la notificación. Este plazo es para que los progenitores puedan oponerse judicialmente a la resolución de desamparo y, así como, limitar la posibilidad de revisar la intervención de la Administración a aquellos supuestos en los que se produzca un cambio sustancial de las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, en el plazo de un año⁵⁷, siempre y cuando no perjudique el interés del menor⁵⁸.

Tras realizar todos los trámites pertinentes, la Entidad administrativa deberá dictar una resolución escrita en la que formalizará la declaración de desamparo con la consiguiente asunción de tutela y la adopción de las oportunas medidas de protección por el tiempo imprescindible para alcanzar los fines perseguidos por la intervención pública. Esta resolución administrativa por parte de la Administración se deberá dictar en el plazo de un año desde la incoación. Se notificará la resolución que declara el desamparo, informando de los efectos de la resolución y de los plazos y trámites para impugnarla, regulado en el artículo 108.2 LDOIA.

La declaración de desamparo, ya sea por el procedimiento ordinario o por el abreviado, se deberá comunicar al Ministerio Fiscal en el plazo de dos días⁵⁹, así como a los progenitores o titulares de la tutela o guarda y al adolescente. Dicha declaración tiene eficacia inmediata, pero es impugnabile ante la jurisdicción civil, en virtud de los artículos 779 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de reclamación previa por vía administrativa, en el plazo de tres meses a partir de la notificación de la resolución que se impugna. El recurso no suspende la ejecución de la resolución que tiene eficacia inmediata, regulado en el artículo 113 LDOIA.

⁵⁷ Artículo 113 LDOIA: “Los progenitores no podrán oponerse a las medidas cuando haya transcurrido un año desde la notificación del desamparo o la confirmación judicial del desamparo”.

⁵⁸ Libro Segundo del Código Civil Catalán: “ Al efecto de evitar que la oposición injustificada y extemporánea de los progenitores se acabe traduciendo en un claro perjuicio para los menores, que ven desde los centros donde se encuentran internados, como se agota irreversiblemente su infancia entre uno u otro trámite judicial de impugnación de las actuaciones protectoras de la Administración”.

⁵⁹ Artículo 108 LDOIA: Notificación.

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

En base a las medidas de protección, una vez se ha declarado el desamparo, la Entidad Pública autonómica, deberá adoptar las medidas de protección que considere más adecuadas al interés del menor. Atendiendo al artículo 120 de la LDOIA, se establecen las medidas de protección de los niños y los adolescentes desamparados y las medidas que se deben adoptar mediante resolución motivada, siempre teniendo en cuenta el interés del menor. Cualquier medida de protección que se adopte, implicará la separación del menor de su núcleo familiar y quedará sometida a un control por parte de la entidad pública autonómica. No obstante, se debe hacer referencia al principio de flexibilidad en la medida en que cabe la posibilidad de modificación de la medida acordada en función de las necesidades del menor.

El acogimiento se constituye por resolución administrativa motivada. En referencia del artículo 128 LDOIA, no se concibe la atribución de la guarda como un negocio jurídico. No obstante, el artículo 129 LDOIA establece que se exige el consentimiento de los acogedores del adolescente o del menor si tiene capacidad suficiente en el momento de formalizar el acogimiento. Sin la voluntad de los afectados el acogimiento no se constituye y la Administración deberá buscar a otros candidatos.

Se debe tener en cuenta que si existe la guarda protectora, con la declaración de desamparo del menor se cesará dicha guarda, si superada por los padres la causa inicial o transcurrido el plazo para la guarda, una vez requeridos por la Entidad pública, no se hacen cargo de forma adecuada del menor. Como la guarda no es permanente y, por tanto, si la actitud de los padres hace que la guarda se establezca en el tiempo y que las causas que la originaron sean irreversibles, procederá la declaración de desamparo.

Finalmente, se debe tener en cuenta que la declaración de desamparo es una medida drástica, ya que supone la separación de los menores de su familiar, por lo que debe ser la última medida a acordar, subsidiaria de todas las demás medidas protectoras. Pero, a pesar del carácter restrictivo con que debe apreciarse el desamparo, siempre prevalece el interés superior del menor sobre el de su familia biológica.

3.4. Efectos de la declaración de desamparo: La protección de la persona

La resolución que declara el desamparo produce dos efectos. Por una parte, la asunción inmediata por la entidad pública competente de las funciones tutelares sobre el menor y por otra, la correlativa suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria mientras dure la aplicación de la medida. La adopción de la medida de protección no es un efecto inmediato de la declaración de desamparo y requiere una resolución administrativa⁶⁰ que acogedores y acogidos consienten en virtud del artículo 129.1 LDOIA. Por ello, la tramitación del expediente para constituir el acogimiento representa un deber de la Administración referente al menor desamparado.⁶¹

Asimismo, según el artículo 228-3.1 CCCat, “la declaración de desamparo comporta la asunción inmediata, por la entidad pública competente, de las funciones tutelares sobre el menor, mientras no se constituya la tutela por las reglas ordinarias o mientras el menor no sea adoptado o reintegrado a quien tenga su potestad o tutela, o mientras no se emancipe o llegue la mayoría de edad”.

Por tanto, la entidad competente solo asume las funciones tutelares y tiene que instar la constitución de una tutela ordinaria si hay personas que puedan asumir el cargo, mientras que la inexistencia de tales personas provoca que la entidad no sólo asuma la guarda sino también la tutela, pues debe garantizar en todo momento el interés superior del menor. Así que, la Administración sin ser tutora, ejerce las funciones propias de la tutela, es decir, que las funciones que asume la entidad competente consisten en la guarda y la protección del menor, lo que supone que se atribuye la representación legal de éste. Dichas funciones tutelares alcanzan la esfera personal y patrimonial del menor con la consiguiente autorización judicial para los actos referidos en el artículo 222-21 CCCat. Asimismo, la duración de las funciones tutelares es temporal y se mantiene mientras no se resuelva la situación

⁶⁰ Artículo 121 LDOIA y art. 128 en relación con el acogimiento simple.

⁶¹ Artículo 125.1 LDOIA: “ha d’èsser confiat a una família o a una persona que faci possible el desenvolupament integral de la seva personalitat”.

personal del menor.⁶² En definitiva, la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la Ley, la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Asimismo, la guarda administrativa la ejerce el director del centro en el que el menor es internado o las personas que lo reciban en acogimiento.

En este sentido, la declaración de desamparo solo suspende el ejercicio de la potestad parental o de la tutela, regulado en los artículos 228-3.2 CCCat y 109.2 LDOIA.⁶³ Sin embargo, la entidad competente está legitimada para solicitar “la privación de la potestad parental, la remoción de la tutela y reclamar alimentos o ejercer las acciones administrativas o judiciales que sean procedentes en beneficio del niño, en virtud del artículo 228-3.3. Esta suspensión no libera ni a los progenitores ni al tutor de sus responsabilidades con el menor, tal y como expresan los artículos 228-3.4 CCCat y 109.4 LDOIA: “La suspensión o la privación no afectan a la obligación de los progenitores u otros parientes de hacer todo lo necesario para asistir a los niños o a los adolescentes ni la obligación de prestarles alimentos en el sentido más amplio”. En la mayoría de los casos, se suspende el ejercicio de la potestad parental para garantizar el interés superior del menor. A este respecto, es particularmente importante lo dispuesto en el citado artículo 109 de la LDOIA, que indica que la resolución de desamparo tendrá que determinar la obligación de los padres a contribuir al pago de los servicios utilizados por el menor, lo cual constituye realmente una novedad respecto de la regulación y la práctica anteriores.

El artículo 228-8 CCCat dispone que la declaración de desamparo y la aplicación de la medida de protección no impiden las relaciones personales del menor con sus familiares, a menos que sea conveniente limitarlas o excluirlas en interés de aquél.⁶⁴ Es así puesto que como la separación del núcleo familiar tiene por objeto proporcionar al menor las condiciones materiales y emocionales que se consideren necesarias para el desarrollo integral del menor, no se descarta para ello que se necesite el contacto con su familia.

Además, se mantiene la legitimación activa de la administración pública para instar, si lo cree conveniente, la privación de la potestad parental, la remoción de la tutela y reclamar alimentos o ejercer las acciones administrativas o judiciales que procedan en beneficio del niño, niña o adolescente. Se establece esta regulación con una disposición, recogida en el artículo 236-6.2 del Código civil de Cataluña, que

⁶² *Mientras no se constituya la tutela, mientras no sea adoptado o reintegrado a quien tenga la potestad o la tutela, o mientras no se emancipe o llegue a la mayoría de edad.*

⁶³ BOSCH CAPDEVILA, E., *DEL POZO CARRASCOSA P. y VAQUER ALOY, A: Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013, pág. 554.*

⁶⁴ *Artículo 116.1 LDOIA, art. 236-4.1 y art. 236-5.2 del Código Civil Catalán.*

considera una causa suficiente para la privación de la responsabilidad parental, el hecho de que los progenitores, sin motivo suficiente, no manifiesten interés por su hijo o hija desamparados o incumplan el régimen de relaciones personales durante seis meses.

Por otra parte, también se permite imponer a los progenitores o a otros parientes la contribución al pago de los servicios utilizados por el menor, en base al artículo 109.5 LDOIA.

Le corresponde al órgano administrativo la competencia para acordar y configurar el derecho de relación y visitas en los casos de desamparo. Además, los hijos y los progenitores, tienen derecho a relacionarse personalmente, aunque estos no tengan el ejercicio de la potestad en virtud del artículo 236-4 del CCCat. No obstante, si los menores han sido adoptados o la ley dispone otra cosa no dispondrían de este derecho. Asimismo, ocurre la misma situación en cuanto a las relaciones personales de los hijos con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, en las que se debe facilitar dichas relaciones, pero se pueden privar de ellas en aquellos casos en que existiera una causa fehaciente. Por ello, la declaración de desamparo, por sí sola, no impide la comunicación, la relación y las visitas del menor con sus familiares, salvo que lo contrario sea en interés del menor. En todo caso, los familiares pueden solicitar tener comunicación y visitas con el menor. Sin embargo, la negativa de la entidad competente es impugnabile directamente ante la jurisdicción civil, sin necesidad de interponer un recurso administrativo previo (artículo 116.2 LDOIA).

La LDOIA en su artículo 117, atribuye el derecho del menor a ser informado de la declaración de desamparo. Se le reconoce al menor con suficiente juicio el derecho a ser informado de su situación, de las medidas adoptadas y del tiempo previsto de su duración, de cuáles son sus derechos y a qué instituciones puede dirigirse para que lo defiendan. De igual forma, el menor también tiene derecho a recibir información a lo largo de todo el proceso mientras la entidad competente desempeña sus funciones tutelares, así como a conocer su historia personal y familiar y sus antecedentes sociales y culturales. Una vez ha alcanzado la mayoría de edad, tiene derecho a acceder a su expediente y conocer los datos sobre su origen y parientes biológicos, por lo que la entidad competente debe prever un procedimiento confidencial de mediación.

Otra cuestión relevante es la revisión de la declaración de desamparo por cambio de circunstancias. Según el artículo 228-5 CCCat, "sólo si se ha producido un cambio sustancial en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo", los

progenitores o el tutor que no hayan sido privados de la potestad parental o el tutor removido de la tutela ordinaria pueden solicitar la revisión de la declaración de desamparo. La solicitud debe realizarse en el plazo de un año a contar desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo (artículo 115.1 LDOIA). En el caso de que ya se haya constituido la medida de acogimiento preadoptivo, no será posible dicha revisión, puesto que prevalece el interés superior del niño, niña o adolescente ante cualquier otro derecho concurrente. Una vez ha transcurrido el plazo anual, decae el derecho de petición de revisión y ya se pierde el derecho a oponerse a las medidas que se adopten para la protección del menor de edad. Esta previsión, es en finalidad de priorizar la estabilidad de la situación del niño/a frente a cualquier otra eventualidad, por lo que la legitimación es muy restringida y la acción está sometida a un plazo de caducidad.

Con la petición de revisión por cambio de circunstancias, se pretende poner de manifiesto la existencia de circunstancias sobrevenidas que dejarían sin fundamento el desamparo, y no cabe la oposición por motivos en los que se fundamentó la resolución de desamparo.

Dicha solicitud presentada en tiempo y forma por los progenitores o el tutor, debe resolverse en el plazo de tres meses. Una vez transcurridos los tres meses sin respuesta, la solicitud se entiende denegada por silencio administrativo para garantizar el interés superior del menor (artículo 115.2 LDOIA).

Contra esta resolución, expresa o por silencio administrativo negativo, puede formularse oposición judicial en el plazo máximo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución de desamparo o de la denegación de su revisión, o bien desde que debe entenderse denegada por silencio administrativo negativo (artículo 115.3 de la LDOIA).

Por tanto, la demanda judicial tiene que interponerse en el plazo Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que, en estos casos, el juez debe valorar las circunstancias posteriores de la familia biológica para confirmar o revocar la resolución de la declaración de desamparo. En concreto, la STS 31.7.2009 afirma que no basta con una evolución positiva de los progenitores, sino que esa evolución “debe ser suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor”. Precisamente, por esta razón, la revisión de la declaración de desamparo es en interés del menor.

3.5. Oposición judicial a la declaración de desamparo

En cuanto a la oposición judicial a la declaración de desamparo, los progenitores y el tutor pueden oponerse judicialmente a la declaración de desamparo. Pueden hacerlo directamente o bien cuando la entidad competente rechaza la revisión de la declaración de desamparo⁶⁵. Así se establece en el artículo 113.1 de la LDOIA, por el que esta resolución es impugnabile ante la jurisdicción civil, siguiendo el procedimiento verbal especial previsto en la Ley de enjuiciamiento civil (artículo 748.3 LEC).⁶⁶

Atendiendo a la legitimación activa para oponerse a la declaración de desamparo, se establece que toda persona que presente un interés legítimo debe serle reconocida capacidad procesal suficiente para poder impugnar ante el Juzgado competente, las resoluciones administrativas en las que se declara la situación de desamparo de una persona menor de edad.

Por otra parte, en la impugnación por parte del adolescente⁶⁷, es preciso que previamente la autoridad judicial haya nombrado un defensor judicial. Una vez notificada la resolución de desamparo al adolescente, si éste muestra su disconformidad y su voluntad de impugnar dentro del plazo establecido, en este caso, el órgano competente que ha asumido su tutela ex lege debe promover el nombramiento del referido defensor judicial. Asimismo, el Ministerio Fiscal, estará legitimado para formular recurso ante el orden jurisdiccional civil para solicitar la revocación o la modificación de la resolución de desamparo (artículo 749 de la LEC).

En estos casos, el plazo de presentación de la oposición judicial es de tres meses (artículo 113.1 LDOIA)⁶⁸ a contar desde la fecha de notificación de la resolución que se impugna. La razón por la cual la ley establece un plazo máximo de tres meses para oponerse judicialmente a la declaración de desamparo es porque, en este tipo de procesos civiles, se encuentran en juego derechos e interés legítimos de extraordinaria importancia, como son los del menor.

El procedimiento que se debe seguir en la oposición es el siguiente: en primer lugar, se insta la modificación de un acto administrativo a resultante de un expediente previo del cual debe tenerse cumplido conocimiento para formular la demanda. El proceso dará comienzo con un breve escrito de interposición, en el que deberá

⁶⁵ BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA P. y VAQUER ALOY, A: Derecho Civil de Cataluña, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013, pág. 555.

⁶⁶ En relación con el artículo 780.1 de la LEC.

⁶⁷ Según la LDOIA: "Toda persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por Ley".

⁶⁸ Artículo 113.1 de la LDOIA en relación con el artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 172.6 del Código Civil Español.

constar el acto impugnado y de la pretensión, delimitando sólo el objeto del pleito. Seguidamente, el tribunal reclama a la entidad administrativa testimonio completo del expediente, por el que éste deberá ser remitido en el plazo máximo de veinte días y, posteriormente y a la vista del mismo, se deducirá la demanda.

3.6. Las medidas de protección de los menores desamparados

La declaración de desamparo conlleva la adopción de una medida de protección adecuada al interés del menor, mediante resolución motivada y notificada de acuerdo con el artículo 108 LDOIA.

La LDOIA prevé unas medidas de protección para los niños y adolescentes que se encuentran en situación de desamparo, que se encuentran establecidas en el artículo 120:

- a) El acogimiento familiar simple por una persona o una familia que pueda suplir, temporalmente, el núcleo familiar natural del niño o el adolescente.
- b) El acogimiento familiar permanente.
- c) El acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa
- d) El acogimiento en un centro público o concertado.
- e) El acogimiento pre adoptivo.
- f) Las medidas de transición a la vida adulta y a la autonomía personal.
- g) Cualquier otra medida de tipo asistencial, educativo o terapéutico aconsejable, de acuerdo con las circunstancias del niño o el adolescente.

Hay que tener en cuenta que la medida habitual de protección es el acogimiento familiar, puesto que tienen preferencia sobre las que conllevan internamiento del menor en un centro público o concertado, más conveniente cuando la separación se prevé transitoria o cuando no es posible o recomendable el acogimiento familiar o preadoptivo, la escasez de familias acogedoras, explica que la Ley 14/2010 haya previsto extensamente el acogimiento en centro⁶⁹. Por ello, siempre que sea posible, tiene preferencia el acogimiento familiar respecto de las que conllevan el internamiento del menor.

Las resoluciones que acuerden las medidas de protección, son impugnables ante la autoridad judicial sin necesidad de reclamación administrativa previa en el plazo de dos meses desde su notificación⁷⁰. Asimismo, no se permite a los progenitores

⁶⁹ PADIAL ALBÁS: “La protecció de la infància i l’adolescència a l’actual normativa catalana: la declaració de desamparament i l’acolliment”, en *La codificació del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, (Carles Enric Florensa i Tomàs; Josep María Fontanellas i Morell), 2011, pág. 160-161.

⁷⁰ Artículo 123 LDOIA.

oponerse a las decisiones o medidas adoptadas para proteger al menor una vez transcurrido el plazo de un año que establece el artículo 115 LDOIA o una vez confirmado judicialmente el desamparo, salvo que la resolución acuerde el acogimiento preadoptivo y los progenitores no se hallen privados de la potestad parental.

En función de las circunstancias del menor y toda su evolución, las medidas pueden ser modificables. Por ello, si se origina un cambio que se considere que es fundamental acorde a las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, los progenitores pueden solicitar la modificación de la medida, frente a cuya denegación pueden formular oposición judicial, en virtud del artículo 115.3 LDOIA y el artículo 228-5 CC). Dicha oposición a las medidas de protección, transcurridos un año, se extingue el derecho de pedir la revisión.

Se debe tener en cuenta que la declaración de desamparo y la adopción de una medida de protección no impedirán la comunicación, la relación y las visitas del menor con sus familiares, salvo que el interés del menor aconseje su limitación o exclusión. No obstante, en el caso de que se haya optado por el acogimiento preadoptivo, las relaciones con la familia biológica deberán desaparecer⁷¹.

4. El acogimiento como medida de protección de menores

Todos los temas tratados anteriormente, conllevan en la mayoría de los casos, la constitución de un acogimiento, ya sea familiar o residencial.

El acogimiento se puede definir como aquella situación de derecho civil, de contenido estrictamente personal, creada para proteger a los menores que por diversas circunstancias se han visto privados de una vida familiar normal y que mediante la intervención y control administrativo tiene como fin la integración provisional del menor en otro núcleo familiar, obligándose el que lo recibe a mantenerlo, educarlo, alimentarlo y procurarle una formación integral.⁷²

Según la LDOIA, la situación de desamparo supone que, para la protección efectiva del menor, se tenga que separar a éste de su familia. Las situaciones que llevan a dicho extremo pueden considerarse por una parte, como formas de maltrato y desatención por parte de quienes han de velar por su desarrollo, o podría

⁷¹ De acuerdo con el art. 235-34.3 CCCat y 147.3 LDOIA, éstas quedan suspendidas con el objetivo de conseguir que el menor se integre mejor en la familia acogedora, siempre que ello convenga en interés del menor.

⁷² PÉREZ MARTÍN, A.J., Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores, Valladolid, 1995, pág. 267.

considerarse que se trata de situaciones de contexto perjudiciales para el correcto desarrollo del menor. Para poder realizar una resolución administrativa del desamparo, es preciso realizar una valoración de la situación con anterioridad, para poder aplicar con posterioridad las medidas más convenientes.

Se considera que el acogimiento es la medida de protección de los menores desamparados más importante, y puede tener lugar en el seno de una familia que gradualmente, se intenta que sea en extensa, aunque en defecto de algún pariente que pueda ocuparse de él se debe promover el acogimiento por persona o familia ajena, y por último cuando no es posible el acogimiento en familia se debe llevar a cabo el acogimiento en centro residencial como último recurso⁷³, ya que, el menor tiene derecho a crecer en un entorno familiar. De modo que la normativa actual continúa considerando que el acogimiento familiar debe ser la medida preferente que se deba aplicar a los niños y niñas desamparados, mientras que el acogimiento en centro o internamiento del menor se configura como una medida subsidiaria, que en principio sólo se debería adoptar cuando no es posible o beneficioso para el menor el acogimiento en el seno de una familia, al igual que establece su antecesora la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y la adopción, y el actual Anteproyecto estatal sobre protección de la infancia.

Por ello, hay que determinar que el acogimiento, como medida de protección de menores, será decidido por la entidad pública que tenga atribuida la tutela o guarda, o bien será acordado por la autoridad pública o en otros supuestos en que legalmente proceda. Consiste en separar al menor de su familia de origen y entregárselo a una persona o familia, a quienes corresponderá el ejercicio de la guarda, con la finalidad de procurarle su integración en la vida familiar y con la perspectiva, si fuera posible, de que el menor retorne a su propia familia o pueda, para aquellos supuestos en que proceda, constituirse la adopción. Por tanto, para la constitución de un acogimiento, se podrá llegar partiendo de la existencia de una previa guarda por la entidad pública, en la que se habrá desembocado a través de una declaración de desamparo del menor, o a través de la petición de guarda por sus progenitores.

Por otra parte, si se trata de un acogimiento consecuencia de la asunción de la tutela *ex lege* por la entidad pública, ésta ostentará la representación del menor en el

⁷³ A pesar de que el acogimiento residencial puede ser la medida de protección más adecuada en el caso de adolescentes que quieren emanciparse, o de niños y niñas con graves problemas de conducta u otros trastornos. SOLER PRESAS, CRISTINA GONZÁLEZ y SIEIRA MUCIENTES, "El acogimiento familiar en Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías, MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), Madrid, 2007, pág. 151.

ámbito personal y los progenitores, que pueden llevar a cabo actos de contenido patrimonial en beneficio del menor, mantienen la titularidad de la patria potestad, aunque la suspensión en su ejercicio. Pero, si por el contrario, el acogimiento es consecuencia de una situación de guarda a petición de los progenitores, éstos mantienen inalterada la patria potestad, y los acogedores no pueden ostentar la representación del menor.

El acogimiento de un menor consiste en, sin ser tomado en adopción ni cesar de ser jurídicamente miembro de su familia, ser recibido en otra familia, que sería el acogimiento familiar en cuya vida se integra como un miembro más, o en pasar a insertarse en un centro, en cuyo caso sería acogimiento residencial.

Esta modalidad tiene un carácter esencialmente personal, por lo que impone al acogedor las obligaciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Además, tiene carácter subsidiario respecto de las medidas de ayuda o apoyo en la familia. Por otra parte, el acogimiento es esencialmente temporal, puesto que su duración está condicionada al restablecimiento de la normalidad en la situación familiar o a la constitución de una tutela ordinaria o una adopción.

Otro aspecto a considerar es la “Atención inmediata y transitoria en familias acogedoras de urgencia o en centros de acogimiento”, establecido en el artículo 111 LDOIA, en la que prevé la modalidad que conocemos como Acogimiento de Urgencia y Diagnóstico. Dicha modalidad, prevé la entrada de forma inmediata de un menor o grupo de hermanos en una familia de acogida, en la que permanecerá durante el período necesario para que el equipo competente lleve a cabo un estudio de la situación, y que pueda acabar proponiendo la medida protectora más adecuada a la situación dada. Todo ello debe realizarse en un período máximo de seis meses.

El acogimiento, que puede ser calificado como institución cuasi familiar, puede recaer, tanto sobre un menor sometido a tutela, como sobre aquel menor que sólo se halla sometido a guarda de la entidad pública⁷⁴.

Hay que tener en cuenta que, cualquier medida que se proceda a aplicar en cada caso, prevalece el interés superior del menor y cabe considerarlo en la determinación del tipo de acogimiento. Asimismo, en el momento de la adopción de cualquiera de las medidas que corresponda aplicar para la protección de un menor, hay una serie de criterios esenciales que hay que considerarlos predominantes. En primer lugar, siempre que sea posible y cualquiera que sea la medida a adoptar, se

⁷⁴ ROSA M^a MORENO FLÓREZ, Acogimiento familiar, Dykinson, S.L., 2012, Pág. 141.

deberá procurar la reinserción del menor en la propia familia. Por otra parte, cuando se trate de hermanos y la medida a adoptar comporte su separación de la propia familia, deberá procurarse su no disgregación, confiándolos a una misma institución o persona.

4.1. El acogimiento Familiar como la principal de las medidas de protección del menor desamparado

La medida de acogimiento familiar se define en el artículo 125 LDOIA como el hecho de confiar a una familia el desarrollo integral de un menor en situación de desamparo. Es el que se ejerce por la persona o personas que determine la Entidad Pública. Constituye, este acogimiento, una institución que se tiene por objeto crear una relación análoga a la paterno-filial, y cuya finalidad es que el menor participe plenamente en la vida familiar⁷⁵.

En cualquier caso, las personas acogedoras deben ejercer la guarda y velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación como lo deberían haber hecho sus progenitores. Es precisa la supervisión de la entidad competente en Cataluña que es el ICAA⁷⁶, al cual le compete la valoración de la idoneidad de las personas y familias acogedoras, debe supervisar el acogimiento y realizar los pertinentes informes de seguimiento.

El acogimiento familiar es una medida de protección que la Administración (DGAIA) resuelve por escrito, y que requiere del consentimiento de las personas acogedoras y del adolescente mayor de doce años, al igual que en la adopción, puesto que el menor tiene derecho a ser escuchado si tiene suficiente juicio⁷⁷. Además, hay que tener en cuenta que el acogimiento de los hermanos debería ser confiado a una misma persona o familia a no ser que las circunstancias justifiquen la separación.

El acogimiento en familia extensa⁷⁸, entendiéndose por ésta, aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el niño y adolescente y la persona acogedora o al menos uno de los miembros de la familia acogedora, se prevé como la medida preferente, frente al acogimiento en familia ajena, como ocurre en la práctica, ya que la primera alternativa es que el niño o niña

⁷⁵ ADORACIÓN M. PADIAL ALBÁS, El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada, Universitat de Lleida, 2012, pág. 92.

⁷⁶ *El Instituto Catalán de la Acogida y de la Adopción (ICAA) se creó en virtud de la Ley 13/1997, de 19 de noviembre (modificada por la Ley 14/2010 y la Ley 11/2011). La finalidad primordial del Instituto es contribuir a potenciar una política global de adopciones y de acogida simple en familia ajena, de agilizar los procesos de valoración de la idoneidad de las personas o familias que optan por la acogida o por la adopción, y de tramitar, cuando corresponda, la adopción internacional.*

⁷⁷ Artículo 129.4 LDOIA

⁷⁸ Artículo 127.3 LDOIA

conviva con sus abuelos, o tíos durante el tiempo que resulte necesario, dado el factor de apego, muy importante a cualquier edad, pero sobre todo en las primeras fases del desarrollo evolutivo de la infancia. Por ello se entiende que cuando los niños no pueden ser atendidos en su propia familia, la DGAIA valora si se pueden acoger en familia extensa. Por otro lado, los niños que no pueden ser atendidos por la propia familia o por la familia extensa, pueden ser acogidos por familias ajenas. Se opta por la familia ajena en aquellos casos en que las relaciones intrafamiliares que no ejercen la potestad de la forma debida, lo más adecuado es preservar al niño/a de esta situación y encontrarle un recurso que le permita desarrollar sus capacidades, sus habilidades, al tiempo que encuentra un espacio seguro en un contexto familiar y social.

Por otra parte, cabe considerar que se debe facilitar las relaciones entre el menor y su familia natural en la mayor parte de casos, y no sólo en el acogimiento simple y permanente, dado que se prevé la posibilidad de que estas relaciones entre el menor y su familia de origen continúen excepcionalmente incluso después de la adopción. Así se establece en el artículo 235-34 CCCat en base a la suspensión de las visitas y las relaciones del menor con su familia biológica quedan supeditadas al interés del menor. Además la legislación catalana actual, prevé incluso después de la adopción, también la posibilidad de que excepcionalmente la autoridad judicial pueda, a propuesta de la Administración y Ministerio Fiscal, mantener relaciones con su familia de origen cuando la ruptura de los vínculos afectivos resulte gravemente perjudicial para el interés del menor (artículo 235-47.4 CCCat). Es así, puesto que se debe facilitar las relaciones entre el menor y su familia natural siempre que beneficie al menor y no le perjudique.

Asimismo, cabe destacar que es preciso apostar por el acogimiento familiar en sus diferentes modalidades, simple, permanente, preadoptivo, que se deben adoptar siempre en atención al interés del menor y en especial por el acogimiento profesionalizado, que en la normativa catalana se ha denominado acogimiento en *unidad convivencial de acción educativa*, ya que además de una opción profesional para las personas cualificadas, supone el acogimiento más idóneo para muchos menores que se encuentran en situaciones muy graves y complicadas, ya que, no sólo les facilita la posibilidad de vivir en el seno de una familia, sino que se ocupen de ellos personas que tienen una preparación o titulación específica para afrontar el acogimiento de forma adecuada. Esta es una de las principales apuestas de esta ley, el acogimiento en unidad convivencial de acción educativa (art. 131 LDOIA), previsto fundamentalmente para menores con diversidad funcional, grupos de hermanos, con dificultades o necesidades educativas especiales. Un tipo de

acogimiento en el que los acogedores son personas previamente seleccionadas y cualificadas por razón de su titulación, formación y experiencia en el ámbito de la infancia.

El acogimiento familiar ofrece diferentes tipos o modalidades, cada uno de los cuales se aplicará a cada menor en concreto, en función de su situación previa, la de su familia, y la decisión que adopte la entidad pública o, en su caso, el Juez.

4.1.1. El acogimiento familiar simple

El acogimiento familiar simple se tiene que acordar si se prevé que el desamparo será transitorio, y puede tener diferentes modalidades. La tipología y la duración de las modalidades de acogida familiar simple se tienen que establecer reglamentariamente. Así se encuentra establecido en el artículo 126.2 de la LDOIA. Por ello, se entiende que esta modalidad de acogimiento tendrá carácter transitorio, bien porque prevea el retorno del menor a su propia familia, o bien porque se constituya en tanto se adopte una medida de protección de carácter más estable. Este acogimiento puede considerarse, en ocasiones, como medida preparatoria para otras distintas, más definitivas⁷⁹.

Con la constitución de este acogimiento, se persigue la convivencia en una familia, que cubra, respecto del menor, las necesidades más elementales y vitales, con vistas a un posible retorno a la familia originaria, siempre que las circunstancias de aquél así lo aconsejen. Se dará, aunque no con carácter exclusivo, en los casos en que padres o tutores hayan solicitado de la entidad pública la asunción de la guarda durante el tiempo en que por circunstancias graves no puedan atenderlo. Hay que tener en cuenta que en este caso, los padres conservarán inalteradas las facultades derivadas de la patria potestad excepto, la de guarda del menor, que es la que han solicitado que la entidad pública se haga cargo de ella.

Para proponer una medida de acogimiento familiar simple, será necesario realizar una buena preparación de la familia acogedora, la elaboración de un plan de trabajo con la familia de origen y el seguimiento y evaluación del mismo, así como la coordinación de los distintos agentes que intervienen en la acogida de un menor. Una vez concluido el acogimiento temporal, la relación suele perdurar entre acogedores y familia de origen. Se trata de una medida de protección temporal, pensada con el propósito de ayudar a una familia que se encuentra en una situación adversa, a superarla, a través de la ayuda en la atención y cuidado de sus descendientes.

⁷⁹ ADORACIÓN M. PADIAL ALBÁS, El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada, Universitat de Lleida, 2012, pág. 94.

Este acogimiento, se acordará mediante resolución administrativa de la entidad pública, lo que no impide para que aquélla pueda ser modificada por el Juez, en contra del criterio de la entidad pública, atendiendo a las circunstancias del caso⁸⁰.

En esta modalidad no se contempla ningún plazo concreto, y su duración estará en función de la adopción de otras medidas o del momento en que se considere oportuno el retorno del menor a su familia biológica, que será el tiempo mientras su familia puede recuperarse lo suficiente como para poder ejercer de nuevo sus funciones parentales.

Teniendo en cuenta que regresará el menor con su familia biológica, resulta fundamental mantener el régimen de visitas entre sus familiares y el menor, que se podrá realizar más fácilmente si aquél se encuentra acogido por personas de su familia extensa y no con terceros, entendiéndose que es elemento esencial de este acogimiento, por su finalidad, esa relación del menor acogido con su familia biológica.

4.1.2. El acogimiento familiar permanente

El acogimiento permanente se debe acordar si se prevé que el desamparo va a ser definitivo, y no se considera más favorable para el interés del menor, tal y como establece el artículo 126.3 de la LDOIA. Por lo tanto, se producirá cuando se tenga la certeza de que el menor va a permanecer durante un tiempo prolongado en acogimiento. Será en aquellos casos en que la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor.

Esta modalidad de acogimiento, puede ser la medida idónea en el caso de que a pesar de ser inviable el retorno del menor con su familia biológica el mayor de 12 años se opone a su adopción, en realidad el acogimiento permanente suele ser la única alternativa para muchos niños o niñas cuando la adopción ya no es posible, en la mayoría de los casos por su edad, ya que las familias adoptivas prefieren a menores de corta edad. De modo que se prevé como una medida de protección estable que pretende la integración del menor en una familia de acogida de forma duradera, el menor continúa manteniendo relaciones y visitas con su familia de origen, lo que impide que el niño o niña llegue a constituir una relación paterno-filial definitiva con otra familia. Ello implica que, si las circunstancias de cada menor en concreto, y por ende de su familia biológica, no varían, puede durar hasta que el acogido alcance la mayoría de edad, o se promueva su emancipación aunque es

⁸⁰ ROSA M^a MORENO FLÓREZ, Acogimiento familiar, Dykinson, S.L., 2012, Pág. 152.

obvio que podría cesar en cualquier momento por algunas de las causas de cesación del acogimiento.

Para la constitución de esta modalidad de acogimiento, deben implicar la inviabilidad, al menos a corto plazo, del retorno del menor a su familia de origen, porque si esto fuera previsible en un período corto de tiempo, se deberá constituir tal y como se ha tratado anteriormente, el acogimiento familiar simple.

Dada la cierta permanencia en el tiempo de este tipo de acogimiento parece aconsejable que a los acogedores les sean conferidas una serie de atribuciones que posibiliten el desempeño de su misión. Como los padres, en dicha situación, habrán sido suspendidos del ejercicio de la patria potestad, como consecuencia de la asunción de la tutela por la entidad pública, se entiende que la atribución de estas facultades de la tutela a los guardadores debe serlo solo en el caso de que este acogimiento permanente se haya constituido como consecuencia de una previa situación de desamparo y de la consiguiente tutela ex lege de la entidad pública. La atribución de estas facultades, en el supuesto de que el Juez lo considere pertinente, no convierte a los acogedores en tutores, y no los convierte porque siguen viviendo los progenitores que no están privados, sino solo suspendidos, del ejercicio de la patria potestad y ya se ha señalado la incompatibilidad entre la patria potestad y la tutela ordinaria.

4.1.3. El acogimiento preadoptivo

El acogimiento preadoptivo es la medida más drástica ante una situación de desamparo, implica, siempre en interés del menor, la separación del menor de su entorno familiar, en el caso de que lo tenga que, en principio, se prevé definitiva en atención a la gravedad de las causas de desamparo o a las otras circunstancias del caso⁸¹. Esta gravedad viene determinada por la previsión de la imposibilidad del retorno del menor a su familia de origen y, por ello, la conveniencia de su integración en un nuevo núcleo familiar, o porque son los propios progenitores quienes solicitan dicho acogimiento preadoptivo a la entidad pública competente y abandonan sus derechos y deberes inherentes a su condición de progenitores (Artículos 235-34.1 CCCat y 147.1 LDOIA). No se trata de una renuncia a la potestad parental, sino de la manifestación de su incapacidad para tener cuidado de sus hijos, solicitando a la Administración que se ocupe de ellos.

En este sentido, el artículo 235-34.2 CCCat establece que “se entiende que no es factible el retorno del menor a su familia biológica si este retorno requiere el

⁸¹ BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA P. y VAQUER ALOY, A: Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013, pág. 414.

transcurso de un período durante el cual puede producirse un mayor deterioro psicosocial en el desarrollo evolutivo del menor”. Por ello, en el acogimiento preadoptivo lo que comporta es una ruptura total de las relaciones entre el menor y su familia originaria, al entenderse que ya no será factible su retorno por no existir garantías de la desaparición de las causas que motivaron el desamparo del menor⁸².

Así la integración del menor adoptado en una nueva familia plantea una serie de problemas de adaptación tanto del menor como de su familia adoptiva a la situación derivada de la adopción, por lo que hay que intentar que esa integración sea lo menos traumática posible y lo más beneficiosa para todos. Una de las soluciones más idóneas para conseguir este objetivo es establecer un período de convivencia del menor con su previsible familia adoptiva, con el fin de asegurar que las relaciones que se establezcan entre ellos prevean un buen desarrollo de los lazos familiares que se originarán.

El acogimiento preadoptivo se constituye mediante una resolución del organismo competente, sin necesidad de que lo consientan los progenitores y debiéndose escuchar al menor, si tiene suficiente conocimiento (artículos 235-35 CCCat y 148.1 LDOIA). La resolución deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas que dan lugar a la adopción de la medida, y razonar que esta medida es la más conveniente en atención al interés del menor como a las circunstancias de la familia de origen. Dicha resolución puede ser impugnada judicialmente por los progenitores no privados de la potestad y por el tutor no removido del cargo tutelar, siempre que no hubieran consentido previamente a la medida, y por la madre que ha abandonado sus derechos y deberes antes del transcurso de treinta días desde el parto del menor acogido; el plazo para impugnar es de dos meses, tal y como establece el artículo 148.2 LDOIA. Una vez firme la resolución, se tiene que formalizar por escrito el acogimiento, debiendo constar el consentimiento de los acogedores y del menor acogido que sea mayor de doce años (artículo 149 LDOIA).

En cuanto a los efectos jurídicos del acogimiento preadoptivo, el menor se integra en la familia acogedora, de manera que los acogedores tienen el deber de velar por él, alimentarlo, tenerlo en su compañía y educarlo, asumiendo todas las funciones parentales. Estos deberes que se imponen a la persona o familia acogedora se enmarcan, por tanto, en una institución, como es el acogimiento, aunque está destinado a crearlo, en tanto que período de prueba, y tampoco extingue el

⁸² ROCA TRÍAS, E., ORTUÑO MUÑOZ, P: Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Las Rozas, Sepín, 2011, pág. 1127.

parentesco con la familia de origen⁸³. Sin embargo, siempre en interés del menor, deben suspenderse las visitas a las relaciones con la familia de origen, con la finalidad de mejorar la integración en la familia acogedora (artículos 235-34.3 CCCat y 147.3 LDOIA).

Por otro lado, el acogimiento cesa por las siguientes causas (artículos 235-36 CCCat y 124 LDOIA):

- a) Por adopción de la persona acogida.
- b) Por muerte o incapacidad de las personas acogedoras o de la persona acogida.
- c) Por voluntad de las personas acogedoras. En este caso, no se requiere causa que lo justifique, y será suficiente que se comunique al organismo competente. Ahora bien, lo que no es admisible es una extinción unilateral, puesto que conllevaría el desamparo del menor.
- d) Por voluntad del menor acogido, si ha cumplido doce años.
- e) Por decisión de la entidad pública competente fundamentada en un informe de seguimiento desfavorable.
- f) Por mayoría de edad del acogido sin que haya constituido la adopción.
- g) Por resolución judicial que estime la oposición de los progenitores, el tutor o la madre impugnantes.
- h) Por desaparición de las circunstancias que motivaron la medida del acogimiento preadoptivo.

Algunas de estas causas extinguen la medida de protección acordada sin que pueda adoptarse otra que la sustituya, mientras que otras dan lugar a la modificación o sustitución de la primera medida protectora. De las causas de extinción que no conllevan la sustitución por otra medida hay que destacar, en primer lugar, la adopción que es la causa que tendría que extinguir esta modalidad de acogimiento y, en general, la protección del menor, puesto que se integra con la condición de hijo en su nueva familia⁸⁴. Tampoco comporta una nueva medida la extinción del acogimiento preadoptivo sin que se haya procedido a adoptarlo. En cuanto a las causas de extinción que provocan una sustitución de la medida protectora, los artículos 235-36.2 CCCat y 150 LDOIA prevén que en los casos de fallecimiento del acogedor o acogedores, de solicitud de extinción por los acogedores o por el menor (mayor de doce años) y por la decisión de la autoridad competente hay que acordar

⁸³ BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA P. y VAQUER ALOY, A: Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013, pág. 415.

⁸⁴ BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA P. y VAQUER ALOY, A: Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013, pág.416.

una nueva medida de protección en beneficio del menor, que será alguna de las que contemple el artículo 120 LDOIA.

Por tanto, se puede determinar que el acogimiento preadoptivo es un paso previo a la adopción que procede cuando la situación de desamparo sea definitiva y no sea posible la reintegración del menor en su familia originaria, pues se considera que lo más adecuado para su interés superior es su plena integración en otra familia, a través de la adopción.

4.2. El acogimiento Residencial

El sistema de protección a la infancia y la adolescencia dispone de varias modalidades de atención residencial, que se tienen que utilizar de acuerdo con la situación específica del niño o adolescente sujeto de protección: los centros de acogida, los centros residenciales de acción educativa, los centros residenciales de acción educativa extensiva, las plazas residenciales en centros para discapacitados, los centros de primera acogida y los pisos asistidos. Cada una de estas modalidades de atención residencial intenta dar respuesta a varias necesidades individuales de atención de los niños y los adolescentes. Asimismo, el acogimiento en centro consiste en ingresar al menor en un centro público o concertado adecuado a sus características para que reciba la atención y educación necesarias (art. 132.2 LDOIA). Además, se debe tener en cuenta que los hermanos deben ser acogidos en el mismo centro, salvo que no sea beneficioso para ellos.

Esta modalidad tiene carácter subsidiario. Tendrá lugar cuando se haya agotado todas las posibilidades de mantener al menor en su ámbito familiar⁸⁵, y el acogimiento familiar o la adopción no sean posibles o se consideren inadecuados. Por lo tanto, el ingreso del menor desamparado en un centro además de ser la última medida de todas las que se podrían prever, se configura como una medida provisional. De este modo se establece en el Programa de apoyo a las familias con niños y adolescentes en situación de riesgo y desamparo de 2010, en el que se pretende reducir el número de niños y niñas institucionalizados, y sobre todo limitar la duración de dichos acogimientos residenciales, en la misma línea que el reciente Anteproyecto estatal sobre protección de infancia, especialmente los menores de tres años en los que solo deben ingresar en centros en el caso de que exista una imposibilidad muy justificada.

⁸⁵ La normativa catalana actual prevé que el acogimiento en centro sólo se debe acordar cuando no es posible o aconsejable el acogimiento familiar. De modo que es el último recurso (artículo 132.1 LDOIA).

El acogimiento en centro consiste en ingresar al niño en un centro público o concertado adecuada a sus características, para que reciba la atención y educación necesarias” (art. 132.2 LDOIA). Los centros ofrecen una atención integral al niño, velando por su salud física y psíquica y se le diseña un Proyecto Educativo Individual (PEI) para conseguir un desarrollo personal. El PEI es el documento donde se definen las características de cada niño. A partir de las necesidades que se puedan detectar, se fijan los objetivos pertinentes que se deberán trabajar y las estrategias metodológicas que se utilizarán, fijando una temporalidad determinada para evaluar estos objetivos. El encargado de elaborar este proyecto es la educadora tutora o el educador tutor del niño correspondiente y se responsabiliza, juntamente con el resto del equipo educativo, de su ejecución y evaluación. En el PEI se trabajan los diferentes ámbitos de la vida del niño.

Según el artículo 132.6 LDOIA, “El director o la directora del centro ejerce por delegación las facultades y las obligaciones inherentes a la guarda”. Por ello, se entiende que dicho acogimiento se lleva a cabo en centros dirigidos a menores, autorizados y acreditados por la entidad pública competente. En tal caso, la guarda la ejerce el Director del centro donde sea acogido el menor.

Se mantendrá esta medida únicamente por el tiempo que se considere necesario para el buen desarrollo del menor y su protección. En este entorno se promoverá la integración del menor, así como su acceso a los sistemas ordinarios educativos, sanitarios y laborales para poder cubrir sus necesidades básicas.

En cuanto a los centros de acogida, en atención a la infancia y la adolescencia dependen de la Direcció General d’Atenció a la Infància i l’Adolescència (DGAIA), del Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat de Catalunya. Pueden ser públicos, cuando dependen directamente de la administración, o privados, cuando se ha cedido su gestión a una entidad colaboradora. Asimismo estos centros deberán estar autorizados y acreditados por la Entidad Pública, la cual deberá controlar la seguridad, sanidad, número y cualificación profesional de su personal, a su proyecto educativo, la participación de los menores en su funcionamiento interno y a las demás circunstancias que favorezcan a asegurar los derechos del menor. La Entidad pública, es la competente en dicha materia, por ello, es quien debe realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. También deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros el Ministerio Fiscal.

Se puede determinar que el acogimiento en centro es el regulado más extensamente y con mayores garantías en la actual normativa ⁸⁶(artículo 132-146 LDOIA), ya que se prevén los derechos y deberes de los menores institucionalizados (134 y 135 LDOIA), así como el incumplimiento de los deberes de convivencia en función de su gravedad (art. 136 y 138 LDOIA) y las medidas educativas que se pueden aplicar en este caso (art. 137 y 139 LDOIA), la reparación del daño e incluso la responsabilidad penal a la que pueden dar lugar (145 LDOIA).

Se establecen tres tipos de centros: los Centros de Acogida, los Centros Residenciales de Acción Educativa y los Centros Residenciales de Educación Intensiva.

4.2.1. Centros de Acogida

Los centros de Acogida (CA), dan respuesta inmediata a los casos que necesitan una intervención urgente. “Ejercen la atención inmediata y transitoria (máximo 6 meses) de los niños y adolescentes desamparados mientras se analiza la problemática y se determina la medida de protección más adecuada (art. 111 LDOIA). Por ello, el objeto de los Centros de Acogida es acoger de urgencia a niños y adolescentes en situación de riesgo.

El servicio residencial, propio o colaborador de la DGAIA, dotado de un equipo pluridisciplinar, formado por profesionales de psicología, la pedagogía, el trabajo social, la medicina y la educación social, hace un estudio del caso y se emite un diagnóstico de la situación y de las necesidades del niño acogido y de su familia⁸⁷ y se elabora una propuesta de medida que puede ser el retorno a la familia, el acogimiento familiar o preadoptivo o el acogimiento en un CRAE. La propuesta es el diagnóstico final, en la que se debe contemplar la realidad global del niño y de la familia, así como los factores de riesgo detectados contrastándolos con la realidad de la vinculación afectiva y con las posibilidades de cambio.

Los objetivos más claros dentro del proyecto educativo de un CA consisten en la realización de planes de intervención educativa individualizados para la adquisición y consolidación de hábitos, cambio de actitudes, promoción de la autonomía del sujeto y para el aprendizaje de pautas de conducta y de comportamientos socialmente adaptados, aspectos esenciales que los menores no tienen integrados o están

⁸⁶ ADORACIÓN M. PADIAL ALBÁS, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, Lleida, 2012, pág. 89.

⁸⁷ G. OLIVÁN GONZALO, J. FLETA ZARAGOZANO, C. BASELGA ASENSIO, J. ANDRÉS SANZ, M. MAGAÑA HERNÁNDEZ y R. NUEL QUÍLEZ, *Centros de Acogida de Menores*, Grupo de Trabajo sobre el maltrato en la infancia, Zaragoza, Sociedad de Pediatría de Aragón, la Rioja y Soria, octubre 1993, pág. 97.

desestructurados. Asimismo, prevén las actividades de la vida cotidiana, de educación y de ocio, de formación, de promoción de la persona, de conocimiento de la cultura que nos rodea, de inserción laboral.

4.2.2. Centros Residenciales de Acción Educativa

El Centro Residencial de Acción Educativa (CRAE) es la institución donde residen temporalmente los niños desamparados los que se ha aplicado la medida de protección en centro. Son casos que ya han estado diagnosticados por equipos de atención primaria u otros equipos especializados, o por el equipo técnico de los Centros de Acogida.

La DGAIA, en su Proyecto Educativo Marco, define el Centro Residencial como un lugar donde se pueden atender las necesidades del niño en aquellos casos en que la familia no puede o no está capacitada para hacerlo, o cuando es necesario proteger al niño y al adolescente de alguna forma de abandono, maltrato o explotación, o cuando está en peligro su integridad física, psíquica o moral.

El CRAE es un servicio destinado a atender a niños y jóvenes menores de edad tutelados por la DGAIA y que es preciso separar de su ámbito familiar de modo temporal. Su estancia en el CRAE se extenderá hasta que dejen de concurrir los elementos de riesgo que provocaron el ingreso, bien hasta que se encuentre a una familia acogedora o bien porque disponga de suficientes recursos personales para iniciar un proyecto de vida autónomo fuera del CRAE. Así que, esta modalidad tiene asignada la función sustitutoria de la familia o los titulares de su tutela o su guarda, de forma temporal, para aquellos niños que, debido a diversas circunstancias no pueden permanecer en el núcleo familiar.

Durante la estancia del menor en el CRAE, el Equip d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (EAIA)⁸⁸ se encarga de abordar aquellas dificultades que motivaron el internamiento con el fin de subsanarlas. Las finalidades de los CRAE son principalmente acoger niños en un ambiente de afecto, comprensión seguridad emocional y material, satisfacer las necesidades del niño, su educación integral, cuidar de su salud física y psíquica, velando por el desarrollo de su personalidad.

⁸⁸ EAIA: Formados por profesionales de psicología, la pedagogía, la asistencia social y la educación social y distribuidos por todo el territorio de Catalunya. Reciben los casos en situación de desamparo o en riesgo de estarlo que detectan los servicios sociales básicos, las instancias judiciales o policiales o la DGAIA. Hacen el diagnóstico, la valoración de los niños y su entorno socio familiar, y proponen las medidas más adecuadas en cada caso. Elaboran planes de mejora para cada niño y su familia, hacen el seguimiento y el tratamiento una vez se han aplicado las medidas propuestas, tanto si están en el núcleo familiar como en un centro o en una familia de acogida. Son los responsables de coordinar los otros equipos y servicios de su territorio que también intervengan en la atención a niños desamparados así como asesorar a los servicios sociales básicos de atención social.

Para cumplir con todas estas necesidades, el centro deberá disponer de todos los recursos humanos y materiales necesarios. Por lo tanto, más allá de garantizar las necesidades básicas materiales, debe contribuir al proceso de socialización y crecimiento de los niños que atiende en todos los ámbitos y hacerlo de forma individualizada, promoviendo su autonomía de un modo progresivo y adecuado a sus capacidades.

En esta modalidad, se procura reproducir el modelo de vida cotidiana familiar, con unas condiciones reducidas que permitan desarrollar correctamente la función acogedora y limitadora, que el niño se sienta acogido, seguro, querido y que pueda llegar a ser responsable y autónomo para su integración en la sociedad. Todo ello mediante una educación integral, activa y compensadora⁸⁹. Asimismo, “los centros han de ser abiertos, integrados en un barrio o una comunidad y se han de organizar siempre en unidades que permitan un trato afectivo y una vida cotidiana personalizadas” (art. 132.3 LDOIA).

4.2.3. Centros Residenciales de Educación Intensiva

El objetivo principal de los Centros Residenciales de Educación Intensiva (CREI) es “dar respuesta educativa y asistencial a los adolescentes que presentan alteraciones de conducta que requieren un sistema de educación intensiva (artículo 133.2 LDOIA). Estos centros cuentan con espacios de escolarización propios, programas educativos, prelaborales o de tratamiento psicológico o terapéutico (artículo 133.1 LDOIA).

El CREI responde a los mismos objetivos y finalidades que el Centro Residencial de Acción Educativa, pero que se dirige a jóvenes de 12 a 18 años, que requieren una atención educativa más intensiva⁹⁰. Así pues, tanto el proyecto educativo como el reglamento de régimen interior y la programación están diseñados para dar respuesta a las necesidades que presenta esta población.

En este sentido, la programación del centro es exhaustiva y muy detallada, y prevé de forma concisa las actividades de la vida cotidiana, de formación, de promoción sociolaboral, de conocimiento del entorno natural, social y cultural y de relación con el entorno inmediato con los iguales para facilitar el crecimiento integral de la persona.

Las funciones de estos centros son promover, establecer y aplicar medidas educativas y de inserción social, laboral y familiar. Coordinarse con los servicios

⁸⁹ CRAE LLARS INFANTILS TORRE VICENS, projecte Educatiu de Centre, Lleida, 2011, pág. 6-7.

⁹⁰ Fundación Resilis

sociales básicos, con los equipos profesionales de los otros sistemas de bienestar social, con las entidades asociativas y con las que actúan en el ámbito de los servicios sociales especializados. Es por ello que, proporcionan a los menores atendidos la cobertura inherente al ejercicio de la guarda y educación, además de otras funciones establecidas por el ordenamiento jurídico vigente.

Conclusiones

En un principio el tema elegido para mi trabajo fue el menor en situación de riesgo, pero después de innumerables consultas y diversas lecturas, descubrí que era un tema muy general y que era mejor focalizarlo en la situación de desamparo provocada por la situación de riesgo del menor; así pues, el trabajo se ha ido modificando a medida que avanzaba mi estudio.

La Convención de Derechos del Niño constituye un cambio sustancial del enfoque sobre la posición de los menores con respecto a las decisiones que les afecten. Se reconoce que éstos tienen opiniones propias, que deben ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez y que, por ello, están llamados a participar en los procesos de adopción de tales decisiones, especialmente en todas las actuaciones administrativas y judiciales. Cabe decir que poco a poco la Convención se va convirtiendo en una norma de referencia a la hora de interpretar las leyes por parte de jueces y magistrados.

A la Convención de los derechos del niño, se le suma en Cataluña la Ley 14/2010 sobre derechos y oportunidades de la infancia y adolescencia (LDOIA), uno de los mayores logros en legislación sobre el menor. Esta ley regula la diversidad de tipos de acogida, ya que, amplía las modalidades de acogimiento familiar previstas por la legislación anterior, algo que puede beneficiar a los menores desamparados, siempre y cuando la clase de acogimiento que se adopte sea la más conveniente en cada caso.

Se define la prevención como el conjunto de actuaciones sociales destinadas a preservar al niño o el adolescente de las situaciones que son perjudiciales para su desarrollo integral o a su bienestar.

A lo largo de la investigación, me he percatado que se da mucha importancia a la protección del menor en situación de desamparo, mientras que la figura de prevención apenas es tenida en cuenta. Considero que de vital importancia tener en mayor consideración la prevención, porque ésta es actualmente un reto que, implica mejorar la detección y la rapidez en las intervenciones; requiere voluntad política, sensibilización social, provisión de recursos a los diferentes servicios, coordinación y trabajo en red en un marco comunitario. Así, previniendo situaciones de riesgo se evitaría llegar a tener que proteger a los niños/as y adolescentes. Es clave la actuación de prevención en la pequeña infancia para asegurar el mejor inicio de la vida para todos los niños y niñas.

En cuanto a los dispositivos de protección a la infancia, que es un tema que interesa a esta investigación, debe introducirse sistemas de seguimiento y evaluación que permitan ejercer un adecuado control sobre las entidades que tienen confiados estos niños, niñas y adolescentes tutelados por la Administración. En Cataluña, el gobierno de la Generalitat se ha comprometido a través de la ley 14/2010 a realizar un informe cada dos años sobre el grado de cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño. Éste puede ser un buen instrumento de seguimiento y de responsabilidad como Comunidad Autónoma al compromiso que España tiene como Estado. Cabe destacar que el compromiso es un gran avance, pero que todavía no se ha llevado a la práctica.

Si las actuaciones de prevención que impulsan la calidad de vida y el bienestar infantil, contando con los servicios y recursos profesionales y económicos adecuados, se llevasen a cabo, el menor estaría en un ambiente protegido, con las necesidades básicas cubiertas y que le facilitaría el desarrollo de sus capacidades y potencialidades.

El desamparo, debe ser una medida urgente ante una situación de desprotección de un menor, al ser adoptada por la Administración Pública se constituye mediante un acto administrativo. En este sentido, podemos decir que un menor se encuentra desamparado cuando carece de los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad y, por lo tanto, debe procederse inmediatamente a la separación de su núcleo familiar para garantizar su protección efectiva. Así, cuando la entidad pública constata que un menor de edad se encuentra en una situación de desamparo, tiene que asumir la tutela del mismo y debe adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

Antes de que un menor sea separado de su medio de origen, la Administración debe poner todos los medios posibles para que dicha separación no se produzca.

Una vez que ha sido declarado el desamparo de un menor, siempre que la situación lo admita (con la excepción de los casos de renuncia al hijo, de abandonos en que los padres han desaparecido y otros en que no existe esta posibilidad), la primera actuación de la Administración Pública ha de ser la de intervenir para procurar el retorno del menor a su medio de origen. Este principio se declara en el artículo 172.4 del Código Civil, al expresar que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando esta situación no suponga un perjuicio para el menor y no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia, así consta numerosa jurisprudencia al respecto no sólo nacional, sino también del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, a través de la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Se considera que el acogimiento es la medida de protección de los menores desamparados más importante, y puede tener lugar en el seno de una familia que gradualmente, se intenta que sea en extensa, aunque en defecto de algún pariente que pueda ocuparse de él se debe promover el acogimiento por persona o familia ajena, y por último cuando no es posible el acogimiento en familia se debe llevar a cabo el acogimiento en centro residencial como último recurso, ya que, el menor tiene derecho a crecer en un entorno familiar. De modo que la normativa actual continúa considerando que el acogimiento familiar debe ser la medida preferente que se deba aplicar a los niños y niñas desamparados, mientras que el acogimiento en centro o internamiento del menor se configura como una medida subsidiaria, que en principio sólo se debería adoptar cuando no es posible o beneficioso para el menor el acogimiento en el seno de una familia. No obstante, en nuestra sociedad faltan familias de acogida, y esa realidad determina que todavía haya un gran número de niños y niñas internados en centros de acogida. De ahí, que la mejora del sistema de protección requiere impulsar la figura del acogimiento familiar, lo cual implica, entre otras medidas dar a conocer esta figura jurídica, y dotar de mayor apoyo a los acogedores.

Sin olvidar la importancia del interés superior del menor, el acogimiento familiar, se considera que es la medida más idónea para la crianza y educación de cualquier niño o niña, el soporte necesario para el desarrollo integral y emocional del menor por su función afectiva, dado que la infancia es la etapa en la que se desarrolla la personalidad individual, y la familia tiene una función esencial de soporte emocional, afectivo, socializador y educativo, en la medida que resulta fundamental para todos los niños y niñas crecer en un contexto familiar. De modo que la substitución por un centro residencial, o la inevitable institucionalización del menor, debe entenderse como la última medida aplicable, que sólo debería producirse cuando se han agotado el resto de acciones en el ámbito de la propia familia, y también el acogimiento en familia ajena en sus diversas modalidades.

A pesar de que se considera que el acogimiento de los hermanos debe ser confiado a una misma persona o familia, a no ser que las circunstancias justifiquen la separación, en la práctica supone una dificultad, porque normalmente los niños desamparados suelen tener varios hermanos. Éste hecho que dificulta que las familias de acogida puedan ocuparse de ellos.

El derecho a ser escuchado forma parte del núcleo fundamental de la Convención, junto con el derecho a la vida, a la no discriminación y el derecho a que el interés superior del menor sea una consideración primordial. Además de ello, el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tomen en serio debe también entenderse como un principio esencial para la determinación del mejor interés del niño, considerado un interés superior. El titular del derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta se da en cualquier niño, por lo que la escucha habrá de adaptarse a las particularidades de cada menor.

La participación activa de los niños/as y adolescentes en todos los ámbitos de la vida es el primer paso necesario para que éstos asuman su responsabilidad social. Promover y desarrollar los derechos de los niños y niñas en general, y más particularmente los de participación. Hace falta tomar conciencia que los niños y adolescentes, como colectivo social, forman parte activa de la sociedad con derechos y deberes y que eso exige el ejercicio y la aplicación práctica de la democracia con todas sus reglas.

En este sentido, Cataluña tiene un reto pendiente en cuanto a la promoción de la participación social de los niños/as y los adolescentes, un derecho que reconoce la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y que considera el derecho de opinión, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección de la vida privada y el derecho a una información adecuada. Éstos son derechos que se tienen que desarrollar a todos los ámbitos de la vida de los chicos y de las chicas.

De la profunda investigación sobre la protección del menor en situación de desamparo, he podido deducir que la legislación en general centra su atención precisamente en la protección, cuando es mucho más conveniente destacar la prevención. Gracias a la prevención, sería posible evitar que muchos menores estuvieran en situación de riesgo y por consiguiente, necesitaran ser protegidos. Es evidente que la prevención requiere de recursos personales y económicos de los que en la actualidad no dispone. Para poder llevar a cabo una eficaz prevención, es imprescindible que los niños/as y adolescentes conozcan sus derechos y por lo tanto puedan darse cuenta de los indicios que los pueden llevar a estar en situación de riesgo. Nadie mejor que los propios menores para preocuparse de su bienestar físico y psíquico.

Otro de los puntos que debe tenerse en cuenta es que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, hay que primar el interés superior del menor y el derecho de éste a ser escuchado. A pesar de que la

legislación contempla el derecho de ser escuchado, en la práctica no siempre se cumple debido a la falta de madurez de los menores de edad.

Finalmente, cabe destacar que con la aprobación de la ley catalana, se ha logrado dotar de mayor claridad y unidad al ordenamiento jurídico catalán. De esta manera, se ha facilitado qué derecho es aplicable en aquellas situaciones en que los menores se encuentran en una situación de riesgo y en una situación de desamparo, así como el papel de la Administración Pública, por lo que en ambas situaciones tratan de paliar la situación de desprotección en que puedan hallarse los menores de edad.

Es importante destacar la mejora sustancial que ha supuesto la Ley 14/2010 en el área de protección del menor, pero también hay que reconocer que la buena voluntad no es suficiente. Al aprobar la ley catalana, se propuso redactar un reglamento para desplegar a nivel práctico dicha ley. En la actualidad todavía no se ha llevado a cabo, hecho que dificulta, como ya se ha expuesto con anterioridad, la aplicación práctica de la ley aprobada en 2010, que nació con muy buenas intenciones pero con escasas posibilidades de salir adelante por falta de recursos.

Bibliografía

A) Fuentes primarias

ADORACIÓN M. PADIAL ALBÁS, El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada, Universitat de Lleida, 2012, pág. 35.

AMORÓS, P., PALACIOS J., Acogimiento familiar, Madrid, Alianza, 2004.

BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA P. y VAQUER ALOY, A., derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013.

CAMPS MIRABET, N., El principio del interés superior del menor: Marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno, Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

CLARA MARTÍNEZ GARCÍA, Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías, situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial, Generalitat de Catalunya, Dykinson, S.L., Madrid, 2007.

FRANCISCO RIVERO HERÁNDEZ, El interés del menor, 2ª edición, Dykinson, S.L., Madrid, 2007.

MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., El desamparo de menores, Aranzadi, 2005.

PADIAL ALBÁS, A., El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada, Lleida, Edicions de la Universitat de Lleida, 2012.

PÉREZ MARTÍN, A.J., Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores, Valladolid, 1995.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho, Barcelona, Bosch, 2011.

ROCA TRÍAS, E., ORTUÑO MUÑOZ, P., Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Las Rozas, Sepín, 2011.

ROSA M^a MORENO FLÓREZ, Acogimiento familiar, Dykinson, S.L., 2012.

TOLDRÀ ROCA, M., Enfoque jurisprudencial de la potestad y su privación, Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., Tratado de Derecho de la Familia, Pamplona, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2011.

B) Fuentes secundarias

BARRADA, R., GARRIDO M. y NASARRE S., El nuevo derecho de la persona y de la familia, Barcelona, Bosch, 2011.

CABEDO MALLOL. Marco Constitucional de la Protección de menores. Valencia, 2006.

GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Pamplona, 1997.

FRANCISCO RIVERO HERNANDEZ, El Interés del menor, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.

G.OLIVÁN GONZALO, J. FLETA ZARAGOZANO, C. BASELGA ASENSIO, J. ANDRÉS SANZ, M. MAGAÑA HERNÁNDEZ y R. NUEL QUÍLEZ, Centros de Acogida de Menores, Grupo de Trabajo sobre el maltrato en la infancia, Zaragoza, Sociedad de Pediatría de Aragón, la Rioja y Soria, octubre 1993.

IGLESIAS REDONDO, J., Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores, Barcelona, 1996.

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, La situación de desamparo y las medidas de protección, en Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy, Protección de menores, acogimiento y adopción, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

TOLDRÀ ROCA, M., Enfoque jurisprudencial de la potestad y Romera Iruela, M. J. (1996). Citas y Referencias Bibliográficas en el Sistema de Comunicación Científica. Revista Complutense de Educación, 7(1), 243-270.

VAQUER ALOY, A., Protección de menores, acogimiento y adopción, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1999.

C) Legislación

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

La Ley 13/1997, de 19 de noviembre (modificada por la Ley 14/2010 y la Ley 11/2011).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción.

D) Jurisprudencia

Audiencia Provincial de Navarra, Jurisdicción civil, sentencia de 3 de febrero de 2004, (19/2004).

Tribunal Supremo, Jurisdicción civil, sentencia de 31 de julio de 2009, (565/2009).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Jurisdicción civil, sentencia de 31 de marzo de 2011, (16/2011).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Jurisdicción civil, sentencia de 16 de abril de 2012, (23/2012).

Audiencia Provincial de Murcia, Jurisdicción civil, sentencia de 5 de julio de 2012, (484/2012).

Audiencia Provincial de Huelva, Jurisdicción civil, sentencia de 28 de junio de 2013, (125/2013).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Jurisdicción civil, sentencia de 25 de julio de 2013, (46/2013).

Audiencia Provincial de Illes Balears, Jurisdicción civil, sentencia de 22 de septiembre de 2014, (358/2014).

Audiencia Provincial de Barcelona, Jurisdicción civil, sentencia de 9 de octubre de 2014, (666/2014).

Audiencia Provincial de Tarragona, Jurisdicción civil, sentencia de 14 de octubre de 2014, (315/2014).

Audiencia Provincial de Asturias, Jurisdicción civil, sentencia de 23 de octubre de 2014, (323/2014).

Tribunal Supremo, Jurisdicción civil, sentencia de 27 de octubre de 2014, (582/2014).

E) Conferencias

Jornada XXV anys Convenció Drets dels Infants. Barcelona, 26 de noviembre de 2014. Universitat Abat Oliba CEU.

