

## HACIA UN SISTEMA ARMONIZADO DE PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO<sup>1</sup>

*Cristina Argelich Comelles*

Profesora Doctora de Derecho Civil  
Universidad de Cádiz

---

TITLE: *Towards a jurisdiction-wide child protection system against risk and abandonment*

RESUMEN: El objeto de la presente aportación consiste en realizar un estudio comparado entre las medidas estatales y autonómicas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo y el sistema de protección previsto en Inglaterra y Gales. A estos efectos, se estudiarán los instrumentos dispuestos en la Ley Orgánica 1/1996, modificada recientemente por la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015, junto con los mecanismos regulados en algunas Comunidades Autónomas, y en particular, por su innovación, los previstos en la Ley 14/2010, de Cataluña. La dispersión normativa en la protección de los menores justifica la creación de un verdadero sistema integral, para que estas medidas tengan una mayor eficiencia y unidad de actuación. Este sistema global y armonizado de protección lo encontramos en la Children Act 1989, de Inglaterra y Gales, cuyos mecanismos singulares y de intervención progresiva permiten que pueda calificarse como efectivo y proporcionado, pudiendo implementar algunas de estas medidas en España.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to make a comparative study of Spanish measures to protect children against risk and abandonment and those provided in the England and Wales. The Spanish regulation is the Act 1/1996, recently modified, with the comparable autonomic tools of some regions. In particular, given its innovative approach, the paper considers the Catalanian regulation Act 14/2010. The paper argues that the variety of regional measures and the failure to provide a unified application across the jurisdiction justifies the creation of a whole-country system to protect children against abandonment. We can potentially find this complete system in the Children Act 1989 of England and Wales, which contains different instruments whose implementation is jurisdiction-wide. The paper concludes that the Children Act may offer an effective and proportionate system for Spain.*

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor, patria potestad, riesgo, desamparo, tutela, guarda provisional, acogimiento familiar, acogimiento residencial.

KEY WORDS: *Best interest of the child, parental authority, risk, abandonment, guardage, Child Assessment order, foster family care, residential care.*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. LA SALVAGUARDIA ANTE EL RIESGO Y EL DESAMPARO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL. 2.1. *La detección de las situaciones de riesgo: los indicadores de riesgo y el Proyecto de intervención social y educativo familiar.* 2.2. *La determinación de las situaciones de desamparo: el indicador y los supuestos de desamparo.* 2.3. *Los instrumentos de protección frente al desamparo en España: breve referencia a su publicidad registral.* 2.3.1. *La guarda provisional, la tutela legal y la guarda administrativa.* 2.3.2. *El acogimiento residencial, las modalidades de acogimiento familiar, la guarda con*

<sup>1</sup> Agradezco a The University of Manchester la estancia de investigación postdoctoral y los medios facilitados para la realización de este trabajo

fines de adopción y la guarda de hecho. 3. LA DEFENSA CONTRA EL RIESGO Y EL DESAMPARO EN CATALUÑA. 3.1. *Las situaciones de riesgo y su prevención*. 3.2. *La intervención ante las situaciones de desamparo*. 3.2.1. La determinación de las situaciones de desamparo. 3.2.2. Los instrumentos contra el desamparo: la guarda protectora, las modalidades de acogimiento y las medidas asistenciales. 4. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES EN INGLATERRA Y GALES: UNA ALTERNATIVA PARA SIMPLIFICAR Y ARMONIZAR SU EJECUCIÓN EN ESPAÑA. 4.1. Private Children Law: Child Arrangement Order, Specific Issue Order y Prohibited Steps Order. 4.2. Protection of Children. 4.2.1. La *Child Assessment Order* como mejora de la guarda provisional. 4.2.1. *Emergency Protection of Children: Emergency Protection Order y Police Protection Order*. 5. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La atención del legislador estatal y de los autonómicos en la protección de los menores tiene como origen la defensa de los poderes públicos ante el incumplimiento del deber de asistencia de los progenitores, en virtud de los compromisos internacionales asumidos, de conformidad con el art. 39 CE. En el ámbito internacional, esta exigencia de salvaguardia de los menores se encuentra prevista en la Convención<sup>2</sup> sobre los Derechos del Niño de 1989 y, en esta misma línea, el Parlamento Europeo elaboró la Carta Europea de los Derechos del Niño<sup>3</sup> de 1992, que impulsó el desarrollo de la incipiente normativa autonómica. En virtud de estos mandatos normativos, en España se aprobó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>4</sup>, modificada

<sup>2</sup> Aplicable en España mediante el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, publicado en el BOE 31 diciembre 1990. Véanse RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, «Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia», en RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coord.), *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, pp. 51-88; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Reflexiones en torno a la aplicación internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el derecho de participación las pautas marcadas en los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y de la Adolescencia», en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Barcelona Bosch, 2009, pp. 55-80; y VILLALTA, Georgina, «Participación y responsabilidad social en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño», en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 303-310.

<sup>3</sup> Aprobada mediante la Resolución AJ-0172192 del Parlamento Europeo, publicada en el DOCE 21 septiembre 1992. FERRER RIBA, Josep, «Principles and Prospects for a European System of Child Protection», *Indret*, 2, 2010, p. 7. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/729\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/729_en.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>4</sup> BOE 17 enero 1996.

mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>5</sup>, respecto de los preceptos que tienen carácter orgánico, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>6</sup>, en relación con los sometidos a la ley ordinaria. Debemos precisar que las Comunidades Autónomas han asumido la competencia en asistencia social, establecida en el art. 148.1.20 CE, motivo por el cual la legislación estatal en materia de protección de menores tiene carácter supletorio. La Ley Orgánica 1/1996, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia<sup>7</sup>, de Cataluña –que será objeto de análisis pormenorizado por la innovación de sus instrumentos–, y los legisladores vasco y castellano-manchego disponen en sus respectivas Exposiciones de Motivos el cumplimiento de estos compromisos adquiridos a nivel internacional, citando de manera específica ambos tratados, mientras que otros legisladores autonómicos<sup>8</sup> únicamente atienden a la Convención. Todos ellos prestan una especial atención al núcleo de la regulación, referido a que la legislación debe tener como principio informador esencial el interés superior del menor. Dicho interés sirve para resolver ponderadamente los conflictos de intereses, y tiene una función de protección del menor y de control ante cualquier peligro que le afecte.

La normativa estatal, las disposiciones del Código Civil y la legislación autonómica pretenden crear un sistema global de protección de menores ante las situaciones de riesgo o de desamparo, que habilitan la intervención administrativa en distintos grados. Sin embargo, se produce una amplia dispersión normativa por la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de la competencia en asistencia social. Este hecho resta unidad de actuación<sup>9</sup> y eficacia frente a una problemática común, pudiendo ocasionar agravios comparativos según el territorio y la proactividad del legislador competente. Este elemento, que estará presente en el trasfondo de este trabajo, tiene principalmente dos expresiones: la falta de homogeneidad en los supuestos de riesgo y

<sup>5</sup> BOE 23 julio 2015.

<sup>6</sup> BOE 29 julio 2015.

<sup>7</sup> BOE 28 junio 2010.

<sup>8</sup> Nos referimos a los legisladores de Asturias, Murcia, la Comunidad de Madrid, Andalucía, Aragón, Castilla y León, Navarra, la Comunidad Valenciana, Cantabria y Galicia, a cuyas respectivas normas se atenderá posteriormente.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, «La protección de menores en el Estado autonómico», en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías: (situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 17, expresa que la asunción de las competencias en materia de protección de menores por parte de las Comunidades Autónomas y la diversidad legislativa entre ellas ha generado la existencia de una pluralidad de sistemas de protección de menores en España.

desamparo y la desarmonización en las medidas a adoptar. Por este motivo, el objeto de análisis se centrará en los diferentes mecanismos estatales y autonómicos junto con los regulados en Inglaterra y Gales, que gozan de una mayor unidad de actuación.

## 2. LA SALVAGUARDIA ANTE EL RIESGO Y EL DESAMPARO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

Las situaciones de desprotección en las que se puede encontrar un menor justifican que, ante la ausencia de una tutela familiar de estas situaciones, la Administración intervenga en aras de proteger al menor y eliminar el riesgo o el desamparo en el que se encuentre. Esta intervención se articula en varios estadios, dependiendo de la gravedad de esta situación. En atención al reparto competencial al que nos hemos referido, los organismos competentes para actuar ante estas situaciones vienen determinados por las Comunidades Autónomas; por este motivo, la normativa estatal se refiere a ellos como *Entidad Pública*. Sin embargo, las diferentes Comunidades Autónomas han regulado de manera muy parecida al legislador estatal estas actuaciones, motivo por el cual se atenderá a su estudio conjuntamente, reservando para un estudio diferenciado las medidas dispuestas por el legislador catalán.

### 2.1. *La detección de las situaciones de riesgo: los indicadores de riesgo y el Proyecto de intervención social y educativo familiar*

El legislador estatal define las situaciones de riesgo como aquellas que supongan un perjuicio para el menor que no tengan la gravedad suficiente como para separarlo de su núcleo familiar –una separación necesaria en una situación de desamparo, por la existencia de un peligro cierto de daño en el menor–, unos términos similares a los utilizados por el legislador catalán. A su vez, el legislador dispone unas actuaciones diferentes, en los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica 1/1996, para las situaciones de riesgo y para las de desamparo. Hasta la reforma operada mediante la Ley 26/2015, el legislador estatal no enumeraba las causas que se podían considerar como constituyentes de una situación de riesgo. Actualmente, tampoco formulan este listado algunos legisladores regionales<sup>10</sup>, a diferencia de lo que han dispuesto<sup>11</sup> otros. La

<sup>10</sup> Véanse la legislación de Extremadura, Asturias, Murcia, la Comunidad de Madrid, Canarias, Andalucía, Aragón, el País Vasco, La Rioja, la Comunidad Valenciana y Cantabria: la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de Extremadura, BOE 27 diciembre 1994; la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, de Asturias, BOE 20 abril 1995; la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, BOE 2 junio 1995; la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, BOE 2 agosto 1995; la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, de Canarias, BOE 14 marzo 1997; la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, de Andalucía, BOE 24 junio 1998; la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, BOE 8 agosto 2001; la Ley 3/2005, de 18 de febrero,

normativa estatal establece unos *indicadores de riesgo*<sup>12</sup> con una técnica legislativa manifiestamente mejorable, puesto que no se encuentran detallados como en parte de la normativa autonómica<sup>13</sup> en un listado, sino que aparecen en ocasiones implícitos y diseminados en los apartados primero, noveno y décimo del art. 17, lo que dificulta su localización. Se concretan en los que implican un riesgo físico<sup>14</sup>, en cuyo caso conviene precisar que, ante la negativa a la realización de tratamientos médicos, puede producirse un conflicto de derechos fundamentales<sup>15</sup> entre el derecho a la vida y la libertad religiosa, contenidos en los arts. 15 y 16 CE. Asimismo, se puede manifestar en un riesgo por carencias materiales al menor, que constituye el único supuesto común con la normativa autonómica<sup>16</sup>, así como el antecedente de tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

---

de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, del País Vasco, BOE 14 noviembre 2011; la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, BOE 23 marzo 2006; la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, BOE 19 agosto 2008; y la Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia, BOE 22 enero 2011.

<sup>11</sup> Atiéndanse la normativa de Cataluña, que se analizará posteriormente, Castilla y León, Navarra, Baleares, Galicia y Castilla-La Mancha: la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, BOE 17 agosto 2002; la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, de Navarra, BOE 2 enero 2006; la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears, BOE 13 diciembre 2006; la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, BOE 30 julio 2011; y la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, BOE 18 febrero 2015.

<sup>12</sup> Mediante la reforma de la Ley Orgánica 1/1996, operada por la Ley 26/2015, se cambió la denominación *factores de riesgo*, contenida en el art. 17, por la de *indicadores de riesgo*. En este sentido, CASAS PLANES, María Dolores, «El menor de edad desamparado en el Derecho español y francés (referencia al modelo francés tras la reforma por Ley de 5 de marzo de 2007, “portant réforme de la protection de l’enfance”. Propuestas de cambio)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 744, 2014, pp. 1813-1815, partiendo del estudio del modelo francés, alude a la importancia de la creación de escalas de detección de menores en riesgo.

<sup>13</sup> En concreto en la normativa de Castilla y León (art. 48), Navarra (art. 45), Baleares (art. 60), Cataluña (art. 102), Cantabria (art. 53), Galicia (art. 49) y Castilla-La Mancha (art. 34).

<sup>14</sup> Se refieren a: el riesgo prenatal, referido a la falta de cuidado físico de la gestante; el consumo abusivo de sustancias adictivas o cualquier acción de ésta o de terceros que perjudique el normal desarrollo o que provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido; y la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica del menor.

<sup>15</sup> En este caso, conviene apuntar de manera complementaria, que el Tribunal Constitucional reconoció como límite a este deber de consentir tratamientos médicos adecuados el ejercicio de la libertad religiosa, en contra del criterio del Tribunal Supremo, de conformidad con la conocida STC 154/2002 de 18 de julio, RTC 2002\154, referida al amparo otorgado a unos progenitores que se negaron a autorizar una transfusión de sangre a su hijo en ejercicio de su libertad religiosa.

<sup>16</sup> Se contiene en la legislación de Castilla y León, Navarra, Baleares, Cantabria, Galicia y Castilla-La Mancha.

Una vez detectada la situación de riesgo, que deberá comunicarse a la Administración según exige el art. 13, la intervención debe tender a disminuir los indicadores de riesgo dentro de su núcleo familiar, de conformidad con el art. 17.2, mediante la asistencia a los progenitores para que puedan cumplir con su función protectora. A estos efectos, la Administración tiene que elaborar un *Proyecto de intervención social y educativo familiar* que precise los objetivos, actuaciones, recursos y plazos para proteger al menor, tras la audiencia y consenso de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, y los menores a partir de los doce años o si tienen suficiente madurez<sup>17</sup>. Este proyecto culmina el procedimiento de declaración de la situación de riesgo con la aplicación de unas medidas que buscan eliminar o minimizar el riesgo; en caso contrario, si el riesgo del menor no cesa o empeora, procederá la declaración de desamparo. Estas medidas necesitan, para su ejecución, de un seguimiento del menor y de la colaboración familiar. El seguimiento del menor se intensifica estableciendo medidas de coordinación ante su traslado de una entidad territorial a otra, así como actuaciones revisoras respecto de las medidas adoptadas. Este deber se agrava en su exigencia en relación con la colaboración familiar, puesto que la normativa prevé que su omisión constituye una causa de declaración de la situación de desamparo. Conviene advertir que el legislador estatal no precisa las medidas preventivas o reparadoras que puede acordar en estos casos, a diferencia de otros legisladores autonómicos<sup>18</sup>. Habría sido conveniente que el legislador hubiese dispuesto un catálogo de posibles actuaciones, aunque podemos entender que se referirán a medidas económicas o sociales<sup>19</sup>. El establecimiento de un elenco estatal de

<sup>17</sup> Esta madurez debe evaluarse teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor, su capacidad para comprender y evaluar el caso concreto y, en todo caso, cuando tenga doce años cumplidos, de conformidad con el art. 9.

<sup>18</sup> Nos remitimos al análisis de las medidas dispuestas por el legislador catalán y, además, nos referimos a continuación a las establecidas en La Rioja, la Comunidad Valenciana y Castilla La-Mancha. El art. 42 de la Ley 1/2006, de La Rioja, dispone como medidas las prestaciones económicas o en especie, incluyendo las guarderías infantiles, la ayuda a domicilio y la intervención técnica. Por su parte, el art. 95 de la Ley 12/2008, de la Comunidad Valenciana, especifica unas medidas de apoyo familiar, concretadas en la intervención técnica que realizan los profesionales del Equipo Municipal de Servicios Sociales, las prestaciones económicas que puedan otorgar las entidades públicas, y la utilización de todos aquellos programas, servicios o centros de ámbito local, y por otro lado la intervención técnica, de carácter socio-educativo o terapéutico. Finalmente, el art. 36 de la Ley 5/2014, de Castilla-La Mancha, establece instrumentos como actuaciones de apoyo a la familia a través de los programas y prestaciones, la ayuda a domicilio, la intervención técnica de los servicios sociales de atención primaria, la intervención técnica de los servicios sociales especializados, así como los que puedan prestarse a través de la colaboración con diferentes entidades públicas o privadas y, en especial, la mediación y la orientación familiar.

<sup>19</sup> TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», en TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, POUS DE LA FLOR, María Paz (coords.), *Protección jurídica del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 151, detalla que las medidas preventivas o reparadoras se refieren a «dar a la familia apoyo económico, ayuda técnica, prestaciones de tipo formativo o psicosocial, tanto para el niño como para quienes cuidan de él», entre otras.

instrumentos favorecería la eficacia de la intervención, especialmente determinante en este estadio para evitar que evolucione hacia el desamparo.

## 2.2. *La determinación de las situaciones de desamparo: el indicador y los supuestos de desamparo*

La atención del legislador estatal se centra en la detección e intervención en las situaciones de desamparo. El art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996 y el art. 172 CC consideran que los menores se encuentran en una situación de desamparo<sup>20</sup> cuando se incumple, es imposible o inadecuado el ejercicio de los deberes de protección y se les priva de la necesaria asistencia moral o material. Esta desatención requiere del dictado de una resolución, de oficio<sup>21</sup> o a instancia de parte, que declare la situación de desamparo por parte de la Entidad Pública competente territorialmente, según el art. 172.1 CC, que a su vez determinará la legislación aplicable. Sin embargo, el art. 18 añade, tras la reforma efectuada mediante la Ley 26/2015, que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo, y que no se separará a un menor por el menor hecho de tener una discapacidad.

Tras esta reforma, el precepto incorpora un *indicador de desamparo*, que se concreta en que el menor tenga un hermano declarado en tal situación, excepto que exista un cambio evidente en las circunstancias familiares, y unos *supuestos de desamparo*. Estos se regulan de manera más completa que los contenidos en las situaciones de riesgo, siguiendo la senda iniciada por algunos legisladores autonómicos<sup>22</sup> de añadir a la definición unos supuestos no tasados, que permiten la alegación de cualquier otra circunstancia. El primer supuesto, que encontramos también en la legislación

<sup>20</sup> Señala con acierto TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», *op. cit.*, p. 161, que también se producirá cuando, de manera encubierta bajo una institución de protección como la patria potestad, tutela o guarda, se encuentre el menor en estas situaciones.

<sup>21</sup> El hecho de que se pueda declarar el desamparo de oficio se explica, según DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 133, porque «únicamente el hecho de que los progenitores, tutores o guardadores –y, en su caso, el propio menor afectado– hayan sido oídos y atendidos en una situación jurídica precedente justifica que esta norma se limite a prever su notificación como presupuesto que les permite recurrirla».

<sup>22</sup> Disponen unos supuestos de desamparo en las normas anteriormente referidas los legisladores de Extremadura (art. 6), Asturias (art. 31), Murcia (art. 22), Canarias (art. 46), Andalucía (art. 23), Castilla y León (art. 56), Navarra (art. 50), Baleares (art. 63), La Rioja (art. 49), Cataluña (art. 105), Cantabria (art. 61), Galicia (art. 52) y Castilla-La Mancha (art. 37), a diferencia de los legisladores del País Vasco, la Comunidad de Madrid y la Comunidad Valenciana, que no los prevén.

autonómica, es el abandono del menor<sup>23</sup>. El segundo supuesto, que se relaciona con los anteriores y que no se prevé en las normas autonómicas, se refiere al transcurso del plazo de la guarda voluntaria cuando no puedan o no quieran asumir la guarda, salvo si puede ser prorrogado más allá de dos años. El tercer y el cuarto supuesto, establecidos también en las normas autonómicas, están relacionados con un riesgo directo para el menor en su bienestar físico o psíquico<sup>24</sup>. En esta previsión deberíamos encajar el hecho de que el menor se encuentre en un entorno familiar de violencia doméstica o de género, como prevé el art. 105.2 de la Ley 14/2010, de Cataluña. Otro supuesto es el referido a la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución u otras formas análogas, previsto también en algunos territorios<sup>25</sup>. Es necesario recordar que la inducción a la mendicidad de los menores o personas discapacitadas se encuentra tipificada como delito en el art. 232 del Código Penal<sup>26</sup>. Finalmente, también se considera como supuesto de desamparo la ausencia de escolarización –como prevén algunos legisladores autonómicos<sup>27</sup>– o la falta de asistencia reiterada e injustificada a un centro educativo, así como la inducción al absentismo durante la educación obligatoria.

Una vez que la situación de desamparo se pone en conocimiento de la Administración – un deber exigido a cualquier ciudadano por el art. 13.1 de la Ley Orgánica 1/1996–, se debe incoar y finalizar un procedimiento administrativo<sup>28</sup> contradictorio para declarar el desamparo, regulado en el art. 172 CC, al que nos remitimos. Una vez que se ha notificado a las partes y al Ministerio Fiscal la declaración de desamparo, el primer efecto es que se suspende la patria potestad en su aspecto personal y patrimonial. Sin embargo, los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos salvo que no sea conveniente para el desarrollo del menor, de conformidad con el art. 160.1 CC, así

<sup>23</sup> Se refieren a la falta de ejercicio de la guarda a quien corresponda, junto con el quinto supuesto, relativo al incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares. Cabe precisar que algunas Comunidades Autónomas distinguen entre el abandono y la desatención de las funciones de guarda, a diferencia del legislador estatal que lo aglutina en el mismo supuesto.

<sup>24</sup> Se corresponden con el riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, el riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o con la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas.

<sup>25</sup> Se prevé en Extremadura, Asturias, Canarias, Andalucía, Navarra, Baleares, La Rioja, Cataluña, Galicia y Castilla-La Mancha.

<sup>26</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada en el BOE 24 noviembre 1995.

<sup>27</sup> También lo regulan los legisladores de Asturias, Canarias, Andalucía, Navarra y Galicia.

<sup>28</sup> LÓPEZ AZCONA, María Aurora, «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2185, 2016, pp. 22-23, cuestiona la administrativización del procedimiento, aunque reconoce que tiene las suficientes garantías.



como con otros parientes, según el art. 158 CC. La Entidad Pública puede suspender el régimen de visitas o las comunicaciones con el menor en los casos de tutela legal y acogimiento residencial, como dispone el art. 161 CC. Esta suspensión se encuentra sometida a control judicial y supervisión del Ministerio Fiscal, así como a un control administrativo respecto de la tutela, acogimiento o guarda de menores, según el art. 174 CC; esta previsión fue introducida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos<sup>29</sup>, a raíz de lo que admitía la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>30</sup>.

Los efectos de la suspensión de la patria potestad consisten en que los progenitores o tutores mantienen la titularidad de la patria potestad, pero pierden la guarda en favor de la Entidad Pública, que asume la tutela del menor o persona protegida. El ejercicio de esta guarda derivada de la tutela legal se realiza a través del acogimiento, una institución que se analizará posteriormente porque la guarda provisional también se articula mediante el acogimiento. En aplicación de dicha suspensión, la Entidad Pública puede ordenar a los progenitores o tutores el abono de una cantidad en concepto de alimentos, de gastos derivados del cuidado y atención del menor, y de gastos derivados de la responsabilidad civil<sup>31</sup> por actos realizados por los menores. Además, la Entidad pública podrá promover la privación o remoción de la patria potestad, de conformidad con los arts. 172.1 y 239.3 CC; ello supone la constatación de que la tutela legal es una potestad unilateral<sup>32</sup>. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>33</sup>, el momento en el que judicialmente se deberá apreciar si concurre una causa de privación de la patria potestad es el momento de la declaración de desamparo, porque el menor está protegido administrativamente por el incumplimiento de los deberes

<sup>29</sup> BOE 22 noviembre 2003.

<sup>30</sup> La regulación no permitía, antes de la reforma, esta ejecución administrativa de las medidas, sino que debía mediar siempre la autorización judicial para su modificación. El Tribunal Supremo estableció como doctrina jurisprudencial esta posibilidad en la STS (1ª) 18 junio 2015 (RJ 2015\2293).

<sup>31</sup> TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», *op. cit.*, p. 178, advierte que el pago de los gastos derivados de la responsabilidad civil «excepciona lo establecido en el artículo 1903, sobre todo tratándose de supuestos de desamparo, en los que la Entidad Pública se convierte en guardador legal».

<sup>32</sup> DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización», *op. cit.*, p. 134, precisa que esta previsión «constituye una de las más importantes reformas que la Ley 26/2015 introduce en el Código Civil, pues no sólo afecta al asentimiento de los padres a la constitución de la adopción, sino que además amplía el ámbito de la tutela civil como medida de protección de menores». ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Aranzadi civil-mercantil*, 9, 2016, pp. 43-112.

<sup>33</sup> En este sentido, véanse las SSTS (1ª) 6 junio 2014 (RJ 2014\2844), y 6 febrero 2012 (RJ 2012\4522).

inherentes a los progenitores y, por tanto, corresponde la carga de la prueba al progenitor que lo niegue.

Contra la declaración de desamparo, puede formularse oposición judicial ante la jurisdicción civil –en lugar de la contencioso-administrativa– mediante un proceso declarativo en el plazo de dos meses<sup>34</sup> –un plazo coincidente con el previsto para la impugnación de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso-administrativa–, como señala el art. 780.3 LEC, sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa<sup>35</sup>. Respecto de la jurisdicción competente<sup>36</sup>, aunque formalmente se trate de la impugnación de un acto administrativo, la cuestión de fondo es de naturaleza civil porque los efectos que produce la declaración de desamparo son civiles, en particular por la suspensión de la patria potestad, motivo por el cual resulta correcta la determinación de la jurisdicción civil como competente en lugar de la contencioso-administrativa. El art. 172.2 CC confiere legitimación activa a los progenitores que continúen ostentando la patria potestad, pero la tengan suspendida, y a los tutores que tengan suspendida la tutela durante un plazo de dos años, a cuyo vencimiento únicamente estará legitimado para impugnar el Ministerio Fiscal.

El art. 172.2 CC, en virtud de la reforma operada mediante la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional<sup>37</sup> permite que, una vez transcurrido el plazo de dos años, los progenitores puedan facilitar información a la Entidad Pública y al

<sup>34</sup> Este plazo lo establece también para oponerse a los actos administrativos expresos el art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE 14 julio 1998. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización», *op. cit.*, p. 125, advierte que «es notoria la semejanza del procedimiento que regulaba a continuación el art. 780 LEC con el previsto con carácter general en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo cual se explica porque aquí –por más que su ejercicio produzca consecuencias civiles– también ejerce la Administración potestades administrativas y por el excepcional carácter revisor que atribuye en este caso la ley a la jurisdicción civil».

<sup>35</sup> Para formular esta reclamación, no se necesita realizar una reclamación previa en vía administrativa, de conformidad con el art. 780.1 LEC, y por la falta de previsión expresa en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, publicada en el BOE 2 octubre 2015.

<sup>36</sup> En lo que se refiere a la jurisdicción competente en esta materia, en nuestra opinión la civil, véase DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «La tutela judicial efectiva en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas sobre protección de menores y adopción», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, 2014, pp. 37-52. Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización», *op. cit.*, p. 125, expresa que considera competente la jurisdicción contencioso-administrativa porque «las medidas adoptadas por la Administración en las llamadas situaciones de riesgo, pues éstas –aunque ayuden a su ejercicio– no reducen el contenido de la patria potestad ni de la tutela civil».

<sup>37</sup> BOE 29 diciembre 2007.

Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias<sup>38</sup> que dieron lugar a la declaración de desamparo. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>39</sup>, estas circunstancias deben ser suficientes para reestablecer la unidad familiar a un estado que suponga la eliminación del riesgo de desamparo para el menor, ponderando adecuadamente si revertir esta situación es positivo en atención al arraigo producido por el acogimiento. En consecuencia, no es suficiente cualquier leve mejoría en las circunstancias que han motivado la declaración de desamparo y, probablemente, cuanto más tiempo pase el menor en situación de acogimiento, menos posibilidades de revertir esta situación existen en la práctica. Sin embargo, existe el riesgo<sup>40</sup> de apostar por la *familia social* en detrimento de la *familia biológica*, y así alejar al menor de la familia originaria por considerar que la pertenencia a sectores sociales desfavorecidos va a impedir en desarrollo integral del menor. En la práctica, se reduce la posibilidad de revisión de la declaración de desamparo y la recuperación del menor por dos motivos: por un lado, debido a la demora en la resolución de estas impugnaciones<sup>41</sup>; y, por otro lado, como consecuencia de la dilación excesiva en la ejecución<sup>42</sup> de una sentencia que ordene la reinserción del menor en la familia de

<sup>38</sup> MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo por la violencia de género», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 162, expresa que el legislador considera que «se le ha de dar a los padres biológicos la oportunidad de superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes y recuperar la plenitud de la patria potestad en un tiempo que se considera razonable».

<sup>39</sup> Véase la STS (1ª) 31 agosto 2009 (JUR 2009\4581). Mediante este pronunciamiento, el Tribunal Supremo puso fin a la disparidad de criterios en las Audiencias Provinciales tendentes a valorar favorablemente para las pretensiones de los progenitores su evolución positiva o a no apreciar ningún cambio en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo por considerarlas las únicas a tener en cuenta. En el mismo sentido, se pronuncia la STS (1ª) 9 julio 2015 (RJ 2015\2562). Por su parte, la SAP Toledo 21 noviembre 2006 (AC 2006\2255), que apreció positivamente que la madre biológica hubiera rehecho su vida con otro hombre y hubiese tenido otra hija con este, y la SAP Castellón 25 noviembre 2008 (JUR 2009\132853), que tenía en cuenta la mejora de ambos progenitores con el paso del tiempo y de las condiciones de higiene y habitabilidad de la vivienda. Complementariamente, la STC 221/2002 de 25 noviembre (RTC 2001\221), apreció una vulneración del art. 24.1 CE al anular la declaración de desamparo y ordenar la reinserción de la menor con su familia adoptiva, porque no se había apreciado la existencia de un peligro actual y ni valorado la existencia de un riesgo psíquico en el momento de declarar el desamparo.

<sup>40</sup> Véanse al respecto CARRASCO PERERA, Ángel, «Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 807, 2010, p. 1, y VALLÉS AMORES, María Luisa, «La Administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 1258-1260.

<sup>41</sup> BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho privado y Constitución*, 23, 2009, pp. 50-51, expresa que el regreso a la familia es un mero *desiderátum* o declaración de intenciones que en rarísimas ocasiones se produce.

<sup>42</sup> En este sentido, la STSJ Cataluña (3ª) 30 abril 2010 (RJ 2010\299140), condena a la Administración pública al pago de 980.000 euros por los daños derivados del imposible retorno de un menor, un

origen que haya ocasionado que, en atención a satisfacer el interés superior del menor, sea mejor permanecer en la familia de acogida. Para concluir, cabe precisar que en el caso de que se produzca el cambio en las circunstancias aludido, la mantención del menor en situación de desamparo solo corresponderá a la Entidad Pública, sin perjuicio de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños morales ocasionados por el funcionamiento anormal<sup>43</sup> de los servicios sociales. En cualquier momento, la Entidad Pública, de oficio o a instancia de parte, podrá revocar la declaración de desamparo, de conformidad con el art. 172.3 CC. Aunque la norma no lo establece, podemos entender que esta resolución se podrá impugnar judicialmente en el plazo de dos meses, de conformidad con la regla general dispuesta en el art. 780.1 LEC.

### 2.3. *Los instrumentos de protección frente al desamparo en España: breve referencia a su publicidad registral*

Para solucionar esta situación de desamparo, el legislador prevé diferentes medidas, cuyo elemento común, en aras de proteger al menor ante la gravedad de esta situación, es su alejamiento del núcleo familiar, un alejamiento que puede ser temporal o definitivo. Estas medidas, algunas de las cuales también se regulan en algunas Comunidades Autónomas y que se examinarán posteriormente, se refieren a la guarda provisional, la tutela legal, la guarda administrativa, el acogimiento familiar, el acogimiento residencial, la guarda con fines de adopción y la guarda de hecho. A pesar de la preferencia del legislador por la intervención en la propia familia, las situaciones descritas, y en particular los supuestos de violencia intrafamiliar<sup>44</sup>, requieren el

---

pronunciamiento controvertido atendido por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «La sentencia de la semana. Interés del menor y mayores interesados», 2010. Disponible en <http://garciamado.blogspot.co.uk/2010/10/la-sentencia-de-la-semana-interes-del.html> [Consulta: 1 septiembre 2017]. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en la STEDH 24 mayo 2011 (RJ 2011\174772), el caso *Saleck Bardi* contra *España*, condenando al Estado español a pagar 30.000 euros por el daño moral provocado a la madre biológica al imposibilitar el retorno por falta de diligencia en el procedimiento. MARÍN GARCÍA, Ignacio, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Daniel, «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo», *Indret*, 2, 2010, pp. 1-38. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/741\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>43</sup> La resolución que determine la indemnización en este caso será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre la naturaleza de la obligación incumplida por la Administración, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización», *op. cit.*, p. 128, manifiesta que «las obligaciones de la entidad pública no son de resultado, sino de medios, y por tanto su incumplimiento no deriva sólo del perjuicio en sí, sino de que éste traiga causa de haber privado de hecho y sin fundamento suficiente –o sea, de forma antijurídica– de la patria potestad a quienes siguen ostentando su titularidad».

<sup>44</sup> En este sentido, la STEDH 13 julio 2000 (TEDH 2000\391), en el caso *Scozzari y Giunta* contra *Italia* precisa que existen situaciones que merecen protección, aunque no violen el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en supuestos de violencia intrafamiliar, cuando la mujer presenta trastornos de la

alejamiento del menor del núcleo familiar, aunque en algunos casos<sup>45</sup> los tribunales eviten la declaración de desamparo por las alteraciones afectivas que se podrían causar al menor.

Con anterioridad al análisis de las medidas arbitradas en las situaciones de desamparo, conviene referirnos a la publicidad registral en materia de protección de menores, regulada en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>46</sup>, que se encuentra parcialmente en *vacatio legis*<sup>47</sup> después de sucesivas prórrogas hasta el 30 de junio de 2018, de conformidad con la Disposición Final 10. Antes de la aprobación de esta norma, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución<sup>48</sup> de 22 de junio de 1996, había considerado como inadmisibile la inscripción de la tutela legal en el Registro civil, por tener su origen en un hecho que generaba una situación jurídica cuya constitución correspondía a un órgano administrativo, como exigía el art. 218 CC. En consecuencia, no se producía una afectación al estado civil del menor, y además la suspensión de la patria potestad tenía carácter temporal. Sin embargo, en la Resolución<sup>49</sup> de 30 de mayo de 2006 admitió la anotación de la declaración de desamparo con efectos de mera publicidad. Mediante la aprobación de la Ley 20/2011 y por la trascendencia de estas resoluciones –especialmente la segunda–, el art. 40 de la Ley 20/2011 permite anotar con valor informativo y con expresión de sus

---

personalidad y es incapaz para cuidar de los menores. En este caso, si las autoridades competentes no ponen los medios necesarios para no comprometer de manera definitiva las posibilidades del retorno del menor, se producirá la violación del citado precepto. De conformidad con el ATS 1 abril 2014 (JUR 2014\109705), las situaciones de violencia intrafamiliar pueden generar la declaración de desamparo por incumplimiento de los deberes de protección del menor impuestos a los progenitores. Por su parte, la SAP Murcia 20 septiembre 2012 (JUR 2012\369768), señalaba que la madre era víctima de esta violencia y carecía de habilidades sociales, además de no ser receptiva a las pautas relativas al cuidado de los hijos. Igualmente, la SAP León 2 abril 2014 (JUR 2014\126024), explicaba que, aunque la madre se encontraba residiendo con sus tres hijos en una casa de acogida para mujeres víctimas de la violencia de género, presentaba tales niveles de ansiedad y depresión, que pese al tratamiento recibido, mantenía una relación con los menores caracterizada por la ausencia de normas, castigo físico y amenazas. La SAP Almería 27 junio 2014 (JUR 2014\202816), detallaba que la madre, menor de edad y víctima de violencia de género, había rechazado la colaboración de los servicios sociales e incumplido de forma reiterada el régimen de visitas establecido a su favor respecto de su hijo sometido a acogimiento residencial, que pasó al régimen de acogimiento preadoptivo. En relación con estas situaciones de violencia de género que generan desamparo, véanse también las SAP Soria 13 mayo 2013 (JUR 2013\201565), SAP Barcelona 4 julio 2013 (JUR 2013\337092), SAP Palencia 14 noviembre 2013 (JUR 2013\369955), SAP Barcelona 10 junio 2014 (JUR 2014\227595).

<sup>45</sup> En este sentido se expresa la SAP Asturias 17 septiembre 2007 (JUR 2008\50750), que otorga la guarda y custodia de tres menores a los abuelos paternos pese a que el padre ha cometido maltratos, obligando al padre a abandonar esa vivienda para evitar el riesgo de alienación de la madre.

<sup>46</sup> BOE 22 julio 2011.

<sup>47</sup> Esta *vacatio legis* no afecta al art. 49.2, que se refiere a la alteración del orden de los apellidos del recién nacido, ni al art. 53, que regula el cambio de apellidos por declaración de voluntad.

<sup>48</sup> BOE 16 julio 1996.

<sup>49</sup> BOE 7 julio 2006.

circunstancias, a petición de los interesados o del Ministerio Fiscal, el procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar al contenido del Registro, con inclusión de las demandas de modificación de capacidad, así como la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia del menor. En esta línea, el art. 48 exige que las Entidades Públicas competentes promuevan la inscripción de menores en situación de desamparo y la tutela legal, así como que el Ministerio Fiscal inste la inscripción de menores no inscritos. Igualmente, el art. 18 permite inscribir en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones, constitución y modificación de cargos tutelares, las medidas judiciales sobre guarda de menores, la vigilancia o control de estos cargos tutelares, bajo la denominación de Libro de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos. También accederán al Registro Civil, por orden del Letrado de la Administración de Justicia, las sentencias y otras resoluciones dictadas en este tipo de procedimientos de protección de menores, conforme al art. 755 LEC. Para concluir, el art. 22 *ter* de la Ley Orgánica 1/1996 prevé la creación de un sistema de información estatal sobre protección de menores que realicen las Entidades Públicas y la Administración General del Estado para conocer y realizar un seguimiento de las situaciones de protección.

### 2.3.1. La guarda provisional, la tutela legal y la guarda administrativa

La primera medida que puede adoptar la Entidad Pública es la *guarda provisional*, una novedad introducida por la Ley 26/2015 en el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1996. En virtud de este instrumento, la Entidad Pública, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata al menor desamparado, puede asumir su guarda provisional, comunicándolo al Ministerio Fiscal. En virtud de esta guarda, la Entidad Pública deberá practicar las diligencias de identificación del menor e investigar sus circunstancias, para determinar la situación real de desamparo. La ejecución de la guarda provisional presenta como ventajas que permite una intervención inmediata sin las dilaciones derivadas del procedimiento administrativo para declarar el desamparo, y dotando de seguridad jurídica a la separación del menor de su familia.

De conformidad con los arts. 172.4 y 239.2.1 CC, una vez que se han realizado estas actuaciones de comprobación que, aunque no lo especifica se entiende que deberán realizarlas la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal, y se haya constatado que existe la situación de desamparo pero que otras personas pueden asumir la tutela, se promoverá el nombramiento de un tutor. El precepto no precisa el plazo en el que deben realizarse las investigaciones relativas a la determinación del desamparo ni el plazo para formalizar el nombramiento de un tutor. Este hecho resulta paradigmático,

a la vez que criticable, porque el Preámbulo de la Ley 26/2015 afirma que la guarda provisional debe tener límites temporales, para evitar situaciones de inseguridad jurídica. Respecto de la ausencia de plazo para declarar el desamparo, posiblemente el legislador lo haga para evitar una eventual anulabilidad del acto administrativo que lo declare, aunque, de conformidad con el art. 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>50</sup>, las actuaciones administrativas realizadas fuera de plazo solamente serán anulables cuando lo imponga la naturaleza del plazo. En este caso, se podría adoptar el plazo de siete días contenido en la *Child Assessment Order*, que analizaremos posteriormente, como marco de referencia temporal. En el caso de que no se nombre un tutor, el Ministerio Fiscal deberá promover la adopción de las medidas más adecuadas, conforme al art. 171.4 CC y al art. 14.2 de la Ley Orgánica 1/1996. El problema que plantea el nombramiento judicial de un nuevo tutor es la eventual concurrencia de la patria potestad con la tutela ordinaria cuya titularidad corresponda a otro tutor, sin atender a la suspensión de su ejercicio. Por ello, ante la imposibilidad de constituir un acogimiento familiar, la Entidad Pública, sin necesidad de disponer de una declaración previa de desamparo que habilite la medida y sin requerir de la solicitud de los progenitores o tutores, puede establecer una guarda mediante el acogimiento residencial, formalizada con una resolución administrativa que comunicará al Ministerio Fiscal.

En caso de que la valoración del tutor sea negativa, la Entidad Pública deberá asumir la tutela del menor<sup>51</sup>, según los arts. 172.4 y 239.2.1 CC. Podría resultar llamativa la institución de oficio de la tutela, pero la potestad de autotutela habilita a la Administración a su realización a través de los actos administrativos, que están dotados de ejecutividad, es decir, presunción de validez, y ejecutoriedad u obligatoriedad *per se*, aunque no se establezcan unas obligaciones y responsabilidades<sup>52</sup>. Además, la Administración, en ejercicio de una potestad heteroatribuida por los arts. 171.4 CC y 14.2 de la Ley Orgánica 1/1996, puede perfectamente crear esta guarda, algo que solamente sería cuestionable si la Administración, en ejercicio de una potestad

<sup>50</sup> BOE 2 octubre 2015.

<sup>51</sup> DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización», *op. cit.*, pp. 143-144, señala que «sólo esto explica que, vigente la tutela administrativa, los padres o el tutor dispongan de un plazo de dos años desde que se les notificó para solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo».

<sup>52</sup> Cfr. TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», *op. cit.*, p. 153, quien alude que «en el plazo en que se practican las diligencias la tutela del menor no la tiene la Entidad Pública, con lo que asume la guarda no se sabe muy bien en qué concepto, tampoco se especifica cuáles son las obligaciones y las responsabilidades de la Entidad Pública mientras dura esta guarda aparte de practicar las diligencias para investigar sus circunstancias».

autoatribuida, habilitase esta actuación mediante un reglamento previo elaborado por ella misma. A su vez, el art. 239.2 CC exige que, con anterioridad a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, se tenga que acordar la suspensión o la privación de la patria potestad. Cuando esta regla es aplicada por el juez civil, nada obsta a que en la misma resolución coexistan ambas decisiones, aunque los efectos sobre la patria potestad dependerán de si el menor se encuentra sujeto a la tutela administrativa o a la guarda provisional: en el primer caso, solo cabe acordar la privación total, porque la suspensión o privación parcial se contendrán en la declaración de desamparo; en el segundo, debe acordarse la suspensión porque la guarda provisional no afecta por sí misma a la patria potestad. En el caso de que se haya privado o suspendido la patria potestad, o que la extinción de la tutela ordinaria corresponda a una condena establecida por una sentencia penal firme al progenitor que sea su único titular, no se podrá nombrar el nuevo tutor en la misma resolución.

En el caso de constatarse que un menor se encuentra en una situación de desamparo, la medida que debe impulsar la Administración por ministerio de la ley<sup>53</sup> es la *tutela legal*. La naturaleza de este mecanismo se corresponde con una potestad administrativa de Derecho Público abstracta y general, que crea una relación de especial sujeción entre la Administración y los menores, desplazando a los progenitores, tutores o guardadores, en contraposición con la patria potestad o la tutela ordinaria. Esta denominación<sup>54</sup> creemos que es la más adecuada porque la habilitación de la Entidad Pública es heterónoma, mediante la regulación estatal y la autonómica<sup>55</sup>. La articulación de la tutela legal se vehicula mediante el acogimiento, a cuyo análisis posterior nos remitimos; por ello, podría ser conveniente la creación de una guarda automática<sup>56</sup> de la Administración para que solamente se asuma la guarda

<sup>53</sup> Esta medida se encuentra regulada en los arts. 172-174 y 176 *bis* CC y en los arts. 12, 18, 19, 19 *bis*, 20, 21 y 21 *bis* de la Ley Orgánica 8/2015.

<sup>54</sup> TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», *op. cit.*, p. 157, aclara que los conceptos que pueden utilizarse como sinónimos de la *tutela legal* son la tutela por ministerio de la ley, la tutela automática, la tutela asistencial y la tutela administrativa.

<sup>55</sup> La tutela legal se regula en Extremadura (art. 11), Asturias (art. 35), Murcia (arts. 22-25), la Comunidad de Madrid (arts. 51-56), Canarias (arts. 52-54), Andalucía (arts. 23-25), Castilla y León (arts. 81-83), Navarra (arts. 63-65), el País Vasco (arts. 60-62), Baleares (art. 73), La Rioja (art. 52), la Comunidad Valenciana (art. 103), Cantabria (art. 68), Galicia (arts. 61-62) y Castilla-La Mancha (arts. 53-63).

<sup>56</sup> CASAS PLANES, María Dolores, «El menor de edad desamparado», *op. cit.*, p. 1818, apunta esta posibilidad de la guarda automática, y considera que «siempre que la desasistencia se deba a motivos económicos o de salud, se debería aplicar por la Administración en primer lugar, las ayudas (psico-sociales, personales y económicas) que no impliquen una separación del menor [...] en el caso de que dichas medidas no sean efectivas sin la separación del menor [...] se debería asumir automáticamente por la Administración *ex lege* solo la guarda y no la tutela automática».



asistencial y no la tutela del menor, para decidir en cada caso, de manera gradual y proporcionada, si conviene la suspensión de la patria potestad o su privación.

La previsión de la tutela legal en el art. 172.1 CC se realizó mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción<sup>57</sup>. Su establecimiento, compatibilizado con la patria potestad y con la tutela ordinaria, permitió que todas las Comunidades Autónomas pudiesen desarrollar<sup>58</sup> la configuración de esta tutela legal, a excepción de Cataluña, que regula directamente el acogimiento. Sin embargo, el art. 239 CC debía interpretarse conforme a la competencia exclusiva estatal en materia de legislación civil, contenida en el art. 149.1.8ª CE, respecto de la tutela legal que corresponde a la Administración sobre los menores desamparados sin progenitores ni tutor. Esta precisión ha provocado un desajuste normativo<sup>59</sup> –que han pretendido solucionar la Ley Orgánica 1/1996 y la Ley 26/2015– en el reparto competencial y en la asunción de la guarda como consecuencia del ejercicio de la potestad administrativa derivada de la situación de desamparo, en lugar de como una prestación de servicio público<sup>60</sup>.

Respecto de los requisitos de aplicación de la tutela legal, el supuesto de hecho habilitador de este instrumento es la determinación de la situación de desamparo, y los sujetos protegidos se concretan en: el menor de edad nacional y el extranjero<sup>61</sup> –considerado menor de edad en el caso de no poderlo determinar– declarado en desamparo cuando no se pueda realizar la repatriación, configurado como el instrumento preferente; el mayor de edad incapaz cuando ninguna de las personas

<sup>57</sup> BOE 17 noviembre 1987.

<sup>58</sup> DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización», *op. cit.*, p. 117, explica que la Ley 21/1987 partiendo de la vinculación con el acogimiento y la adopción, reguló la guarda administrativa «compatible con la patria potestad o con la tutela ordinaria [...] convirtió de hecho en una competencia de desarrollo legislativo la que los Estatutos de Autonomía atribuían a todas las Comunidades Autónomas como exclusiva».

<sup>59</sup> DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización», *op. cit.*, p. 118, expresa que esta incoherencia normativa se encuentra «fundada en el intento de privatizar la tutela administrativa para salvar la falta de competencia del legislador estatal frente a los autonómicos.

<sup>60</sup> Pueden observarse dos manifestaciones de estos desajustes normativos en la STC 298/1993 de 18 de octubre, RTC 1993\298, donde la Junta de Andalucía asumió la guarda a instancia de la madre de un recién nacido que estaba siendo atendido por dos guardadores de hecho, y en la STC 206/1994 de 3 de octubre, RTC 1994\206, cuando la Generalitat de Cataluña declaró el desamparo y asumió la tutela de unos menores para asegurar su escolarización obligatoria, cuando los progenitores no habían incumplido ninguno de los otros deberes derivados de la patria potestad.

<sup>61</sup> De conformidad con el art. 22.2 CC, el menor de edad extranjero que resida un año en España puede naturalizarse español si ha estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento durante dos años consecutivos, e incluso si esta situación continúa en el momento de la solicitud.

previstas en el art. 234 CC sea nombrado tutor, de conformidad con el art. 239 CC; los mayores de edad incapaces<sup>62</sup> que se encuentren en situación de desamparo; y, según el art. 239 *bis*, las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente cuando no haya sido constituida la tutela, o si se encuentran en situación de desamparo, con la obligación de comunicarlo a la autoridad judicial. La determinación de las entidades encargadas de proteger a estos menores se encuentra remitida a la regulación de las diferentes Comunidades Autónomas, según la Disposición Final 22 de la Ley Orgánica 1/1996.

El principal efecto de la tutela legal, más allá de la protección al menor desamparado, es la suspensión de la patria potestad. En consecuencia, la Administración debe ostentar la representación legal y administrar el patrimonio del menor, pudiendo anular los actos que le sean perjudiciales, según los arts. 267 y 270 CC, y prepararle para la vida independiente durante dos años antes de la mayoría de edad y una vez cumplida esta, según el art. 22 *bis* de la Ley Orgánica 1/1996. Esta tutela se extingue por las causas detalladas en el art. 172 CC, referidas a las contenidas en sede de tutela ordinaria en los arts. 276 y 277 CC, el traslado voluntario al extranjero, el cambio de Comunidad Autónoma, y el transcurso de seis meses desde que el menor haya abandonado el centro de protección<sup>63</sup>. Por lo que respecta a la remoción del tutor, además, de las causas generales de remoción previstas para la tutela ordinaria en el art. 247 CC, se añade un supuesto contenido en el art. 173.3 CC, relativo a la existencia de problemas graves de convivencia entre el menor y los guardadores.

Finalmente, otra medida que se puede solicitar es la *guarda administrativa*<sup>64</sup>, que se encuentra regulada en el art. 172 *bis* CC y en el art. 19 de la Ley Orgánica 1/1996, así

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ MORATA, Federico Andrés, «El acogimiento de menores», *Aranzadi civil*, 3, 1997, p. 135, detallaba que «el acogimiento puede operar tanto respecto de los menores de edad, estén o no incapacitados, como respecto de los mayores de edad incapacitados. La menor edad y la incapacitación son instituciones merecedoras de la especial protección que prevé el acogimiento familiar». Sobre el acogimiento de las personas mayores, véase TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, MORETÓN SANZ, María Fernanda, LÓPEZ PELÁEZ, Patricia (coords.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 234-256.

<sup>63</sup> TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», *op. cit.*, p. 180, propone añadir otras causas que actualmente no contempla el precepto, que se concretan en la recuperación de la tutela, por la resolución que ponga fin a las medidas de las personas que tengan la capacidad modificada judicialmente en los supuestos en que estuvieran sometidos a tutela administrativa, por el cese de la situación de desamparo y por la constitución de la tutela ordinaria o adopción.

<sup>64</sup> TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», *op. cit.*, p. 181, explica que existen otras denominaciones como guarda, guarda legal, guarda asistencial, guarda voluntaria y guarda rogada.

como en algunas Comunidades Autónomas<sup>65</sup>. Este instrumento permite que la Administración, en los casos que proceda legalmente<sup>66</sup>, asuma la guarda del menor de manera temporal como consecuencia de una solicitud extrajudicial de los progenitores, tutores o de la autoridad judicial en determinadas circunstancias graves y transitorias<sup>67</sup>. La guarda solicitada por la autoridad judicial, bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, se articula para evitar al menor un peligro o un perjuicio, una medida que se puede adoptar en un proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con el art. 158.6 CC. La aplicación de esta institución no implica la suspensión de la patria potestad sino una delegación de determinadas funciones que integran su contenido; en consecuencia, los progenitores mantienen sus obligaciones respecto de los menores. El plazo de la guarda solicitada por los progenitores o tutores no puede superar los dos años, salvo que sea aconsejable la prórroga en interés del menor, a cuya finalización será retornado a los progenitores o declarado en desamparo si procede.

### 2.3.2. El acogimiento residencial, las modalidades de acogimiento familiar, la guarda con fines de adopción y la guarda de hecho

La guarda provisional, la tutela legal y la guarda administrativa se ejercen mediante el acogimiento, como medida de protección de los menores en situación de desamparo. Esta figura se encuentra regulada<sup>68</sup> en el art. 172 *ter* CC, cuyas modalidades se expresan en el acogimiento familiar, dispuesto en los arts. 20 y 20 *bis* de la Ley Orgánica 1/1996 y en diferentes mecanismos en la legislación autonómica<sup>69</sup>, y en el

<sup>65</sup> La guarda administrativa se encuentra establecida en Extremadura (arts. 18-22), Asturias (arts. 39-42), Murcia (arts. 27-30), la Comunidad de Madrid (arts. 61-64), Canarias (arts. 56-59), el País Vasco (arts. 64-68), La Rioja (arts. 66-69), la Comunidad Valenciana (arts. 105-108), Cataluña (arts. 120-124), Cantabria (art. 69), Galicia (arts. 64-67) y Castilla-La Mancha (arts. 64-66).

<sup>66</sup> Este concepto jurídico indeterminado puede concretarse en los casos en los que la Entidad Pública se niega a asumir la guarda, en los procedimientos de filiación, y en los procedimientos de nulidad matrimonial, separación o divorcio contenciosos ante la ausencia de consenso entre los cónyuges.

<sup>67</sup> Estas pueden concretarse en la ausencia de familiares cercanos que puedan asumir la guarda, pobreza, desempleo, enfermedad grave o drogodependencia.

<sup>68</sup> LÓPEZ AZCONA, María Aurora, «Luces y sombras», *op. cit.*, pp. 17-18, explica que el concepto de acogimiento del Código Civil ha sido simplificado por la elusión a que la guarda derivada del acogimiento la ejercerá la Entidad Pública.

<sup>69</sup> Finalmente, el acogimiento familiar se encuentra previsto en esta forma y en otras modalidades que se especifican en Extremadura (arts. 23-27), Asturias (distingue entre el acogimiento familiar administrativo, regulado en los arts. 47-51, y el acogimiento familiar judicial, dispuesto en los arts. 52-54), Murcia (regula el acogimiento familiar en los arts. 31-34, y el acogimiento preadoptivo en los arts. 35-46), la Comunidad de Madrid (arts. 57-60), Canarias (arts. 64-67), Andalucía (arts. 26-29), Castilla y León (regula el acogimiento familiar en los arts. 90-94, y el acogimiento preadoptivo en el art. 105), Navarra (arts. 67-70), el País Vasco (arts. 69-74), Baleares (regula el acogimiento familiar simple, el permanente y el preadoptivo en los arts. 82-86), La Rioja (arts. 79-86), la Comunidad Valenciana (regula el acogimiento familiar en los arts. 115-117 y el acogimiento preadoptivo en el art. 118), Cataluña (regula

acogimiento residencial, previsto en el art. 21 y en la normativa autonómica<sup>70</sup>. El internamiento en la modalidad de *acogimiento residencial*, que deberá ser de la menor duración posible, no podrá superar los tres meses. El Director o responsable del centro público o privado que acoja al menor –como viviendas asistidas y hogares funcionales– ejerce la guarda. Estos centros tienen unas obligaciones<sup>71</sup>, detalladas en el art. 21, que están relacionadas con el bienestar del menor –cuyo cumplimiento tendrá que ser objeto de inspección semestral por el propio centro–, la habilitación administrativa del centro, su registro y la elaboración de un reglamento interno de funcionamiento. Además, el Ministerio Fiscal tiene encomendado el control de la ejecución del acogimiento. La última reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 8/2015 introduce una modalidad de *acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta*, establecido en el art. 25 de la Ley Orgánica 1/1996. Este mecanismo solo se aplica cuando no existan otras medidas posibles para solucionar la situación de desamparo, porque conlleva la limitación de la libertad del menor como consecuencia de su conducta antisocial, y los progenitores no tienen facultades de corrección sobre estos menores. La ejecución guarda analogía con el acogimiento residencial, y se revisará trimestralmente por parte de la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, debido a la gravedad del supuesto de hecho habilitador. No se ha previsto un plazo máximo para su aplicación, sino que será el necesario para solucionar esta problemática. Esta medida no podrá aplicarse en casos de enfermedades mentales que requieran de un tratamiento específico.

En el *acogimiento familiar*, el menor se integrará en la familia que determine la Entidad Pública, que ejercerá la guarda del menor; en consecuencia, supone una intervención menos gravosa que las dos modalidades de acogimiento residencial, porque permite el desarrollo del menor en un entorno asimilable al de cualquier otro que no se encuentre en situación de desamparo. Por ello, es la modalidad preferente del legislador, especialmente en los menores de seis años, y absolutamente prioritaria en los menores

---

el acogimiento familiar en los arts. 125-130, y el acogimiento preadoptivo en los arts. 147-150), Cantabria (arts. 75-76), Galicia (art. 70) y Castilla-La Mancha (arts. 72-77).

<sup>70</sup> El acogimiento residencial en centros de protección se encuentra dispuesto en Asturias (arts. 60-66), la Comunidad de Madrid (arts. 65-66), Canarias (68-72), Andalucía (arts. 36-45), Castilla y León (arts. 95-99), Navarra (art. 71), el País Vasco (arts. 75-81), Baleares (arts. 87-91), La Rioja (arts. 87-91), la Comunidad Valenciana (arts. 109-114), Cataluña (regula el acogimiento en una unidad convivencial de acción educativa, en el art. 131, y el acogimiento en centro, en los arts. 132-145), Cantabria (art. 77), Galicia (art. 71) y Castilla-La Mancha (arts. 78-82).

<sup>71</sup> Se refieren a cubrir sus necesidades básicas y garantizar sus derechos y desarrollo, crear un plan individual de protección del menor y revisarlo periódicamente, fomentar la convivencia entre hermanos, promover la colaboración familiar i potenciar salidas con estos familiares, potenciar la educación integral y su integración en el entorno comunitario, regular una normativa interna de funcionamiento, administrar medicamentos bajo prescripción facultativa, coordinarse con los servicios sociales, preparar la vida independiente del menor, y proteger sus datos personales.

de tres años, salvo que no sea aconsejable para su interés superior. El art. 173 *bis* CC distingue tres modalidades de acogimiento familiar: el *acogimiento familiar de urgencia*, destinado a los menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses; el *acogimiento familiar temporal* –conocido como acogimiento familiar simple en la redacción anterior del precepto–, con una duración máxima de dos años, por la futura reintegración del menor en su propia familia o porque se adopte otra medida como el acogimiento familiar permanente o la adopción; y el *acogimiento familiar permanente*, que se constituye al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal si no es posible la reintegración en el núcleo familiar, o cuando el menor tenga necesidades especiales o sus circunstancias lo aconsejen. El acogimiento preadoptivo de la regulación estatal, que también disponen el legislador catalán y algunos autonómicos y a cuyo análisis posterior nos remitimos, ha pasado a formar parte del procedimiento de adopción.

Cualquier modalidad de acogimiento familiar se podrá ejercer por una persona seleccionada por la Entidad Pública que sea mayor de edad y con plena capacidad de obrar, un requisito que excluye a quien no tenga capacidad para ser tutor. El procedimiento administrativo que determina el acogimiento atiende unos criterios para concretar el sujeto acogedor como la situación familiar, la aptitud educadora y la capacidad para atender al menor de acuerdo con el plan individual de atención. A estos efectos, no se considerará relevante para el procedimiento su orientación sexual, una precisión que algunas Comunidades Autónomas han dispuesto específicamente<sup>72</sup>. Este acogimiento se puede articular en las siguientes familias: una familia ajena; una familia especializada mediante cualificación y experiencia para acoger a menores desamparados, con la correspondiente compensación económica; una familia profesionalizada, que a diferencia del caso anterior mantienen una relación laboral con la Entidad Pública; o mediante la familia extensa del menor, un supuesto que de ser posible resulta preferente en la regulación estatal y en algunas Comunidades Autónomas<sup>73</sup>. Este acogimiento cesa por las causas establecidas en el art. 173.4 CC,

<sup>72</sup> Véanse Extremadura (art. 8.1 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, BOE 9 mayo 2003), Asturias (art. 8 de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, BOE 2 julio 2002), Andalucía (art. 9 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, BOE 13 enero 2003), Navarra (art. 8.2 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, BOE 6 septiembre 2000), el País Vasco (art. 7 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, BOE 25 noviembre 2011), Baleares (art. 7 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, BOE 16 enero 2002), y Cantabria (art. 11 de la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, BOE 7 junio 2005).

<sup>73</sup> También resulta preferente en Asturias (art. 44), Canarias (art. 61.2), Andalucía (art. 27), Castilla y León (art. 91), La Rioja (art. 75), Cantabria (art. 37.4), Galicia (art. 69) y Castilla-La Mancha (art. 30).

relativas a la existencia de una decisión judicial, por resolución de la Entidad Pública, por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor y por la mayoría de edad del menor. Además, también se podrá extinguir por la modificación de la capacidad de los acogedores, por el transcurso del plazo del acogimiento, por la adopción del menor o por la constitución de la tutela ordinaria. El principal efecto del acogimiento se concreta en la participación del menor en la vida familiar, de la que se derivan unas obligaciones para los acogedores, relativas a tenerlo en su compañía, proporcionarle alimentos, educación y una formación integral. Asimismo, el menor tendrá derecho a relacionarse con la familia de origen porque en ningún caso se crea un vínculo de parentesco con la familia acogedora, que únicamente ostenta la guarda<sup>74</sup> del menor; en consecuencia, tampoco tendrán funciones patrimoniales para la administración de los bienes del menor. La Administración deberá revisar<sup>75</sup> cada seis meses este acogimiento, una exigencia contenida en el art. 172.2 CC en virtud de la reforma operada por la Ley 26/2015. El tiempo de ejecución de esta medida resulta crucial porque su prolongación, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>76</sup>, hace que revocarla y retornar al menor con su propia familia pueda ser contrario a su interés superior.

La *guarda con fines de adopción* se configura como un instrumento mediante el cual la Entidad Pública delega la guarda de un menor declarado en desamparo en las personas que reúnan los requisitos para adoptar, contenidos en el art. 175 CC, que hayan

<sup>74</sup> LÓPEZ AZCONA, María Aurora, «Luces y sombras», *op. cit.*, pp. 24-25, considera que debería denominarse subdelegación de la guarda porque la guarda delegada la tienen los propios acogedores, y sugiere que, en lugar de comunicar esta guarda a los progenitores, debería darles también audiencia. Finaliza proponiendo el establecimiento de un régimen normativo de obligaciones y responsabilidades para los subacogedores.

<sup>75</sup> Para MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo por la violencia de género», *op. cit.*, p. 163, «permitirá, a través de la revisión de oficio a cargo de la Entidad pública, que no se conviertan en medidas definitivas la declaración de desamparo y el acogimiento, cuando las circunstancias han cambiado y sea conveniente para el interés del menor el retorno a su familia de origen».

<sup>76</sup> La STS (1ª) 9 julio 2015 (RJ 2015\2562), considera que para apreciar la procedencia del retorno debe atenderse «al tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico». En el mismo sentido, se expresa la SAP Barcelona 10 junio 2014 (JUR 2014\227595), cuando en caso de depresión y ansiedad de la madre por violencia de género, el menor fue dado en acogimiento preadoptivo y, posteriormente, esta situación cesó y que la violencia familiar desapareció porque se divorció. Véanse también MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo por la violencia de género», *op. cit.*, p. 167, y DE TORRES PEREA, José Manuel, *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2009, p. 27.

consentido y hayan sido preparadas y asignadas para esta adopción, con la finalidad de que se inicie la convivencia preadoptiva. Los derechos y obligaciones de los guardadores se corresponden con los que tienen los acogedores familiares. La Entidad Pública suspenderá las visitas con la familia de origen porque esta guarda supone el inicio de un vínculo de parentesco, salvo que judicialmente se estime oportuno lo contrario si consta esta posibilidad en la declaración de idoneidad de los futuros adoptantes.

El último mecanismo de protección de la infancia al que debemos referirnos es la *guarda de hecho*<sup>77</sup>. Esta figura se establece en los arts. 303, 304 y 306 CC, y permite que una persona física o jurídica distinta de la familia de origen asuma el cuidado de un menor sin intervención administrativa ni judicial, ejerciendo las funciones de guarda relativas a su custodia, protección y gestión de patrimonio. Los preceptos del Código Civil únicamente reconocen la existencia del guardador de hecho, prevén los supuestos de plena eficacia de los actos realizados por el guardador de hecho, establecen el derecho al resarcimiento por daños y perjuicios, y permiten la aplicación análoga del art. 220, relativo a la tutela. La falta de intervención administrativa y judicial dificulta la acreditación de la condición de guardador por tratarse de una situación de hecho<sup>78</sup>. Cabe precisar que esta figura ha quedado reforzada por la reforma de la Ley 26/2015 en la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad<sup>79</sup>.

Resulta necesario destacar que la redacción del art. 303 CC se ha visto recientemente modificada por la Ley 26/2015, adaptando la doctrina que el Tribunal Supremo estableció en su pronunciamiento<sup>80</sup> de 27 de octubre de 2014. El Alto Tribunal señaló que cuando un guardador de hecho preste asistencia a un menor por el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección, ni se excluye ni se impone la

<sup>77</sup> Atiéndanse NÚÑEZ MUÑOZ, Carmen, «La guarda de hecho», *Revista de derecho privado*, vol. 83, 6, 1999, pp. 428-448, ROGEL VIDE, Carlos, «Sobre la guarda de hecho», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 4, 2003, pp. 579-596, y ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 36-49.

<sup>78</sup> FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, p. 89, advierte que «el principal obstáculo al que se enfrenta la guarda de hecho para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación de su existencia».

<sup>79</sup> BOE 26 marzo 2009.

<sup>80</sup> RJ 2014\5183.

declaración de desamparo, porque son las circunstancias concretas de la guarda de hecho las que van a determinar la concurrencia de una falta de asistencia. Por el contrario, cuando el menor no se encuentre en esta situación, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, la remoción de tutela o el nombramiento de tutor. En este sentido, el art. 303 CC precisa que, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle información de la situación y bienes del menor y su actuación para protegerle, pudiendo establecer medidas de control y vigilancia. Adicionalmente, se podrán atribuir cautelarmente facultades tutelares a los guardadores hasta que se constituya una medida de protección adecuada, o constituir un acogimiento temporal con los guardadores como acogedores.

### 3. LA DEFENSA CONTRA EL RIESGO Y EL DESAMPARO EN CATALUÑA

La Generalitat de Cataluña asumió las competencias en materia de protección de menores en virtud del art. 9.28 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña<sup>81</sup>, actualmente derogada, y mediante el art. 166.3 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña<sup>82</sup>, que otorga a la protección del menor el carácter de derecho subjetivo, según se contiene en el art. 17. En un inicio, el legislador desarrolló la protección a los menores en distintas normas<sup>83</sup>, lo que dificultaba la localización del derecho aplicable por su asistemática y, en consecuencia, restaba unidad<sup>84</sup> de actuación. La dispersión normativa en esta materia finalizó con la aprobación de la Ley 14/2010, junto con la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia<sup>85</sup>, en adelante CCCat. Los objetivos de estas normas consisten en

<sup>81</sup> BOE 22 diciembre 1979.

<sup>82</sup> BOE 20 julio 2006.

<sup>83</sup> Véanse la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, BOE 3 agosto 1985, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, BOE 21 febrero 1992, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los menores y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, BOE 30 agosto 1995, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, BOE 19 agosto 1998, la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil, BOE 8 febrero 2002, la Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de la regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, BOE 19 junio 2002, y la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, BOE 8 agosto 2003.

<sup>84</sup> CORTADA CORTIJO, Neus, «La protección de niños y adolescentes en el Derecho Civil de Cataluña; tratamiento del riesgo y el desamparo», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 170-171, detalla que la legislación catalana actual «dota de unidad a la dispersión legislativa existente sobre dicha materia y opta por un modelo de intervención controlada basado principalmente en un sistema de prevención».

<sup>85</sup> BOE 21 agosto 2010.



agilizar la ejecución del sistema de protección de menores ante las situaciones de riesgo y desamparo, incrementar la protección de los menores maltratados –como se realiza respecto de las víctimas de violencia de género–, y limitar la potestad parental –que es la denominación de patria potestad que utiliza el legislador catalán– de los progenitores que no ejerzan su responsabilidad parental. Todo ello con el propósito<sup>86</sup> de que la propia Ley 14/2010 consiga dotar de instrumentos para prevenir el riesgo social, la desprotección y el maltrato, como se contiene en su Preámbulo.

El título quinto de la Ley 14/2010 regula el sistema de protección de los menores en situación de riesgo y desamparo. Con anterioridad a esta regulación, el tratamiento de las situaciones de riesgo se reconducía hacia la protección contra el desamparo<sup>87</sup>, al igual que sucedía en la regulación estatal; este hecho igualaba la intervención ante situaciones distintas y, en consecuencia, resultaba excesiva y desproporcionada la relativa a las situaciones de riesgo. Por el contrario, en la actualidad se prevén unas medidas diferenciadas, que se analizarán a lo largo de estos subapartados, y cuya aplicación se encuentra informada por el principio de prioridad presupuestaria<sup>88</sup>, contenido en el art. 15. Este elemento constituye una clara diferencia respecto del legislador estatal, en relación con la Disposición Final quinta de la Ley Orgánica 8/2015 y la Disposición Final vigésima de la Ley 26/2015 que indican que estas medidas no podrán incrementar el gasto público. Además, en el caso de la Ley 26/2015 resulta contradictorio con el art. 233 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>89</sup>, que se refiere al incremento de las pensiones de orfandad y en favor de familiares; lo mismo

<sup>86</sup> PADIAL ALBÁS, Adoración, «La escasa incidencia del acogimiento familiar en el sistema de protección de los menores desamparados en Cataluña», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 294-295, señala que pese a estos objetivos «entraña una verdadera declaración de principios y derechos, repleta de buenas intenciones, y que por desgracia todavía no se ha desarrollado. Lo cual es doblemente criticable, si tenemos en cuenta, que la protección de los menores desamparados todavía se regula en su mayor parte en el título V de dicha norma (LDOIA); y que no se trata de una norma completa, ya que se remite en muchos aspectos al desarrollo reglamentario que no ha tenido lugar».

<sup>87</sup> Encontramos un ejemplo en la STSJ Cataluña (1ª) 31 marzo 2011 (RJ 2011\3835), que reconduce a la protección ante una situación de desamparo estas situaciones que califica de *riesgo*: la limitación física o psíquica de los padres, la precariedad económica y laboral, la falta de un domicilio estable, la falta de apoyo de la familia extensa, la problemática personal y familiar, y los antecedentes de riesgo de los padres.

<sup>88</sup> PADIAL ALBÁS, Adoración, «La escasa incidencia del acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 307, advierte respecto del principio de prioridad presupuestaria que «los recortes presupuestarios en cualquier caso suponen la desprotección de la infancia más vulnerable. Mucho más si tenemos en cuenta que esta Ley adopta una función de prevención de la desprotección infantil».

<sup>89</sup> BOE 31 octubre 2015.

sucede con el II Plan<sup>90</sup> Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016, porque mediante esta inversión se favorece la igualdad y se evita que la situación de pobreza se perpetúe. El núcleo central de la regulación en esta materia se sitúa en la distinción –y por ende la diferenciación de las medidas a adoptar– entre las situaciones de riesgo, reguladas en los arts. 102-104, y de desamparo, correspondientes a los arts. 105-150, lo que permite que la protección de menores sea progresiva, evolucionando de la prevención del riesgo a la intervención ante el desamparo. Además, la Administración competente para intervenir también es diferente, porque si se trata de una situación de riesgo la Administración local es la competente, como sucede en Inglaterra y Gales, mientras que en un supuesto de desamparo es un organismo autónómico creado *ad hoc*, denominado Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia –en adelante DGAIA–, el encargado de ejecutar la protección.

### 3.1. Las situaciones de riesgo y su prevención

La actividad del legislador catalán en las situaciones de riesgo consiste en realizar una detección anticipada, para articular unos mecanismos de prevención en el núcleo familiar del menor y cumplir dos objetivos: eliminar de la situación de riesgo e impedir que evolucione hacia el desamparo<sup>91</sup>. En consecuencia, el riesgo se configura como el elemento central de la regulación mediante su localización y prevención. La principal diferencia con el legislador estatal y los legisladores autonómicos es precisamente que no prevén una intervención administrativa tan detallada para estas situaciones, ni en ocasiones unos supuestos<sup>92</sup> para su adecuada detección. El objeto de intervención recae sobre las situaciones de riesgo social en las que concurren unos factores que evidencien que el menor esté desatendido en sus necesidades básicas, o que se le ocasione un perjuicio en su desarrollo o bienestar, de conformidad con los arts. 77 y 78 de la Ley 14/2010. Para detectar estas situaciones, el art. 80 dispone la creación de un

<sup>90</sup> MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016. Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013*, Madrid, Centro de Publicaciones, 2013, p. 13. Disponible en [http://www.observatoriodelainfancia.mssi.gob.es/documentos/pdf/II\\_PLAN ESTRATEGICO\\_INFANCIA.pdf](http://www.observatoriodelainfancia.mssi.gob.es/documentos/pdf/II_PLAN ESTRATEGICO_INFANCIA.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017], «[i]nvertir en la infancia es fundamental para romper el círculo de la pobreza y reducir las desigualdades existentes en una sociedad».

<sup>91</sup> CORTADA CORTIJO, Neus, «La protección de niños y adolescentes», *op. cit.*, p. 171, amplía la voluntad del legislador catalán afirmando que «parte de la convicción que la actuación preventiva de la administración ante indicios de riesgo, la detección precoz de cualquier situación de desprotección y la aplicación de medidas correctivas o paliativas en el entorno donde se producen, va a evitar una intervención posterior más traumática, más compleja y, con toda probabilidad, menos eficaz y eficiente sobre el problema».

<sup>92</sup> Véanse la legislación de Extremadura, Asturias, Murcia, la Comunidad de Madrid, Canarias, Andalucía, Aragón, el País Vasco, La Rioja, la Comunidad Valenciana y Cantabria.

*listado de indicadores y factores de riesgo*, elaborado por colectivos técnicos y científicos y contenido en el Anexo 2 de la Orden BSF/331/2013, de 18 de diciembre, por la que se aprueban las listas de indicadores y factores de protección de los niños y adolescentes<sup>93</sup>, unos indicadores que también existen en la legislación estatal y en parte de la autonómica<sup>94</sup>. En particular, las situaciones de riesgo, definidas en el art. 102 de la Ley 14/2010, son aquellas en las que el desarrollo y el bienestar del menor están limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, y que requieren de una vigilancia de la convivencia en el núcleo familiar por parte de los servicios sociales del municipio. El precepto detalla unos supuestos<sup>95</sup> no tasados de situaciones de riesgo que, de manera indirecta, imputan una conducta negativa a los progenitores, tutores o guardadores. En cambio, existen situaciones<sup>96</sup> más imprecisas que, pese a referirse a los sujetos descritos, no suponen la imputación de una conducta concreta. En un término medio entre ambos extremos, encontramos unas circunstancias que evidencian la inejecución del deber de corrección<sup>97</sup>, o comportamientos que generan un entorno<sup>98</sup> conflictivo para el menor.

Ante estas situaciones, los servicios sociales básicos competentes deben designar a un profesional encargado de evaluar la situación en la que se encuentra el menor y realizar un seguimiento, según dispone el art. 103. Este seguimiento deberá contenerse en un expediente único del menor, que contenga todas las vicisitudes de su situación de riesgo y su evolución. Si fracasa esta prevención, los servicios especializados en infancia y adolescencia, denominados Equipos de Asistencia a la Infancia y la Adolescencia –en

<sup>93</sup> DOGC 30 diciembre 2012. Disponible en <http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/6530/1331822.pdf>.

<sup>94</sup> En concreto se trata de los legisladores de Castilla y León (art. 48), Navarra (art. 45), Baleares (art. 60), Cantabria (art. 53), Galicia (art. 49) y Castilla-La Mancha (art. 34).

<sup>95</sup> Se refieren a: la falta de atención física o psíquica, que comporte un perjuicio leve para su salud física o emocional; la utilización del castigo físico o emocional que, sin constituir un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo; la falta de escolarización en edad obligatoria; el absentismo y el abandono escolar; y las prácticas discriminatorias contra las niñas o las jóvenes, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas. CASAS PLANES, María Dolores, «El menor de edad desamparado», *op. cit.*, p. 1815, advierte de la importancia de establecer unas causas imputables por negligencia a los progenitores por incumplimiento de los deberes paterno-filiales en el ámbito de la legislación estatal.

<sup>96</sup> Son las relativas a la dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada, y las carencias que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas para su tratamiento mediante los servicios y recursos normalizados, puedan producir su marginación, inadaptación o desamparo.

<sup>97</sup> Lo encontramos en el supuesto relativo a cuando la incapacidad o la imposibilidad de controlar su conducta que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.

<sup>98</sup> Se produce ante el conflicto abierto y crónico solamente entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del menor.

adelante EAIA—, deberán elaborar un *Compromiso Socioeducativo*<sup>99</sup>, regulado en el art. 103. Su finalidad es describir el riesgo, evaluarlo y concretar las medidas de protección con la colaboración de los progenitores, tutores o guardadores y previa audiencia al menor, lo que justifica la ausencia de un procedimiento administrativo o judicial de impugnación de las medidas; en caso de no producirse esta colaboración, de conformidad con el art. 103.6, se procederá a incoar la declaración de desamparo. Estas personas deberán cumplir las medidas adoptadas con el asesoramiento y supervisión de los servicios sociales. Asimismo, los EAIA elaborarán unos programas y planes de soporte social ejecutados en el entorno del menor. Aunque el acuerdo y la negociación se presentan como un elemento positivo, para tratar de convencer de los cambios necesarios en lugar de imponerlos mediante medidas administrativas, lo cierto es que la búsqueda del consenso puede restar efectividad a las acciones que sea necesario emprender para acabar con la situación de riesgo y evitar que evolucione en desamparo que, en definitiva, es lo que persigue este estadio de intervención.

Las actuaciones concretas a adoptar se formulan nuevamente en *numerus apertus*, y comprenden medidas socioeducativas<sup>100</sup>, familiares<sup>101</sup>, personales<sup>102</sup> y sanitarias, unos instrumentos que han sido incluidos en la cartera de servicios sociales de la *Red de Servicios Sociales de atención pública*, de conformidad con el art. 24 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales<sup>103</sup>. Igualmente, se podrá contener cualquier otra medida que contribuya a la desaparición de la situación de riesgo; en este sentido,

<sup>99</sup> CORTADA CORTIJO, Neus, «La protección de niños y adolescentes», *op. cit.*, p. 176, advierte sobre la regulación del Compromiso Socioeducativo y su categorización que «la LDOIA no prevé el detalle de dicho documento [...] [u]n desarrollo reglamentario de la LDOIA arrojaría luz sobre el mismo: no resulta un tema menor la cuestión de su vigencia temporal, de la revisión de sus medidas que no aborda la vigente legislación. El propio documento tiene difícil catalogación jurídica puesto que, aún proviniendo de la administración, no constituye resolución administrativa, podría incardinarse dentro de las formas ordinarias de finalización convencional previstas para todo procedimiento administrativo en el art. 86 de la Ley 39/2015 [...] dado que no constituye resolución administrativa, no se prevé su impugnación».

<sup>100</sup> Son intervenciones relativas al establecimiento de programas socioeducativos para los progenitores, tutores o guardadores para adquirir las capacidades necesarias para el cuidado y la educación del menor, el acompañamiento del menor a los centros educativos o a otras actividades, y el apoyo psicológico o las ayudas al estudio, la atención en centro abierto y otros servicios socioeducativos, y los programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar.

<sup>101</sup> Se refieren a la orientación, el asesoramiento y la ayuda a la familia, que incluye las actuaciones de contenido técnico, económico o material dirigidas a mejorar el entorno familiar y a hacer posible la permanencia del menor, y a la ayuda a domicilio. Igualmente se comprende la atención sanitaria, que incluya la intervención psicoterapéutica o el tratamiento familiar.

<sup>102</sup> Identificamos la asistencia personal para los progenitores, tutores y titulares de la guarda con diversidad funcional que les permita asumir sus obligaciones de atención y cuidado de los menores, y la asistencia personal para los menores con diversidad funcional que les permita superar la situación de riesgo.

<sup>103</sup> BOE 6 noviembre 2007.

podemos incluir las previstas en el art. 22 *bis* de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico<sup>104</sup>, de Cataluña, que atribuye un derecho subjetivo para satisfacer los gastos inherentes al mantenimiento del menor que se encuentre en situación de riesgo. Para su efectivo reconocimiento, se deberá formalizar el *Compromiso Socioeducativo*, y los ingresos de la unidad familiar tendrán que ser iguales o inferiores al indicador de renta de suficiencia, reducibles por la percepción del derecho de alimentos o de las prestaciones recogidas en la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias<sup>105</sup>. En el caso de que estas medidas resulten efectivas y eliminen la situación de riesgo, será la Administración la que decida su finalización, aunque la norma no lo especifique. Igualmente, la inexistencia de un instrumento contradictorio de control indirecto por parte de los progenitores, tutores y guardadores sobre las medidas no debería impedir que puedan dirigirse a la Administración para solicitar su extinción<sup>106</sup>.

### 3.2. La intervención ante las situaciones de desamparo

#### 3.2.1. La determinación de las situaciones de desamparo

Las situaciones de desamparo, definidas en el art. 105 y 228-1 CCCat, son aquellas situaciones de hecho<sup>107</sup> que provocan objetivamente la ausencia de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad<sup>108</sup> del menor, cuando para alcanzar su protección sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar; en definitiva, cuando el menor, además de encontrarse en estas

<sup>104</sup> BOE 23 agosto 2006.

<sup>105</sup> BOE 8 agosto 2003.

<sup>106</sup> En este sentido, ALLUEVA AZNAR, Laura, «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia», *Indret*, 4, 2011, p. 12, expresa que «[a]unque la Ley no dice nada al respecto, se supone que debe entenderse que los padres o el propio menor pueden pedir el cese de las medidas y la Administración deberá atender tal solicitud si la situación de riesgo ha desaparecido».

<sup>107</sup> Así lo habían considerado autores como BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 28, FERRER VANRELL, Pilar, «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la 'potestad' de guarda», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, 1, 1993, p. 173, FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la Ley de Adopción*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 30, y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, 2 y 3, 1988, p. 63.

<sup>108</sup> Respecto del desarrollo integral de la personalidad, advierte EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, «La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (Propostes de nova regulació)», en UNIVERSITAT DE BARCELONA, *Materials V Jornades de Dret Català a Tossa: Cent Anys de Codi Civil Des de Catalunya*, Barcelona, PPU, 1988, pp. 182-183, que «es un elemento complicado porque puede comportar consideraciones de tipo religioso y se podría incluir en esta expresión la concepción personal, en materia religiosa o moral en sentido estricto, de aquél que haya de apreciar el desamparo», motivo por el cual proponía que se tratase de objetivar este concepto.

situaciones en las que no se ven satisfechas sus necesidades, esté desatendido por sus progenitores, tutores o guardadores. El carácter objetivo del desamparo se manifiesta en el art. 228-2 CCCat, cuando se remite a la existencia de otros factores que imposibiliten el desarrollo integral del menor. Esta definición dispuesta en la norma catalana coincide con la que se contiene en el art. 172.1 CC y con la que ofrece la Disposición Final quinta de la Ley Orgánica 1/1996. Esta situación de desamparo necesitará de su declaración administrativa, previa valoración de los EAIA. Nuevamente, el legislador catalán detalla una lista abierta de supuestos de desamparo, más pormenorizada que la dispuesta por la mayor parte de los legisladores autonómicos<sup>109</sup> y equiparable a la estatal, una previsión que justifica su estudio. En particular, el art. 228-1 CCCat prevé como situaciones de desamparo aquellas en las que el menor carece de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad. Estos supuestos no tienen que derivar necesariamente de una actuación imputable a los progenitores, tutores o guardadores –como sucede en las situaciones de riesgo–, y se refieren a la desatención<sup>110</sup> del menor, su menoscabo<sup>111</sup>, o que el estado o circunstancias de los progenitores<sup>112</sup>, tutores o guardadores impida su adecuada atención. Finalmente, puede alegarse cualquier otra desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del menor, así como la existencia de otros factores objetivos que impidan su desarrollo integral.

<sup>109</sup> Referidos a Extremadura (art. 6), Asturias (art. 31), Murcia (art. 22), Canarias (art. 46), Andalucía (art. 23), Castilla y León (art. 56), Navarra (art. 50), Baleares (art. 63), La Rioja (art. 49), Cataluña (art. 105), Cantabria (art. 61), Galicia (art. 52) y Castilla-La Mancha (art. 37).

<sup>110</sup> Comprenden las siguientes circunstancias: el abandono; el ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el menor; la desatención física, psíquica o emocional grave o cronificada; y las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravamiento determinen la privación al menor de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad.

<sup>111</sup> Estas situaciones de menoscabo se concretan en: los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación u otras situaciones de la misma naturaleza efectuadas por los guardadores o que se han llevado a cabo con el conocimiento y la tolerancia de esas personas; los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal, comprendiendo la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la gestante, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de quien maltrate a la gestante; el suministro al menor de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica por parte de los guardadores o por otras personas con su conocimiento y tolerancia; y la inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la prostitución por parte de los guardadores, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con su consentimiento o tolerancia, así como cualquier forma de explotación económica.

<sup>112</sup> Estas circunstancias son las relativas a: el trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores, tutores o guardadores, que repercuta gravemente en el desarrollo del menor; la violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del menor, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo; y la obstaculización por los progenitores, tutores o guardadores de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del menor, así como su negativa a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones.

Cualquier ciudadano –en cumplimiento del deber que ordena el art. 100–, la Administración local –conforme a lo previsto en el art. 99–, o el Ministerio Fiscal –mediante el testimonio de particulares<sup>113</sup> de una infracción cometida por un menor de edad–, deben poner en conocimiento de la Administración las circunstancias de un eventual desamparo para que la DGAIA inicie un procedimiento administrativo contradictorio para su declaración, regulado en los arts. 106-108. En este caso, la norma distingue entre los menores de catorce años y los mayores de esa edad en sus arts. 154 y 155, respectivamente. Por lo que se respecta a los menores de catorce años, el Ministerio Fiscal debe remitir a la Administración el testimonio de particulares de los hechos cometidos por los menores de catorce años para que valore si puede existir una situación de riesgo o desamparo, así como efectuar una actividad mediadora con la víctima. En cuanto a los mayores de catorce años, solamente procederá la incoación de un procedimiento para declarar la situación de riesgo o desamparo, sin la mediación aludida.

La resolución administrativa que declare el desamparo se encuentra sometida al control judicial si la impugnan los interesados en el procedimiento o el Ministerio Fiscal, puesto que a todos ellos se les debe comunicar dicha resolución en el plazo de dos días, de conformidad con el art. 108. Entre estos sujetos también se encontrará el menor, que deberá ser informado y escuchado de acuerdo con su capacidad natural, según el art. 117. En caso de que un adolescente<sup>114</sup> impugne esta resolución, se le nombrará un defensor judicial. Los progenitores que no han sido privados de la potestad parental o los tutores que no han sido removidos del cargo pueden instar al órgano administrativo competente a dejar sin efecto la declaración de desamparo en el plazo de un año, por un cambio sustancial en las circunstancias, siempre que no se haya constituido el acogimiento preadoptivo, en virtud del art. 115. Este plazo de un año debería armonizarse con el contenido en el art. 172.2 CC, que después de la reforma operada mediante la Ley 54/2007, sobre adopción internacional, se amplió a dos años. La finalidad de este cambio es evitar que se generen agravios comparativos en la práctica respecto de las posibilidades de oposición, especialmente en circunstancias variables y reversibles como la precariedad económica o laboral, la falta de un domicilio estable o la drogodependencia, en las que esta diferencia de un año puede ser

<sup>113</sup> La comunicación del Ministerio Fiscal se encuentra prevista como *actuaciones de protección por responsabilidad penal de los menores*.

<sup>114</sup> El art. 2 de la Ley 14/2010, considera adolescente el menor de edad comprendido entre los doce y los dieciocho años.

crucial<sup>115</sup>. Igualmente, también debería armonizarse con el art. 173.2 CC la posibilidad de revocar el desamparo si se considera lo más adecuado para el menor por parte de la Entidad Pública competente, el Ministerio Fiscal o cualquier persona o entidad interesada, con dos objetivos: garantizar las mismas posibilidades de revisión y recurso, y evitar agravios comparativos con el progenitor privado de potestad<sup>116</sup>, que puede solicitar su recuperación en cualquier momento si ha cesado la causa de la privación. El recurso contra la declaración de desamparo debe resolverse en el plazo de tres meses, como exige el art. 113, a cuyo fin se entiende desestimado por silencio negativo. Esta resolución deberá revisar la ejecución de la medida implementada en atención a la adaptación y a los daños que se pudieran producir en el menor con su revocación<sup>117</sup>, porque cuanto más consolidada esté esta situación, menos posibilidades materiales existen de proceder al retorno con la familia de origen.

La declaración de desamparo comporta, desde su resolución, la asunción inmediata de las funciones tutelares, la suspensión de la potestad parental y de los derechos que se deriven, el cumplimiento del deber de alimentos y el pago de los servicios utilizados por los menores, como disponen el art. 109.4 y 5 y el art. 228-8.2 CCCat. Estos efectos

<sup>115</sup> Cfr. CORTADA CORTIJO, Neus, «La protección de niños y adolescentes», *op. cit.*, p. 179-180, quien alude que «el plazo de un año parece el adecuado: por una parte, resulta suficiente para apreciar una mejora en la situación de los progenitores que aconseje la revisión del desamparo; por otra, no resulta excesivo para que la adaptación del menor a su nuevo entorno tenga efectos decisivos en la resolución». En el mismo sentido, FARNÓS AMORÓS, Esther, «Comentario a la Sentencia TSJ Cataluña, de 30 de abril de 2010 (JUR 2010, 299140) (Responsabilidad de la Administración por el imposible retorno de un menor con la familia biológica. Daño moral)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 86, 2011, p. 739, defiende que este plazo de un año es «suficiente para que una eventual mejora en la situación de los progenitores» y pretende «dotar de estabilidad la situación del menor acogido».

<sup>116</sup> En este sentido también se expresa CORTADA CORTIJO, Neus, «La protección de niños y adolescentes», *op. cit.*, p. 181, quien alude que esta imposibilidad «resulta contradictoria en relación a la vigente regulación de la privación de la potestad parental: el Código Civil de Cataluña permite al progenitor privado de potestad solicitar su recuperación en cualquier momento si ha cesado la causa que motivó la privación, excepto si el menor ha sido adoptado. Ello supone, para el progenitor suspendido por desamparo, un régimen más rígido que al privado de potestad [...] la opción de revocación debe quedar abierta en todo caso».

<sup>117</sup> En este sentido se expresan MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo por la violencia de género», *op. cit.*, p. 167, CORTADA CORTIJO, Neus, «La protección de niños y adolescentes», *op. cit.*, pp. 179-180, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, «Sentencia de 31 de julio de 2009: Impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de una menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 84, 2010, p. 1446, y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, «La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia», *Indret*, 2, 2014, p. 24. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/1048\\_\\_es\\_.pdf](http://www.indret.com/pdf/1048__es_.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].



finalizan cuando se constituye la tutela ordinaria, se adopta al menor, se le reintegra con sus progenitores o tutores con efectos revocatorios de la declaración de desamparo, o se emancipa o adquiere la mayoría de edad, según el art. 109.1 de la Ley 14/2010. Pero la declaración de desamparo también tiene unos efectos que requieren de su previsión específica en la declaración y en su ejecución, referidos a la adopción de determinadas medidas de protección, que se contienen en forma de *numerus apertus* en el art. 120, y entre las que destaca el acogimiento en sus modalidades y la guarda protectora, como se analizará a continuación.

### 3.2.2. Los instrumentos contra el desamparo: la guarda protectora, las modalidades de acogimiento y las medidas asistenciales

La adopción de la guarda protectora, el acogimiento o las medidas asistenciales debe realizarse mediante una resolución motivada, a tenor del art. 121, y puede ser revisada o modificada de acuerdo con los informes de seguimiento de los equipos técnicos competentes, según el art. 122. Es posible que la DGAIA acuerde el cese de una medida si desaparecen las circunstancias que la habían habilitado o que se extingue por una resolución judicial firme, como establece el art. 124. La declaración de desamparo y las medidas adoptadas no supondrán la eliminación del contacto del menor con sus familiares, salvo que para su bienestar sea aconsejable, o en el caso de haber acordado un acogimiento preadoptivo, de conformidad con el art. 147.3 y el art. 235-34.3 CCCat.

La *guarda protectora*, establecida en el art. 119 de una forma análoga a la guarda administrativa del legislador estatal, permite que cuando los progenitores concurren en circunstancias graves que les impidan el desarrollo normal de sus funciones de guarda, puedan solicitar a la Administración su ejercicio mediante el acogimiento familiar o residencial. Estas circunstancias deben ser involuntarias e inimputables a los solicitantes de la medida. En estos casos, el desamparo no es una situación presente sino posible, y la guarda se constituye para atenuar las consecuencias de un futuro desamparo. La legislación no establece un plazo máximo para esta guarda, aunque se trata de una medida temporal y reversible, pero sería conveniente que lo limitara en el tiempo para evitar abusos en su utilización. La Administración asume la guarda mientras que la tutela corresponde a los progenitores o tutores, cuyo ejercicio en materia de responsabilidad parental se concreta en mantener sus obligaciones respecto de los menores, incluida la obligación de prestar alimentos, que vendrán determinados en la resolución administrativa de guarda.

El legislador catalán no recoge la tutela legal, con un criterio distinto al del legislador estatal y al de la mayoría de legisladores autonómicos según hemos analizado, porque

su ejercicio se realiza mediante el acogimiento en sus distintas modalidades. Estas modalidades son el *acogimiento familiar simple*, el *acogimiento familiar permanente*, el *acogimiento preadoptivo*, el *acogimiento en un centro público o concertado*, y el *acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa*, unas modalidades más amplias que las estudiadas en la legislación estatal y autonómica, aunque suprime el acogimiento de urgencia y el acogimiento familiar temporal. De manera análoga al legislador estatal y los autonómicos, prioriza el acogimiento familiar en relación con el acogimiento residencial, de acuerdo con el art. 120.2, porque la protección de la infancia exige proporcionar al menor un ambiente seguro, estructurado y preferentemente familiar, que le permita atenuar los trastornos psíquicos y emocionales que pueda padecer, como se contiene en el Pacto<sup>118</sup> por la Infancia en Cataluña de 2013.

La regulación de las modalidades de acogimiento es demasiado indeterminada y abstracta, lo que dificulta su implementación<sup>119</sup>. El *acogimiento familiar*, regulado en los arts. 125-130, puede ser *simple*, es decir, el que se constituye con una persona o una familia que pueda suplir de manera temporal el núcleo familiar del menor, porque el desamparo sea transitorio y se prevea el futuro retorno con la familia originaria. Asimismo, puede configurarse como *permanente*, cuando esta situación tiende a ser definitiva, en caso de no poder aplicar el acogimiento preadoptivo. En ambos casos, el menor tiene derecho a residir en el lugar más cercano a su domicilio si no le es perjudicial, como indica el art. 120.3, y puede constituirse en la familia extensa<sup>120</sup> del menor o en familia ajena. Finalmente, la modalidad de acogimiento *preadoptivo*, regulado en los arts. 147-150 y también dispuesto por algunos legisladores

<sup>118</sup> DEPARTAMENT DE BENESTAR SOCIAL I FAMÍLIA, *Pacte per a la infància a Catalunya*, Barcelona, Departament de Benestar Social i Família, 2013, p. 40. Disponible en [http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits\\_tematicos/07infanciaiaadolescencia/observatori\\_drets\\_infancia/destacats\\_columna\\_dreta/pacte\\_infancia\\_catalunya\\_julio\\_2013.pdf](http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicos/07infanciaiaadolescencia/observatori_drets_infancia/destacats_columna_dreta/pacte_infancia_catalunya_julio_2013.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017]: «[I]es mesures hauran de tenir com a objectius: proporcionar un ambient segur i estructurat als menors d'edat, ensenyar-los estratègies d'autoprotecció, ajudar-los a trencar el seu silenci i secretisme, neutralitzar els símptomes d'estrès posttraumàtic, ajudar-los a identificar els signes de la violència, refusar-la i augmentar l'autoestima».

<sup>119</sup> PADIAL ALBÁS, Adoración, «La escasa incidencia del acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 307, afirma que «la Generalitat de Catalunya no ha mostrado el más mínimo interés por incentivar el acogimiento familiar, como demuestra la dejadez de la regulación de la figura, y sobre todo la falta de ayudas e inversión en esta materia». PADIAL ALBÁS, Adoración, «La protección de los niños y adolescentes desamparados y en riesgo de exclusión legal», en PADIAL ALBÁS, Adoración, TOLDRA ROCA, Maria Dolors (coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 92.

<sup>120</sup> El art. 127 aclara que por familia extensa se entiende «aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el niño o el adolescente y la persona acogedora, o uno de los miembros de la familia acogedora, así como con los convivientes con el niño o el adolescente en los últimos dos años».

autonómicos<sup>121</sup> –no así por el legislador estatal que lo ha integrado en el procedimiento de adopción–, se acuerda como un periodo de prueba previo a la adopción cuando no sea posible la reintegración del menor en su familia de origen, o cuando los progenitores o tutores lo soliciten. En consecuencia, se suspenden las relaciones y visitas con la familia de origen para lograr una mayor integración con la familia acogedora, si resulta conveniente para el interés del menor, según el art. 147.3. En todas las modalidades de acogimiento, los hermanos deben estar con la misma familia, salvo que las circunstancias justifiquen su separación, como exige el art. 129.4. Sin embargo, aunque esta previsión sea lógica, para mantener el vínculo entre los hermanos, va a dificultar su aplicación práctica. Conviene detenerse en el *acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa*<sup>122</sup>, regulado en el art. 131 y que se correspondería con la modalidad de acogimiento familiar profesionalizado del legislador estatal y de algunos legisladores autonómicos. Este acogimiento implica una asistencia profesionalizada para menores con diversidad funcional, grupos de hermanos y otros en dificultades especiales o con necesidades educativas especiales. En estos casos, unas personas previamente seleccionadas y calificadas por razón de su titulación, formación y experiencia en el tratamiento con menores ejercen esta medida, para poder atender las necesidades especiales de estos menores de manera más adecuada<sup>123</sup> que en un centro institucionalizado.

Las medidas relativas al acogimiento familiar tendrán preferencia respecto del *acogimiento en un centro público o concertado*<sup>124</sup>, regulado en los arts. 132-145, que

<sup>121</sup> Véanse Murcia (arts. 35-46), Castilla y León (art. 105), Baleares (arts. 82-86) y la Comunidad Valenciana (art. 118).

<sup>122</sup> PADIAL ALBÁS, Adoración, «La escasa incidencia del acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 300, señala sobre su aplicación que «continúa siendo una modalidad totalmente desconocida, que no acaba de despegar, ya que se reserva para los casos más extremos, de ahí que cueste encontrar familias de acogida», y valora en la p. 306 que es «[u]n gran acierto de la normativa catalana, que pretende huir terminológicamente hablando del mercantilismo que puede suponer el acogimiento profesional; y que contrasta con la falta de sensibilidad de la Ley estatal 26/2015 que diferencia entre acogimiento especializado con derecho a compensación económica y acogimiento especializado profesionalizado en el que existe una relación laboral entre el acogedor y la administración pública».

<sup>123</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley 14/2010 se detalla que «[e]n cuanto a las medidas de protección, debe mencionarse especialmente la nueva regulación del acogimiento familiar, en la que, aparte del acogimiento constituido en forma simple y del acogimiento permanente, se introduce el acogimiento en unidades convivenciales de acción educativa, que permitirá que bastantes niños y adolescentes que, por razón de edad, situación familiar o por circunstancias especiales, permanecen en los centros de protección sin ninguna expectativa de vivir en familia puedan crecer y desarrollarse al cuidado de personas especializadas que les proporcionarán un entorno familiar y desinstitucionalizado».

<sup>124</sup> Se refieren a las entidades creadas y gestionadas por la Generalitat de Cataluña, denominadas Centros residenciales de acción educativa o CRAES, y las Entidades colaboradoras encargadas de realizar

supone el internamiento del menor. Este acogimiento se ejecuta en un centro abierto, integrado en un barrio que permita un trato afectivo y vida cotidiana personalizados, y se regula de manera análoga a la legislación estatal. Se prevé como una modalidad transitoria con la finalidad de que el menor regrese con su familia, siempre que sea aconsejable para el menor y que no se pueda llevar a término un acogimiento preadoptivo, según indica el art. 132.1. Para complementar este acogimiento, el legislador catalán prevé la contribución de familias colaboradoras en el art. 132.7, que se ocupan de los menores en periodos breves como los fines de semana o periodos vacacionales, aunque se remite a un desarrollo reglamentario que todavía no se ha concretado. Igualmente, establece unos centros o unidades de educación intensiva para asistir a adolescentes que requieran de una educación prelaboral o tratamiento psicológico individual.

El Informe<sup>125</sup> sobre los Derechos de la Infancia del Síndic de Greuges de Catalunya de 2016 recoge los problemas de aplicación de estas medidas. Fundamentalmente, se realizan propuestas de acogimiento en familia extensa que no tienen capacidad suficiente para garantizar la protección de los adolescentes. Igualmente, se han realizado retornos de los adolescentes en su familia de origen, sin prepararlos suficientemente para el retorno ni garantizar la estabilidad de la situación personal de los progenitores y su capacidad para cubrir las necesidades materiales y afectivas. Constata el informe que los fracasos en los acogimientos familiares aumentan a medida que incrementa la edad del menor lo que contribuye, junto con las dificultades para encontrar familias acogedoras, al incremento progresivo del acogimiento residencial. A estos efectos, recomienda ampliar las plazas en los centros residenciales y las familias acogedoras, promover el acogimiento familiar para los adolescentes, potenciar la profesionalización de las familias acogedoras y planificar adecuadamente el retorno.

Merecen una especial atención las *medidas de transición a la vida adulta y a la autonomía personal*<sup>126</sup>, que sirven para evitar la exclusión social del menor cuando desaparece la institución administrativa de protección. Aunque la norma no las desarrolle en el art. 146, pueden consistir en ofrecer acompañamiento a los

---

la misma función, como también sucede en materia educativa entre centros públicos y concertados, o en materia asistencial en cuanto a residencias o centros de día públicos y concertados.

<sup>125</sup> SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe sobre els drets de l'infant*, Barcelona, Síndic de Greuges, 2016, pp. 7-21. Disponible en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4246/Informe%20infancia\\_16\\_ok.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4246/Informe%20infancia_16_ok.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>126</sup> PADIAL ALBÁS, Adoración, «La escasa incidencia del acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 299, ejemplifica su conveniencia en el caso de «menores tutelados sin perspectivas de retornar a su núcleo familiar de origen y con riesgo de exclusión social al llegar a la mayoría de edad, teniendo en cuenta lo difícil que eso resulta con la actual coyuntura económica».

adolescentes mayores de dieciséis años en la inserción sociolaboral y de vivienda, con la finalidad de garantizar una preparación progresiva para la independencia personal, en atención a las necesidades formativas y de integración social y laboral. En la misma línea, el legislador catalán también ha dispuesto unas medidas de *apoyo posterior a la emancipación o a la mayoría de edad* en los arts. 151 y 152. Estas pueden tener un carácter *asistencial*, concretado en medidas de contenido económico, jurídico y social, o consistir en el *otorgamiento o permanencia en una plaza en un centro*, que puede extenderse hasta los veintiún años. Este último instrumento resulta positivo en aras de impedir la desprotección del mayor de edad, que pese a tener plena capacidad de obrar requiere de un acompañamiento por carecer de un entorno familiar adecuado<sup>127</sup>. La segunda medida asistencial consiste en los *programas de apoyo a la emancipación y a la autonomía personal* de los menores extutelados y en situación de riesgo que lo soliciten. Estos programas ofrecen recursos de apoyo personal, de vivienda, formativos y laborales para garantizar la igualdad de oportunidades y su integración social. En este sentido, deben incluir metodologías de inserción fundamentadas en el análisis de género, para asegurar la adquisición de competencias profesionales que mejoren su empleabilidad.

Estas medidas en su conjunto pueden ser modificadas en cualquier momento, considerando la evolución del menor. Asimismo, cabe su impugnación judicial, incluso por parte del menor si tiene designado un defensor judicial, como prevé el art. 123, en el plazo de dos meses a un año a contar desde su notificación, salvo en el acogimiento preadoptivo, cuya impugnación carece de plazo. Como reflexión final, podemos apreciar que existe una extensa previsión de los requisitos para apreciar el riesgo y el desamparo, pero, sin embargo, la ejecución de las medidas que se deberán aplicar en cada caso carece de esta exactitud. El listado abierto de medidas, si bien permite crear nuevos mecanismos de intervención si resulta necesario, no ofrece una respuesta tan completa como la que se produce en Inglaterra y Gales, donde los mecanismos de intervención son reducidos pero detallados en su ejecución.

#### 4. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES EN INGLATERRA Y GALES: UNA ALTERNATIVA PARA SIMPLIFICAR Y ARMONIZAR SU EJECUCIÓN EN ESPAÑA

<sup>127</sup> *Ibíd.*, p. 299, precisa que «estos jóvenes seguramente pueden volver a estar en riesgo de exclusión social, y continuar necesitando ayuda para su integración. [...] Algo que debe exigirse a la administración que hasta su mayoría de edad le tuteló, ya que de lo contrario se produce un claro maltrato institucional [...] mientras que en la sociedad actual la permanencia de los hijos en el hogar familiar se alarga cada vez más».

El sistema de protección de menores de Inglaterra y Gales se encuentra previsto en la *Children Act*<sup>128</sup> 1989, una norma aprobada en un contexto de incremento de los abusos<sup>129</sup> físicos y sexuales a menores, en el que se necesitaban medidas flexibles pero efectivas. Las disposiciones de esta legislación son mayoritariamente aplicables en Inglaterra y Gales y, en particular, las medidas protectoras de los menores contenidas<sup>130</sup>, esencialmente, en la *Part V*. Los mecanismos de apoyo a las familias – *Part III*– y la supervisión del Estado en materia de protección de menores –*Part XI*– se extienden también a Escocia. Solamente la regulación sobre secuestro de menores – incluida en la *Part V*, donde se encuentran otras medidas de protección– y las disposiciones comunes –*Part XII*– están previstas para todo el Reino Unido. El propósito de esta norma es doble. Por una parte, clarifica la relación entre las órdenes que pueden ejecutarse en el Derecho Privado y las que trascienden hacia el Derecho Público<sup>131</sup>, es decir, qué medidas son más cercanas a la mediación familiar y cuales

<sup>128</sup> Publicada en el *United Kingdom Official Documents* de 16 de noviembre de 1989. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>.

<sup>129</sup> Existían abusos a menores a los que nos referiremos posteriormente, pero se agudizó la situación con el *Cleveland child abuse scandal* de 1987, que evidenció la necesidad de crear instrumentos para proteger eficazmente a los menores. De febrero a junio de ese año, 121 menores de Cleveland fueron apartados de sus familias por los servicios sociales y, después de la correspondiente exploración, se determinó que habían sido víctimas de abusos sexuales. Fue entonces cuando, ante el aumento de los casos, se constató la falta de viviendas de acogida suficientes, motivo por el cual se les alojó en un pabellón del hospital local. Este caso se sumó a otros precedentes: el fallecimiento de *Maria Colwell* en 1973, de siete años de edad, después de que su padre la dejase morir de hambre habiéndole dado una paliza; el caso de *Jasmine Beckford* de 1984, que responde al mismo supuesto que el anterior aunque el autor fue su padrastro; el caso de *Tyra Henry* de 1984, quien murió después de ser golpeada y mordida por su padre, cuando estaba vigente una orden de protección de la autoridad local; el caso de *Heidi Koseda* de 1984, que murió de hambre en una habitación cerrada con llave; el caso de *Kimberley Carlile* de 1986, de cuatro años, que la dejaron morir de hambre y fue golpeada hasta la muerte; y, finalmente, el caso de *Doreen Mason* de 1987, de dieciséis meses de edad, que murió abandonada después de que su madre y su novio la pegaron, la quemaron y le rompieron una pierna. Véanse PARTON, Nigel, «Who Needs Care? Social Work Decisions About Children», *Journal of Social Policy*, 1987, vol. 16, 1, pp. 100-102; PARTON, Nigel, MARTIN, Norma, «Public inquiries, legalism and child care in England and Wales», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 3, 1, 1989, pp. 21-39; WARDEN, David, «The Protection of Children», *Child Abuse Review*, vol. 9, 3, 2000, pp. 161-165; y COLTON, Clare, WELBOURNE, Penelope, «The United Kingdom», en DIXON, John, WELBOURNE, Penelope (eds.), *Child Protection and Child Welfare: A Global Appraisal of Cultures, Policy and Practice (Child Welfare Outcomes)*, Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2013, pp. 82-87.

<sup>130</sup> BRIDGE, Jane, BRIDGE, Stuart, LUKE, Susan, *Blackstone's Guide to the Children Act 1989*, London, Blackstone Press Limited, 1990, p. 85, explica que esta parte de la norma, que constituye su núcleo, permite investigar y actuar en las situaciones de riesgo: «[p]art V of the Children Act 1989 was described during debates in the House of Commons as the heart of the legislation because it gives social workers the means of investigating and protecting children at risk».

<sup>131</sup> BAINHAM, Andrew, *Children: the new law: the Children Act 1989*, Bristol, Family Law, 1990, pp. 1-2, la definió como «undoubtedly one of the most radical and far-reaching reforms of the private and public law affecting children». GASKINS, Richard, «Comprehensive Reform in Child Welfare: The British Children

suponen propiamente una intervención administrativa por parte de la autoridad local; esta amplitud de medidas permite calificar esta regulación de omnicompreensiva<sup>132</sup>. Por otra parte, la sección 1 (5) consagra el principio de no intervención o *Presumption of Noninterference*<sup>133</sup>, porque especifica que, si un tribunal está considerando la posibilidad de acordar una o más medidas, debe adoptarlas cuando sea más beneficioso que la inacción.

Para cumplir con estos objetivos, las medidas articuladas en la norma se fundamentan en un pilar esencial: el correcto ejercicio de las facultades inherentes a la patria potestad o *parental responsibility*<sup>134</sup>, definida en la sección 3 como los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que ostenta un progenitor en relación con su hijo y su patrimonio. Esta legislación no regula unos supuestos de riesgo y de desamparo, sino que se refiere a la existencia de situaciones de riesgo, ante las cuales arbitra unas medidas, y otras circunstancias, cuyos mecanismos de intervención tienden a evitar que el menor sufra un daño significativo o *significant harm*<sup>135</sup>.

---

Act 1989», *Social Service Review*, vol. 67, 1, 1993, p. 2, la describió como «[i]t brings under one coherent scheme the public functions of child protection, family support, substitute care [...] integrates these public functions with normally “private” legal procedures for reviewing custody arrangements in all voluntary actions [...] consolidates the statutory duties of local government and integrates them with the legal responsibilities of parents, temporary guardians, and children themselves. Finally, these diverse duties are to be enforced through a network of institutional authorities, combining the expertise of local social service departments, the private autonomy of the family, and the reviewing function of courts».

<sup>132</sup> EEKELAAR, John, DINGWALL, Robert, *The Reform of Child Care Law: A Practical Guide to the Children Act 1989*, London, Routledge, 1990, p. 11, describió la regulación como «the most comprehensive enactment on children in our legislative history». Por su parte, LOUGHRAN, Gillian, «Learning to act: The Children Act 1989», *Children & Society*, vol. 5, 1, 1991, pp. 12-15, calificó el sistema de *holístico*.

<sup>133</sup> Definida por BAINHAM, Andrew, *Children: the new law, op. cit.*, p. 15. KENT, Paul, PIERSON, John, THORNTON, Bruce, *Guide to the Children Act 1989*, Wallington, Community Care Publications, 1990, p. 3, como «when people things out without the law they are», y por EEKELAAR, John, DINGWALL, Robert, *The Reform, op. cit.*, p. 105, como «it is anticipated procedural rules for care proceedings will require the reveal to the court its plans for the child once the order court will then need to evaluate these proposals and decide they need an order to be implemented and they will the child’s situation in any case».

<sup>134</sup> EEKELAAR, John, «Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State?», *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 13, 1, 1991, pp. 37-50; BAINHAM, Andrew, *Children: the new law, op. cit.*, pp. 16-23; BAINHAM, Andrew, «The Privatisation of the Public Interest in Children», *Modern Law Review*, 53, 1990, pp. 206-221, especifica que la *parental responsibility* no se puede extinguir por ninguna autoridad, a diferencia de España, aunque el grado de responsabilidad es modificable.

<sup>135</sup> La definición de daño viene contenida en la sección 31 (9). WHITE, Richard, CARR, Paul, LOWE, Nigel, *A Guide to the Children Act 1989*, London, Butterworth & Co, 1993, p. 95, definen el *significant harm* de igual manera que el concepto interno de lesión del Derecho Penal, es decir, aquel daño físico que requiere de tratamiento médico o quirúrgico: «ill-treatment or the impairment of health or development. For the purposes of that section, ‘health’ and ‘development’ are further defined». El concepto de daño significativo, no aclarado en la norma, exige que esté basado en hechos y no en meras sospechas, como se desprende de la *Re B (Children) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, 2008, UKHL 36, 2009, 1 AC 11: «the court should have in mind as a factor, to whatever extent is appropriate in the

Consideramos que sería conveniente una previsión en forma de *numerus apertus* de unos determinados supuestos, en aras de facilitar<sup>136</sup> la investigación de estos casos y los posibles instrumentos a aplicar. Cuando un menor se encuentra sometido a una orden de protección, la autoridad local ostenta su tutela y se le otorgan amplios poderes discrecionales con respecto a su cuidado y desarrollo. En consecuencia, la libertad de los progenitores y de terceros para intervenir o impedir la ejecución de estas órdenes se encuentra limitada.

#### 4.1. *Private Children Law: Child Arrangement Order, Specific Issue Order y Prohibited Steps Order*

En relación con el Derecho Civil, si una de las personas legitimadas, a las que nos referiremos a continuación, considera que el menor se encuentra en una situación de riesgo, puede solicitar una *Child Arrangement Order*, regulada en la sección 8 (1). Este precepto subsumió en un mismo tipo de orden lo que en la regulación anterior eran dos medidas diferenciadas<sup>137</sup>, porque regula la residencia y la guarda del menor en su aspecto personal y temporal, así como con quien puede mantener contacto. La

---

individual case, that the more serious the allegation, the less likely it is that the event occurred and, hence, the stronger should be the evidence [...] the more serious the allegation, the stronger the proof has to be». Respecto de la *imputabilidad de ese daño*, en el caso *Lancashire County Council v. B*, 2000, 2 AC 147, el tribunal explica que puede ser exigible tanto a padres como a cuidadores «apt to embrace not merely the care given by the parents or other primary carers; it is apt to embrace the care given by any of the carers». En el mismo sentido, en el caso *Re O and another (Minors) (Care: Preliminary Hearing)*, 2003, UKHL 18, 2004, 1 AC 523, el tribunal considera que el deber de cuidado, en caso de no poder determinar el autor del daño, es imputable a ambos progenitores: «it would be grotesque if such a case had to proceed at the welfare stage on the footing that, because neither parent, considered individually, has been proved to be the perpetrator, therefore the child is not at risk from either of them [...] [i]t is very much easier to decide upon a solution if the relative responsibility of the child's carers for the harm which she or another child has suffered can also be established. But the court cannot shut its eyes to the undoubted harm which has been suffered simply because it does not know who was responsible». En el mismo sentido, en el caso *Re S-B (Children) (Care Proceedings: Standard of Proof)*, 2009, UKSC 17, 2010, 2 WLR 238, donde tampoco se podía imputar un daño, el tribunal consideraba lo mismo «[t]he standard of proof I apply is on the balance of probability. The allegations in this case are very serious indeed and in many respects are also very unusual».

<sup>136</sup> GASKINS, Richard, «Comprehensive Reform», *op. cit.*, p. 14, advierte que aunque no se esperaba esta catalogación, habría sido útil de cara a mejorar la investigación de estas situaciones: «[n]o one expects child welfare statutes to name specific individuals, to diagnose specific cases, or to prescribe specific remedies, least of all in comprehensive national legislation. The act cannot escape those deep uncertainties that haunt the work of all helping professions [...] offers virtually no guidance on the important practical question of how to help children and families. Local authorities must figure out for themselves how to identify children "in need", which methods are most "appropriate"».

<sup>137</sup> SENDALL, Jane, *Family Law Handbook 2015*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 252-253, explica que con anterioridad existía la *residence order* y la *contact order*. La *contact order* se realizaba respecto de un menor que se encontrase bajo la tutela legal de la autoridad local. Igualmente, la *residence order* permitía determinar la residencia del menor durante su vigencia.



implementación de esta orden no supone la pérdida de la patria potestad, de acuerdo con la sección 12 (2).

Las personas legitimadas para solicitar esta orden vienen previstas fundamentalmente en la sección 10 (5), y se refieren a: los progenitores; los convivientes; cualquier persona que haya convivido con el menor durante tres años –un plazo susceptible de interrupción, de conformidad con la sección 10 (9), pero que no debe haberse iniciado más de cinco años antes de la presentación de la solicitud o haber terminado más de tres meses antes–; cualquier persona que en virtud de una *Child Arrangement Order* tenga la guarda del menor, en caso de que la tutela del menor la ostente una autoridad local y cuando los titulares de la patria potestad consientan para la solicitud; quienes ostenten la responsabilidad parental; la autoridad local, en concreto quien tenga atribuida la tutela, cuando haya convivido con el menor durante un año, de acuerdo con la sección 10 (5A); un pariente que haya convivido un año con el menor, según la sección 10 (5B); y, finalmente, el menor afectado que tenga suficiente capacidad para realizar esta solicitud, como permite la sección 10 (9). El tribunal competente evaluará, según la sección 10 (9), la naturaleza de la solicitud, la vinculación del solicitante con el menor, cualquier riesgo que pudiera existir de que la propuesta de aplicación perturbe la vida del menor y, cuando el menor esté siendo atendido por una autoridad local, deben considerarse los planes de la autoridad para el futuro del menor y la voluntad del menor. Ningún tribunal ejercerá sus facultades para dictar una orden cuando se proceda a la adopción del menor ni cuando el menor sea mayor de dieciséis años, de conformidad con la sección 9.

En virtud de esta orden, la autoridad local tiene atribuida la denominada *parental responsibility*<sup>138</sup>, que en este caso se refiere a nuestra tutela legal por la suspensión de la patria potestad, y una amplia facultad discrecional en lo que se refiere a su educación. En este sentido, ni la constitución de esta orden ni las resoluciones judiciales que afecten al Derecho Civil podrán utilizarse para interferir<sup>139</sup> en el ejercicio de esta orden. Esta prohibición tiene una excepción, contenida en la sección 9 (3), para el caso de que una persona sea o haya sido en los últimos seis meses una autoridad

<sup>138</sup> Ello incluye proveer de alojamiento y tener cura del menor, como indican los casos *R (H) v. Wandsworth London Borough Council*, 2007, 2 FLR 822; *R (L) v. Nottinghamshire County Council*, 2007, ACD 372; *R (D) v. Southwark London Borough Council*, 2007, 1 FLR 2181; *R (S) v. Sutton London Borough Council*, 2007, 10 CCLR 615; *R (G) v. Southwark London Borough Council*, 2009, UKHL 26, 2009, 1 WLR 2, y *R (M) v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*, 2008, UKHL 14, 2008, 1 WLR 535: «the children's authority have provided accommodation for the child, they cannot 'sidestep' the issue by claiming to have acted under some other power».

<sup>139</sup> En este sentido, véase el caso de *A v. Liverpool City Council*, 1982, AC 363; *Re W (A Minor) (Wardship: Jurisdiction)*, 1985, AC 791.

local o padre adoptivo de un menor, en cuyo caso podrá solicitar la *Child Arrangement Order* si tiene el consentimiento de la autoridad local, es pariente del menor, o ha convivido con éste durante como mínimo un año. Además, la autoridad local puede solicitar la *Specific Issue Order* u orden específica, que sirve para regular la guarda del menor, y la *Prohibited Steps Order* u orden de prohibición, que permite que el tribunal pueda evitar que una persona ejerza la responsabilidad parental si existe un riesgo para el menor. La diferencia entre ambas órdenes consiste en que la *Specific Issue Order* regula el conjunto de facultades inherentes a la patria potestad y su ejercicio, mientras que la *Prohibited Steps Order*<sup>140</sup> solamente prohíbe una acción. Estas medidas se pueden utilizar cuando coadyuvan a conseguir el efecto buscado en la *Child Arrangement Order*, según la sección 100 (3) y (4). Como reflexión final, consideramos que la *Child Arrangement Order*, la *Specific Issue Order* y la *Prohibited Steps Order* podrían incorporarse mediante un *legal trasplant* en España, porque no disponemos de instrumentos análogos y pueden resultar de utilidad en las situaciones de riesgo para realizar una primera intervención.

#### 4.2. *Protection of Children*

La *Part V* de la *Children Act 1989* constituye el núcleo central de la regulación, porque dota a los operadores de diferentes instrumentos de protección de los menores en las situaciones de riesgo. Este sistema de protección pública se compone de tres tipos de órdenes: la *Child Assessment Order*, la *Emergency Protection Order* y la *Police Protection Order*.

##### 4.2.1. La *Child Assessment Order* como mejora de la guarda provisional

En la sección 43 se regula la *Child Assessment Order* u orden de evaluación de menores, que permite arbitrar un mecanismo para que la autoridad local pueda realizar actividades de comprobación del estado de bienestar, salud y desarrollo del menor, para determinar si se encuentra en una situación de riesgo; en este sentido, es una medida equiparable a la guarda provisional del legislador estatal y los autonómicos. Esta orden de evaluación no procederá cuando existan razones para realizar una orden de protección de emergencia o *Emergency Protection Order*, o cuando proceda otra orden en lugar de la *Child Assessment Order*. La orden de evaluación autoriza a realizar al menor una exploración, que puede ser dificultosa<sup>141</sup> por la oposición del interesado

<sup>140</sup> Alude a esta diferencia BAINHAM, Andrew, *Children: the new law*, op. cit., p. 43.

<sup>141</sup> BRIDGE, Jane, BRIDGE, Stuart, LUKE, Susan, *Blackstone's Guide*, op. cit., p. 86, precisan algunas limitaciones de la legislación para realizar estas comprobaciones: «[t]hose experienced in child care law,

fundamentada en que le cause un daño. Sin embargo, de conformidad con el apartado 8, si el menor tiene capacidad suficiente para tomar una decisión informada, puede negarse a someterse a un examen médico, psiquiátrico u otra evaluación. Esta orden será el primer paso cuando la autoridad local esté considerando la posibilidad de emitir una *Child Arrangement Order*. Los legitimados para solicitar esta orden son la autoridad local o un sujeto autorizado para el cuidado y supervisión del menor, de acuerdo con la sección 31, que en este caso se refiere al organismo de protección a la infancia o *National Society for the Prevention of Cruelty to Children*.

La orden de evaluación deberá especificar su inicio y su cese en una fecha que no exceda de siete días a contar desde su inicio, a diferencia de la guarda provisional para la que no se establece plazo alguno. Asimismo, deberá ser notificada a los progenitores, quien tenga la responsabilidad parental, quien ostente la guarda, quien esté designado en la orden como el guardador del menor, cualquier que pueda tener contacto con el menor durante la ejecución de la orden, y al propio menor. Este plazo de siete días es demasiado breve<sup>142</sup>, aunque no se ha modificado, lo que puede impedir la correcta realización de las actuaciones de comprobación. El tribunal podrá acordar la orden siguiendo los trámites de la *Emergency Protection Order*, como permite la sección 43 (3), cuando el solicitante tenga motivos razonables para sospechar que el menor sufre o es probable que sufra un daño significativo, si se requiere una evaluación del estado de la salud o del desarrollo del menor, y en el caso de que no pueda realizarse esta evaluación sin la orden. Cuando esta orden entra en vigor, quien tenga la guarda del menor deberá entregarlo a la persona designada en la orden y cumplir las instrucciones relativas a la evaluación que el tribunal considere oportunas. El menor solamente podrá ser mantenido fuera de su núcleo familiar de acuerdo con las instrucciones y el plazo especificados en la orden, cuando sea necesario para su correcta ejecución. En caso de que se aparte al menor de su residencia habitual, la orden deberá concretar las

---

either as social workers or as lawyers, were aware that the inadequacy of the legislation was not just the place of safety order but also that it did not deal with a situation in which there was reason to believe that a child was being abused or neglected but, because of an inability to see the child, evidence could not be adduced». MITCHELL, Gaye, «The Child Assessment Order – A Breach of principle? », *The Liverpool Law Review*, vol. XIII, 1, 1991, pp. 53-62. BAINHAM, Andrew, *Children: the new law*, *op. cit.*, p. 128, alude algunas dificultades en su aplicación, como el impedimento del contacto con el menor: «the assessment which the order authorises should enable this determination to be made. In particular, it is hoped that it will help to overcome the social worker's dilemma. Where social services are refused access to a home or to a child they may suspect that all is not well. At the same time, they may have insufficient information to feel confident about applying for an order to remove the child. The new order provides a 'half-way house' between compulsory removal and doing nothing at all».

<sup>142</sup> BRIDGE, Jane, BRIDGE, Stuart, LUKE, Susan, *Blackstone's Guide*, *op. cit.*, p. 89, explican que «that assessment is not possible in such a short time and secondly that the order will simply cause confusion as to which is the appropriate application and what kind of assessment can be achieved within seven days».

instrucciones que considere oportunas para mantener el contacto con otras personas. Esta separación del núcleo familiar, también contenida en la guarda provisional, es beneficiosa para facilitar las investigaciones sobre la situación del menor y poder actuar protegiéndole sin esperar a declarar su desamparo.

#### 4.2.2. *Emergency Protection of Children: Emergency Protection Order y Police Protection Order*

Ante las situaciones que en nuestro ordenamiento jurídico serían consideradas de *desamparo*, en Inglaterra y Gales pueden ejecutarse dos órdenes de protección de menores que comportan su separación del núcleo familiar. Estas órdenes se conocen como la *Emergency Protection Order*, denominada en la norma como *Orders for emergency protection of children* y regulada en las secciones 44, 44 A, 44B y 45, y la *Police Protection Order*, referida en la norma como *Removal and accommodation of children by police in cases of emergency* y dispuesta en la sección 46. La separación del núcleo familiar se produce porque el menor tiene un *real risk*<sup>143</sup> o riesgo real de sufrir un daño significativo; en consecuencia, conviene distinguir una *true emergency* o emergencia real de una *dire emergency* o emergencia extrema, que es el objeto de estas medidas. Sin embargo, de las emergencias extremas detectadas en Inglaterra y Gales, la mayor parte no han accedido a los tribunales superiores para determinar mejor el alcance de estos conceptos<sup>144</sup>.

La *Emergency Protection Order* debe acordarse por parte del tribunal competente si existen motivos razonables por los que el menor pueda sufrir un daño significativo en caso de no separarlo del núcleo familiar, de conformidad con la sección 44. La autoridad local podrá solicitarla cuando las investigaciones que habilita la sección 47, relativas a la comprobación del estado físico y psíquico del menor, se vean frustradas porque se impide al funcionario correspondiente<sup>145</sup> el acceso al menor, previa

<sup>143</sup> En este sentido, en el caso *House of Lords, Re H and Others (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, 1996, AC 563, se estableció que debía considerarse como la probabilidad de sufrir un daño como *riesgo real* y que fuese una posibilidad ineludible en el caso concreto: «a real possibility, a possibility that cannot sensibly be ignored having regard to the nature and gravity of the feared harm in the particular case». Sobre la distinción entre *true emergency* y *dire emergency*, véase MASSON, Judith, «Fair Trials in Child Protection», *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 28, 1, 2006, pp. 20-21.

<sup>144</sup> HALE, Brenda, «The Children Act 1989 in the highest courts», *Journal of Children's Services*, vol. 5, 2, 2010, p. 27.

<sup>145</sup> Se refiere al funcionario de la autoridad local o a una persona autorizada por parte de la autoridad para realizar esta investigación sobre el estado del menor, de conformidad con la sección 44 (2).

identificación como persona legitimada. Igualmente, una persona autorizada<sup>146</sup> podrá solicitarla si tiene suficientes indicios de que se puede producir un daño al menor y se le impide averiguar esta situación. La duración de esta orden será de ocho días<sup>147</sup>, en virtud de la sección 45, prorrogables únicamente por siete días más a solicitud de quien tenga la patria potestad del menor o de quien pueda solicitar una orden de protección del menor; ello impide que la autoridad local<sup>148</sup> que tenga la guarda del menor pueda pedir tal prórroga si el menor se encuentra en un municipio distinto. Esta prórroga se acordará cuando sea probable que el menor sufra un daño significativo si la orden no se extiende. La duración de la orden se ha visto drásticamente reducida en comparación con los 28 días de las *Place of Safety Orders* existentes anteriormente<sup>149</sup>, y este plazo debería ampliarse en el caso de que se adoptase esta medida en España.

Cuando el tribunal emita esta orden, puede dar las instrucciones que considere apropiadas con respecto al contacto permitido entre el menor y una persona determinada, y en relación con el examen médico, psiquiátrico u otra evaluación del menor. En este caso, si el menor tiene suficiente conocimiento para tomar una decisión informada, puede negarse a someterse al examen u otra evaluación, al igual que pueden impedirlo quienes ostenten la patria potestad. Una vez que se haya dictado

<sup>146</sup> Es aquella autorizada para llevar a cabo actividades de cuidado y supervisión del menor, previstas en la sección 31, de conformidad con la sección 44 (2).

<sup>147</sup> Cuando el tribunal apruebe esta orden por el plazo establecido, podrá fijar un plazo que finaliza a las 12 horas del primer día posterior en caso de que el último de esos ocho días sea un día festivo, de conformidad con la sección 45 (2).

<sup>148</sup> BRIDGE, Jane, BRIDGE, Stuart, LUKE, Susan, *Blackstone's Guide*, *op. cit.*, p. 101, detalla este impedimento: «the right to apply for an extension of an emergency protection order is only available to the authority which has parental responsibility under the order (s. 45( 4)). Therefore, the local authority with the duty to investigate will not have the power to apply for an extension of the order where the child is ordinarily resident in the area of another authority».

<sup>149</sup> BAINHAM, Andrew, *Children: the new law*, *op. cit.*, p. 137, considera sobre esta reducción que es demasiado breve para reconducir esta situación y para que puedan concluirse correctamente las investigaciones sobre esta situación: «[t]he expectation is that a local authority with eight days at its disposal should normally have enough time to conduct its investigations and decide whether or not to commence care proceedings. It should have enough time to obtain sufficient evidence for the court to decide». En este sentido, BOOTH, Margaret Justice, «The Children Act 1989-the Proof of the Pudding», *Statute Law Review*, vol. 16, 1, 1995, p. 15, compara ambos regímenes, concluyendo que en la actualidad las autoridades locales impulsan más medidas de protección en el seno de la unidad familiar: «decrease in the number of emergency protection orders made under the Act compared with the number of place of safety orders made under the old regime, which suggests the continuing willingness of local authorities to work in partnership with families». Sobre la preferencia de las autoridades locales para utilizar mecanismos en el seno de la familia, véase MASSON, Judith, «Emergency protection: The impact of Court control on safeguarding children», *Family law*, vol. 40, 10, 2010, p. 1092: «[h]owever, local authorities will continue to make internal checks on any emergency applications because of the demands they place on them. The usual practice is only to use compulsory powers where parental agreement is refused».

esta orden, el solicitante permitirá al menor un contacto razonable con las siguientes personas: sus progenitores<sup>150</sup>; cualquier persona que tenga responsabilidad parental respecto del menor; quien convivía con el menor con anterioridad a la aprobación de la orden; la persona nombrada en una *Child Arrangement Order* para asumir la guarda del menor o quien pueda mantener contacto; cualquier persona que tenga permiso para tener contacto con el menor cuando se encuentre bajo la guarda de la autoridad local; y todo mandatario de las personas citadas. No será susceptible de recurso, conforme a la sección 45 (10), la aprobación o revocación de la orden, su prórroga o denegación de prórroga, la aprobación o denegación de la ejecución de la orden, ni la entrega o denegación de cualquier instrucción relacionada con la orden.

Los efectos de esta orden consisten en que cualquier persona afectada debe dar cumplimiento a lo que establece, autoriza el traslado del menor a un alojamiento proporcionado por el solicitante, impide el desalojo del menor de cualquier hospital u otro lugar en el que esté alojado, y confiere al solicitante la responsabilidad parental del menor. Cuando esta orden esté en vigor, solo se ejercerá el poder otorgado para salvaguardar el bienestar del menor; estas acciones no podrán superar el límite del ejercicio de la patria potestad y deberán cumplir los requisitos establecidos en la orden para su ejercicio. El tribunal que dicte esta orden puede establecer que el solicitante, en el ejercicio de las facultades que tiene en virtud de la orden, vaya acompañado por un médico, una enfermera o una comadrona<sup>151</sup> registrados. La norma no establece a quien debe notificarse esta orden, aunque la sección 52 (2) prevé que el tribunal pueda determinarlo. Finalmente, aunque la orden esté en vigor, procederá el retorno del menor cuando sea conveniente y el solicitante haya ejercido el poder otorgado. En estos casos, el solicitante deberá devolver la guarda a la persona de quien fue removido el menor, a su progenitor, a cualquier persona que no sea su progenitor pero que tenga la responsabilidad parental, o a otra persona que el solicitante considere apropiada. Cuando el solicitante haya sido obligado a retornar el menor, podrá ejercer

<sup>150</sup> Por lo que respecta al equilibrio entre el contacto de los menores con sus familiares y el proporcionarles un lugar seguro, TIMMS, Judith, THOBURN, June, «Your Shout! Looked After Children's Perspectives on the Children Act 1989», *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 28, 2, 2006, pp. 167-168, concluyen después de realizar una encuesta sobre la aplicación de las medidas de la *Children Act 1989* que no debe ser en detrimento de perder el contacto con los familiares « [t]he challenge is also thrown up by our findings of ensuring that children's safe and stable placements do not come at the expense of maintaining relationships with parents, relatives, siblings, previous carers and friends [...] the grief caused by these losses and the potential of the people the children still hold dear to provide not only reassurance that they are still loved and valued».

<sup>151</sup> Se refiere a la comadrona que también esté inscrita como enfermera especializada en salud pública de la comunidad del registro mantenido en virtud de la sección 5 de la *Nursing and Midwifery Order 2001*, publicada en *Statutory Instruments* n. 253, 2002. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/253/made>.

sus poderes si un cambio en las circunstancias lo hace necesario, siempre que la orden se encuentre vigente. Cabe precisar que quien impida intencionadamente el retorno, será autor de una infracción sancionada con una multa administrativa.

En la sección 44 A se prevé el *exclusion requirement* o requisito de exclusión, en virtud del cual se exige a una persona determinada que abandone la vivienda en la que convive con el menor –pudiéndole impedir su entrada en esta vivienda–, y se establece un perímetro de alejamiento de la vivienda en la que reside el menor. Los requisitos para aprobarlo son que exista una causa razonable por la cual el menor pueda sufrir un daño significativo, o cuando mediante esta exclusión las investigaciones para determinar el estado del menor puedan ejecutarse con normalidad. En estos casos, se permitirá mantener al menor en la vivienda si existe otra persona que pueda hacerse cargo y acepte el requisito de exclusión. Si durante la ejecución de la orden con el requisito de exclusión el solicitante ha retirado al menor de la vivienda durante más de 24 horas, este requisito dejará de tener efecto. El tribunal puede disponer que el requisito tenga efectos por un período más breve que las otras disposiciones de la orden o puede prorrogarlo. Adicionalmente, puede atribuir un *power of arrest* o poder de detención sin autorización a un agente de la autoridad respecto de cualquier persona que incumpla el requisito de exclusión. De conformidad con la sección 45 (8A), esta orden es modificable a solicitud de la persona a la que se le aplica el requisito de exclusión. Igualmente, la sección 45 (8B) permite que cuando se haya atribuido un poder de detención, el tribunal pueda modificar o revocar la orden, salvo que se haya prorrogado su vigencia o que quien pudiese solicitar esta orden haya sido notificado. En la sección 44 B, se establece que el tribunal competente para incluir un requisito de exclusión podrá aceptar un compromiso del sujeto excluido, que será ejecutable como si fuese una orden del tribunal y perderá su eficacia si el menor cambia su residencia durante más de 24 horas. Tanto el requisito de exclusión como el poder de detención podrían ser incorporados en España porque, si el menor se encuentra atendido, podrá mitigarse la situación de desamparo sin separarlo del resto del núcleo familiar.

La *Police Protection Order*, regulada en la sección 46, procede cuando un agente de la autoridad tenga motivos razonables para creer que un menor puede sufrir un daño significativo, en cuyo caso podrá trasladarlo a un alojamiento adecuado y mantenerlo allí, o tomar las medidas razonables para asegurar que se evite su traslado involuntario de un hospital o cualquier otro lugar<sup>152</sup>. Esta orden tendrá una duración máxima de 72

<sup>152</sup> BAINHAM, Andrew, *Children: the new law*, op. cit., p. 139, expresa sobre la naturaleza de esta orden que «[a]s soon as possible after doing so, steps should be taken to pass responsibility for the child to the

horas, un plazo en el que el agente designado ostentará la guarda del menor y puede solicitar una *Emergency Protection Order*. El agente correspondiente deberá informar de las medidas adoptadas y su justificación a los progenitores, a quien tenga la responsabilidad parental, y a cualquier persona que conviviese con el menor. Igualmente, este agente deberá permitir al menor, si es conveniente para su interés superior, tener contacto con los progenitores, quienes ostenten la responsabilidad parental, quienes conviviesen con el menor, quien sea designado en una *Child Arrangement Order* para mantener contacto con el menor, cualquier persona autorizada a tener contacto con el menor, o cualquier mandatario de estas personas. Una vez ejecutada esta protección, la autoridad policial deberá cumplir una serie de obligaciones: comunicar a la autoridad local competente las medidas adoptadas para que las ratifique; indicar detalladamente a la autoridad local competente el lugar en el que se encuentre el menor; informar al menor de las medidas adoptadas si tiene capacidad suficiente; realizar las acciones necesarias para conocer la opinión del menor; y asegurarse de que el agente encargado de la ejecución de esta orden sea designado por el jefe del área policial correspondiente. Estas obligaciones permiten establecer unas garantías sobre su ejecución, y por ello consideramos que puede ser un buen instrumento para preverlo en España, aunque la intervención policial ante el desamparo puede producirse igualmente sin su establecimiento normativo.

## 5. REFLEXIONES FINALES

La detección de las situaciones de riesgo y desamparo constituye el elemento clave y desencadenante de todo el sistema de protección de menores. Este sistema, al que una normativa autonómica dispersa y una legislación estatal subsidiaria pretenden dotar de unidad, no resulta suficientemente eficaz, y ello tiene manifestaciones como la falta de armonización de la detección del riesgo y del desamparo. En este sentido, en todas las Comunidades Autónomas deberían preverse unos supuestos no tasados de riesgo y desamparo, para permitir la subsunción de nuevas realidades, especialmente en aquellos territorios que no identifican unas situaciones de riesgo, más allá de definir las. En la detección de estas situaciones, creemos que puede ser de utilidad la separación del núcleo familiar, en aras de facilitar la investigación o para adelantar la protección del menor sin esperar a declarar su desamparo, como permiten la guarda provisional y la *Child Assessment Order*. Desgraciadamente, encontramos una manifestación reciente de la oportunidad de adelantar la protección en el caso de la menor

---

local authority. The function of the police in this area is essentially to act as a stopgap until the authority, which has primary responsibility for the child's welfare, can be brought in».



fallecida<sup>153</sup> en Valladolid el 4 de agosto de 2017, en la que concurrían signos de maltrato y abusos sexuales y que, aunque se detectaron 24 días antes de su fallecimiento, no se constituyó una guarda provisional para separarla del núcleo familiar. En este caso, en atención a la ausencia de una medida protectora cuando podía acordarse la guarda provisional por no exigirse la declaración de desamparo, debería dirimirse la correspondiente responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Del análisis de la regulación estatal, autonómica y de las medidas de protección de Inglaterra y Gales, podemos considerar que sería oportuna la incorporación mediante un *legal transplant* de la *Child Arrangement Order*, la *Specific Issue Order*, y la *Prohibited Steps Order*, porque carecemos de instrumentos equivalentes de intervención en el Derecho Civil. Igualmente, podría preverse la *Police Protection Order* porque, aunque la intervención policial se puede producir en una situación de desamparo sin necesidad de su previsión, el establecimiento de unas obligaciones posteriores otorga garantías a su ejecución. En cambio, no consideramos conveniente la sustitución de la tutela legal –ejecutada mediante el acogimiento familiar o residencial– por la *Emergency Protection Order* debido a la brevedad de su duración, porque la continuidad en el tiempo permite eliminar la situación de desamparo y proporcionarle una mayor protección. Sin embargo, el *exclusion requirement*, respecto de quien conviva con el menor y le pueda causar un daño, y el *power of arrest*, para quien incumpla el requisito de exclusión de una *Emergency Protection Order*, se podrían adoptar porque si el menor está atendido, no sería necesaria su separación del núcleo familiar.

Del examen del Derecho Comparado, también se desprende que la previsión armonizada de los mecanismos facilita la intervención ante estas situaciones. En este sentido, resulta preocupante y crea agravios comparativos prácticos, que las

<sup>153</sup> La Fiscalía Provincial de Valladolid ha emitido un comunicado en el que explica que recibió copia del atestado por el cual un profesional sanitario advertía de los abusos físicos en la atención sanitaria realizada a la menor el 11 de julio de 2017 en el hospital Campo Grande. La progenitora manifestó ser víctima de malos tratos por parte de su expareja y padre de la menor, con quien la menor había estado la semana anterior, y dio a entender que «su expareja podía ser el causante de las contusiones» porque ya no residía en España y no existía una «situación especial de alarma», sin mencionar que actualmente mantenía una relación sentimental con otra persona. La Policía Judicial presentó entonces el atestado ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer por la posible existencia de malos tratos y entregó una copia a la Fiscalía de Menores. El 19 de julio de 2017, ocho días después de que la niña fuera atendida por los servicios sanitarios, la Fiscalía entendió «que era conveniente someter a valoración y control la situación familiar de la menor». A estos efectos, la Fiscalía de Menores remitió el atestado a la Junta de Castilla y León encargada de la protección de los menores.

Comunidades Autónomas no prevean absolutamente todos los mecanismos estatales, además de crear instrumentos propios novedosos en ejecución de su competencia en asistencia social, como los aportados fundamentalmente por el legislador catalán. Igualmente, las medidas innovadoras deberían tener un suficiente desarrollo normativo para facilitar su aplicación, un problema del que adolece la actual regulación catalana y que podría solucionarse con un desarrollo reglamentario al respecto. La manifestación práctica de los desajustes ocasionados por este reparto competencial se encuentra reflejada en los datos estadísticos de los que disponemos. Más allá de las cifras absolutas, la implementación de las diferentes modalidades de intervención se encuentra ostensiblemente más extendida en Inglaterra y Gales que en el conjunto de España. De la misma manera, la falta de desarrollo normativo de algunas medidas novedosas del legislador catalán se expresa en su insuficiente presencia práctica.

De conformidad con los últimos datos proporcionados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad<sup>154</sup>, en 2015 se atendieron 42.628 menores, de los cuales 25.952 fueron protegidos mediante la tutela legal. Esta tutela se ha articulado con diferentes instrumentos: las guardas administrativas acordadas se concretan en 3.384, los acogimientos residenciales en 13.596, los acogimientos familiares en 20.172, y las guardas provisionales en 1.156, una medida que debería potenciarse por la pronta intervención que permite. Respecto de Cataluña, en atención al *Informe estadístico de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia*<sup>155</sup> de abril de 2017, la población infantil atendida en Cataluña se concreta en 14.216 menores<sup>156</sup>, aunque solamente 6.957 se encuentran bajo una medida protectora. De estos menores, a 3.770 se les aplica el acogimiento familiar, a 3.027 el acogimiento residencial, y el resto de medidas, que más allá de su establecimiento no han tenido un suficiente desarrollo normativo, solo alcanzan a 160 menores.

<sup>154</sup> MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 18. Datos 2015*, Madrid, Centro de Publicaciones, 2017, pp. 19-41. Disponible en <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/pdf/Boletinproteccion18provisionalcorrecto.pdf> [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>155</sup> DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLESCÈNCIA, *Informe Estadístic. Abril de 2017*, Barcelona, Generalitat de Catalunya Departament de Treball, Afers Socials i Famílies, 2017, pp. 6-10. Disponible en [http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits\\_tematicos/07infanciaiadolescencia/dades\\_sistema\\_proteccio/2017\\_04\\_informe\\_final\\_abril17.pdf](http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicos/07infanciaiadolescencia/dades_sistema_proteccio/2017_04_informe_final_abril17.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>156</sup> Estos expedientes corresponden en un 3,7% con carácter informativo, un 39,5% por riesgo grave, un 12,8% por desamparo, un 43,3% por tutela y un 0,4% por guarda.

En contraste, los datos de la *National Society for the Prevention of Cruelty to Children*<sup>157</sup> revelan que en el año 2016 se atendieron 621.470 menores en Inglaterra<sup>158</sup>. De estos menores, 50.310 han sido sometidos a una investigación para determinar su situación de riesgo y desamparo<sup>159</sup>. Cabe señalar que los abusos sexuales<sup>160</sup> han tenido un fuerte incremento, puesto que en el año 2015 fueron atendidos por esta causa 39.388 menores, y en el 2016 un total de 47.045 menores. En conjunto, se encuentran bajo la guarda de la autoridad local 70.440 menores, de los cuales 3.810 están atendidos en el seno de su familia, y 42.470 han sido apartados de su núcleo familiar por abusos o negligencia en el ejercicio de la responsabilidad parental<sup>161</sup>. La *neglect* o negligencia es la causa más común de intervención tanto en Inglaterra como en Gales. Respecto de los datos de Gales, referidos al 2016 y publicados por la *National Society for the Prevention of Cruelty to Children*<sup>162</sup>, existen 18.990 menores<sup>163</sup> que han recibido atención. Esta se concreta en que 5.660 menores están bajo la guarda de las autoridades locales, 625 de los cuales mediante atención en el seno familiar y 3.720 atendidos fuera de su núcleo familiar<sup>164</sup>. Igualmente, los abusos sexuales a menores también se han incrementado<sup>165</sup> en Gales, de 1.857 víctimas en 2015 a 2.329 en 2016; al mismo tiempo, se ha producido

<sup>157</sup> Disponibles en <https://www.nspcc.org.uk/preventing-abuse/child-protection-system/england/statistics/>.

<sup>158</sup> Estadísticas obtenidas del DEPARTMENT FOR EDUCATION, *Characteristics of children in need in England, 2015-16, 2016*. Disponible en <https://www.gov.uk/government/statistics/characteristics-of-children-in-need-2015-to-2016> [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>159</sup> Datos proporcionados por el DEPARTMENT FOR EDUCATION, *Characteristics of children in need, op. cit.*, 2016.

<sup>160</sup> BENTLEY, Holly, O'HAGAN, Orla, BROWN, Alison, VASCO, Nikki, et al, *How safe are our children? The most comprehensive overview of child protection in the UK 2017*, London, NSPCC, 2017, pp. 12-46. Disponible en <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/how-safe-children-2017-report.pdf> [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>161</sup> Estos datos los encontramos en DEPARTMENT FOR EDUCATION, *Children looked after in England (including adoption and care leavers) year ending 31 March 2016*, 2016. Disponible en <https://www.gov.uk/government/statistics/children-looked-after-in-england-including-adoption-2015-to-2016> [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>162</sup> Disponibles en <https://www.nspcc.org.uk/preventing-abuse/child-protection-system/wales/statistics/>

<sup>163</sup> WELSH GOVERNMENT, *Children in need by local authority and category of need*, 2017. Disponible en <https://statswales.gov.wales/Catalogue/Health-and-Social-Care/Social-Services/Childrens-Services/Children-in-Need/childreninneed-by-localauthority-categoryofneed> [Consulta: 1 septiembre 2017].

<sup>164</sup> WELSH GOVERNMENT, *Children looked after at 31 March by local authority and placement type*, 2016. Disponible en <https://statswales.gov.wales/Catalogue/Health-and-Social-Care/Social-Services/Childrens-Services/Children-Looked-After/childrenlookedafterat31march-by-localauthority-gender-age> [Consulta: 1 septiembre 2017], y WELSH GOVERNMENT, *Children in need by local authority, op. cit.*, consultable en: <https://statswales.gov.wales/Catalogue/Health-and-Social-Care/Social-Services/Childrens-Services/Children-in-Need/childreninneed-by-localauthority-categoryofneed>.

<sup>165</sup> BENTLEY, Holly, O'HAGAN, Orla, BROWN, Alison, VASCO, Nikki, et al, *How safe are our children?, op. cit.*, pp. 12-46.

un incremento del 50% en las denuncias policiales, y un aumento de un 25% de las agresiones sexuales en menores de hasta dieciséis años.

A la luz de estos datos, como expresión práctica de los desajustes en las pretensiones de efectividad de cualquier regulación, los legisladores autonómicos deberían armonizar su regulación para crear un verdadero sistema de protección de menores. Estos cambios normativos permitirían el desarrollo legislativo autonómico en esta materia, a la vez que clarificarían la intervención mediante unos instrumentos similares para un problema común. En definitiva, esta armonización contribuiría a evolucionar de unas medidas dispersas y confusas ante las mismas situaciones, donde el único elemento que varía es el legislador competente y su proactividad en esta materia, hacia un verdadero sistema de protección de menores.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALLUEVA AZNAR, Laura, «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia», *Indret*, 4, 2011.

BAINHAM, Andrew, «The Privatisation of the Public Interest in Children», *Modern Law Review*, 53, 1990.

BAINHAM, Andrew, *Children: the new law: the Children Act 1989*, Bristol, Family Law, 1990.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, «Sentencia de 31 de julio de 2009: Impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de una menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 84, 2010.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, Tecnos, 1997.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho privado y Constitución*, 23, 2009.

BENTLEY, Holly, O'HAGAN, Orla, BROWN, Alison, VASCO, Nikki, et al, *How safe are our children? The most comprehensive overview of child protection in the UK 2017*, London, NSPCC, 2017. Disponible en <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/how-safe-children-2017-report.pdf> [Consulta: 1 septiembre 2017].

BOOTH, Margaret Justice, «The Children Act 1989-the Proof of the Pudding», *Statute Law Review*, vol. 16, 1, 1995.

BRIDGE, Jane, BRIDGE, Stuart, LUKE, Susan, *Blackstone's Guide to the Children Act 1989*, London, Blackstone Press Limited, 1990.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 807, 2010.

CASAS PLANES, María Dolores, «El menor de edad desamparado en el Derecho español y francés (referencia al modelo francés tras la reforma por Ley de 5 de marzo de 2007, "portant réforme de la protection de l'enfance"». Propuestas de cambio), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 744, 2014.

COLTON, Clare, WELBOURNE, Penelope, «The United Kingdom», en DIXON, John, WELBOURNE, Penelope (eds.), *Child Protection and Child Welfare: A Global Appraisal of Cultures, Policy and Practice (Child Welfare Outcomes)*, Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2013.

CORTADA CORTIJO, Neus, «La protección de niños y adolescentes en el Derecho Civil de Cataluña; tratamiento del riesgo y el desamparo», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

DEPARTAMENT DE BENESTAR SOCIAL I FAMÍLIA, *Pacte per a la infància a Catalunya*, Barcelona, Departament de Benestar Social i Família, 2013. Disponible en [http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits\\_tematicas/07infanciaiadolescencia/observatori\\_drets\\_infancia/destacats\\_columna\\_dreta/pacte\\_infancia\\_catalunya\\_juliol\\_2013.pdf](http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicas/07infanciaiadolescencia/observatori_drets_infancia/destacats_columna_dreta/pacte_infancia_catalunya_juliol_2013.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

DEPARTMENT FOR EDUCATION, *Characteristics of children in need in England, 2015-16*, 2016. Disponible en <https://www.gov.uk/government/statistics/characteristics-of-children-in-need-2015-to-2016> [Consulta: 1 septiembre 2017].

DEPARTMENT FOR EDUCATION, *Children looked after in England (including adoption and care leavers) year ending 31 March 2016*, 2016. Disponible en

<https://www.gov.uk/government/statistics/children-looked-after-in-england-including-adoption-2015-to-2016> [Consulta: 1 septiembre 2017].

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «La tutela judicial efectiva en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas sobre protección de menores y adopción», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, 2014.

DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLESCÈNCIA, *Informe Estadístic. Abril de 2017*, Barcelona, Generalitat de Catalunya Departament de Treball, Afers Socials i Famílies, 2017. Disponible en [http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits\\_tematicos/07infanciaiadolescencia/dades\\_sistema\\_proteccio/2017\\_04\\_informe\\_final\\_abril17.pdf](http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicos/07infanciaiadolescencia/dades_sistema_proteccio/2017_04_informe_final_abril17.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

EKELAAR, John, «Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State?», *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 13, 1, 1991.

EKELAAR, John, DINGWALL, Robert, *The Reform of Child Care Law: A Practical Guide to the Children Act 1989*, London, Routledge, 1990.

EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, «La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (Propostes de nova regulació)», en UNIVERSITAT DE BARCELONA, *Materials V Jornades de Dret Catala a Tossa: Cent Anys de Codi Civil Des de Catalunya*, Barcelona, PPU, 1988.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «Comentario a la Sentencia TSJ Cataluña, de 30 de abril de 2010 (JUR 2010, 299140) (Responsabilidad de la Administración por el imposible retorno de un menor con la familia biológica. Daño moral)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 86, 2011.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la Ley de Adopción*, Madrid, Tecnos, 1989.

FERRER RIBA, Josep, «Principles and Prospects for a European System of Child Protection», *Indret*, 2, 2010. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/729\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/729_en.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

FERRER VANRELL, Pilar, «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la 'potestad' de guarda», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, 1, 1993.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «La sentencia de la semana. Interés del menor y mayores interesados», 2010. Disponible en <http://garciamado.blogspot.co.uk/2010/10/la-sentencia-de-la-semana-interes-del.html> [Consulta: 1 septiembre 2017].

GASKINS, Richard, «Comprehensive Reform in Child Welfare: The British Children Act 1989», *Social Service Review*, vol. 67, 1, 1993.

HALE, Brenda, «The Children Act 1989 in the highest courts», *Journal of Children's Services*, vol. 5, 2, 2010.

KENT, Paul, PIERSON, John, THORNTON, Bruce, *Guide to the Children Act 1989*, Wallington, Community Care Publications, 1990.

LÓPEZ AZCONA, María Aurora, «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2185, 2016.

LOUGHRAN, Gillian, «Learning to act: The Children Act 1989», *Children & Society*, vol. 5, 1, 1991.

MARÍN GARCÍA, Ignacio, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Daniel, «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo», *Indret*, 2, 2010. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/741\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, «La protección de menores en el Estado autonómico», en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías: (situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial)*, Madrid, Dykinson, 2007.

MASSON, Judith, «Emergency protection: The impact of Court control on safeguarding children», *Family law*, vol. 40, 10, 2010.

MASSON, Judith, «Fair Trials in Child Protection», *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 28, 1, 2006.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 18, Datos 2015*, Madrid, Centro de Publicaciones, 2017. Disponible en

<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/pdf/Boletinproteccion18provisionalcorrecto.pdf> [Consulta: 1 septiembre 2017].

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016. Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013*, Madrid, Centro de Publicaciones, 2013. Disponible en [http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/pdf/II\\_PLAN\\_ESTRATEGICO\\_INFANCIA.pdf](http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/pdf/II_PLAN_ESTRATEGICO_INFANCIA.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

MITCHELL, Gaye, «The Child Assessment Order – A Breach of principle?», *The Liverpool Law Review*, vol. XIII, 1, 1991.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo por la violencia de género», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, «La guarda de hecho», *Revista de derecho privado*, vol. 83, 6, 1999.

ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Aranzadi civil-mercantil*, 9, 2016.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

PADIAL ALBÁS, Adoración, «La escasa incidencia del acogimiento familiar en el sistema de protección de los menores desamparados en Cataluña», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

PADIAL ALBÁS, Adoración, «La protección de los niños y adolescentes desamparados y en riesgo de exclusión legal», en PADIAL ALBÁS, Adoración, TOLDRÀ ROCA, Maria Dolors (coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

PARTON, Nigel, «Who Needs Care? Social Work Decisions About Children», *Journal of Social Policy*, 1987, vol. 16, 1.



PARTON, Nigel, MARTIN, Norma, «Public inquiries, legalism and child care in England and Wales», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 3, 1, 1989.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, «La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia», *Indret*, 2, 2014. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/1048\\_\\_es\\_.pdf](http://www.indret.com/pdf/1048__es_.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, «Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia», en RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coord.), *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.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico Andrés, «El acogimiento de menores», *Aranzadi civil*, 3, 1997.

ROGEL VIDE, Carlos, «Sobre la guarda de hecho», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 4, 2003.

ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, Madrid, Tecnos, 1986.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, 2 y 3, 1988.

SENDALL, Jane, *Family Law Handbook 2015*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe sobre els drets de l'infant*, Barcelona, Síndic de Greuges, 2016. Disponible en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4246/Informe%20infancia\\_16\\_ok.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4246/Informe%20infancia_16_ok.pdf) [Consulta: 1 septiembre 2017].

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, MORETÓN SANZ, María Fernanda, LÓPEZ PELÁEZ, Patricia (coords.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, 2007.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», en TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, POUS DE LA FLOR, María Paz (coords.), *Protección jurídica del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

TIMMS, Judith, THOBURN, June, «Your Shout! Looked After Children's Perspectives on the Children Act 1989», *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 28, 2, 2006.

DE TORRES PEREA, José Manuel, *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2009.

VALLÉS AMORES, María Luisa, «La Administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Reflexiones en torno a la aplicación internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el derecho de participación las pautas marcadas en los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y de la Adolescencia», en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Barcelona Bosch, 2009.

VILLALTA, Georgina, «Participación y responsabilidad social en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño», en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Barcelona, Bosch, 2009.

WARDEN, David, «The Protection of Children», *Child Abuse Review*, vol. 9, 3, 2000.

WELSH GOVERNMENT, *Children in need by local authority and category of need*, 2017. Disponible en <https://statswales.gov.wales/Catalogue/Health-and-Social-Care/Social-Services/Childrens-Services/Children-in-Need/childreninneed-by-localauthority-categoryofneed> [Consulta: 1 septiembre 2017].

WELSH GOVERNMENT, *Children looked after at 31 March by local authority and placement type*, 2016. Disponible en <https://statswales.gov.wales/Catalogue/Health-and-Social-Care/Social-Services/Childrens-Services/Children-Looked-After/childrenlookedafterat31march-by-localauthority-gender-age> [Consulta: 1 septiembre 2017].

WHITE, Richard, CARR, Paul, LOWE, Nigel, *A Guide to the Children Act 1989*, London, Butterworth & Co, 1993.

Fecha de recepción: 24.10.2017

Fecha de aceptación: 19.12.2017