

# UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

*FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE*

*ÁREA DE DERECHO CIVIL*



## **GRADO EN DERECHO**

*TRABAJO DE FIN DE GRADO*

TÍTULO: DESDE EL DESAMPARO HACIA LAS DIFERENTES MODALIDADES DE ACOGIMIENTO Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA TRAS LA REFORMA DE 2015

REALIZADO POR: **CHERIFA BELAROUCI ZERAR**

DIRIGIDO POR: **MARÍA ENCARNACIÓN AGANZO RAMÓN**

CONVOCATORIA JUNIO 2021



*A mi familia acogedora, a todos los educadores que hicieron la labor de padres cuando más lo necesitaba, y a todos los niños y niñas en situación de riesgo o de abandono que luchan por crecer con normalidad.*

## RESUMEN

Se analizan en el presente trabajo las diferentes medidas de protección que la *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor* y el *Código Civil* ofrecen a los menores en situación de desamparo. Se incide en las novedades que incluyó la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que pretende que todas las actuaciones de la Administración sean tendentes a salvaguardar el interés superior del menor y sus derechos, así como de garantizarles un pleno desarrollo psicosocial y educativo.



## ABSTRACT

This paper analyses a variety of measures to protect children in situations of vulnerability and abandonment enabled by the "*Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*" and by the "*Código Civil*". Special attention is given to changes implemented by "*Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*", whereby the system for the protection of children was modified in order to make public authorities more effective in protecting the children's interests and rights to psychosocial and educative development.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>1. LA SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO. ....</b>	<b>8</b>
1.1. Interés jurídico del menor como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. ....	8
1.2. Situación de riesgo del menor .....	10
1.3 Declaración de desamparo .....	13
<b>2. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA .....</b>	<b>15</b>
2.1 Presupuestos de la entrada en funcionamiento del sistema de protección de un menor .....	15
2.1.1 Situaciones transitorias de imposibilidad de los padres o tutores de ejercer sus funciones .....	15
2.1.2 Intervención en caso de menor en situación de riesgo .....	16
2.1.3 Intervención en caso de desamparo .....	19
<b>3. PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL .....</b>	<b>20</b>
<b>4. EL ACOGIMIENTO .....</b>	<b>23</b>
4.1 Concepto de acogimiento .....	23
4.2 Clases de acogimiento .....	25
<b>5. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR .....</b>	<b>25</b>
5.1. MODALIDADES .....	26
5.1.1 Acogimiento de urgencia .....	26
5.1.2 Acogimiento familiar temporal .....	26
5.1.3 Acogimiento permanente .....	27
5.1.4 Delegación de guarda con fines de adopción .....	28
5. 2. LA FORMACIÓN DEL ACOGIMIENTO .....	28
5.2.1 La identidad del acogedor o acogedores del acogido .....	29

<b>5.3 Los consentimientos y audiencias necesarias: la desjudicialización del acogimiento.....</b>	<b>30</b>
<b>5.4 Derechos y deberes de las partes .....</b>	<b>33</b>
<b>5.5 Régimen de visitas y comunicaciones.....</b>	<b>35</b>
<b>5.6 La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores .....</b>	<b>36</b>
<b>6. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL.....</b>	<b>37</b>
<b>6.1. Concepto y características .....</b>	<b>37</b>
<b>6.2 Finalidad del acogimiento residencial .....</b>	<b>39</b>
<b>6.3 La preferencia del acogimiento familiar frente al residencial .....</b>	<b>40</b>
<b>6.4 CENTROS DE ACOGIDA.....</b>	<b>41</b>
<b>6.4.1 Por el tipo de estructura.....</b>	<b>41</b>
<b>6.4.2 Por la función que cumplen.....</b>	<b>42</b>
<b>7. LA EXTINCIÓN DEL ACOGIMIENTO .....</b>	<b>43</b>
<b>8. CONCLUSIONES .....</b>	<b>44</b>
<b>9. ANEXO I: ACERCA DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>49</b>
<b>10. ANEXO II: MI EXPERIENCIA PERSONAL COMO MENOR EN DESAMPARO TUTELADA POR LA GENERALITAT VALENCIANA .....</b>	<b>60</b>
<b>11. ANEXO III: ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO Y JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>65</b>

## INTRODUCCIÓN

La protección internacional de los derechos del niño proyectada dentro de nuestro derecho interno, concretamente en el art. 39.4 CE, obliga a la Administración Pública a garantizar el bienestar de los menores en situación de desprotección.

El eje de toda actuación tendente a garantizar el bienestar de los menores se constituye sobre la base del principio del interés superior del menor, proclamado en nuestra legislación, especialmente dentro de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Es, por tanto, un deber del Estado ofrecer a los menores declarados en desamparo una cobertura de sus necesidades, siendo preciso que se articule individualmente para cada uno de ellos un plan de actuación que, sirviéndose de los profesionales y técnicos especializados, enfoque el futuro de estos niños hacia un completo desarrollo psicosocial y educativo.

Atendiendo al marco legislativo estatal y autonómico, las medidas de protección de personas menores de edad se encuentran reguladas en las siguientes normas:

- Código Civil.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor .
- Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia .
- Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, modificado por Decreto 28/2009 de 20 de febrero, del Consell.

Por su parte, la Comunidad Valenciana, desde la Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas se encarga de la elaboración de estas medidas de protección de la infancia y la adolescencia, derivando algunas de las actuaciones a las entidades locales por razones de cercanía con los menores y con los hogares o centros de protección.

Según el artículo 12 de 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:

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

En el ámbito autonómico, el artículo 89 de la Ley valenciana de infancia y adolescencia indica en cuanto a la "acción protectora" que:

*"la Generalitat y las administraciones promoverán con carácter preventivo cuantas acciones sean necesarias para garantizar un desarrollo integral del menor, tanto a nivel físico, psicosocial, como mental, en su núcleo familiar de origen como espacio generador de estabilidad y desarrollo de la personalidad".*

De modo que, con carácter general, se consideran medidas de protección de la infancia y la adolescencia aquellas actuaciones encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de riesgo y desamparo y a garantizar el desarrollo integral de la persona menor de edad.

Antes de determinar cuáles son las medidas de protección a aplicar sobre la situación concreta de un menor, éste ha tenido que ser detectado en una situación de riesgo. Es necesario tener en cuenta el carácter subsidiario del desamparo, ya que antes de la separación del núcleo familiar, la Administración Pública brindará el apoyo familiar, terapéutico y económico para erradicar el problema o problemas que pueden derivar en el traslado del niño a los hogares de protección quedando separado de sus progenitores.

## **1. LA SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO.**

### **1.1. Interés jurídico del menor como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.**

Este principio se determina obligatoriamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico como inspirador de todas las actuaciones en las que participe un menor, siendo así tanto en el ámbito administrativo como en el judicial.

En nuestro sistema jurídico, el principio “favor minoris” vive constantemente siendo aludido, y esta pretensión de garantizarlo se traduce apartando de forma radical al operador jurídico. La Ley Orgánica 1/1996 expone en su artículo 2º, que en la aplicación de dicha Ley “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Además, esta supremacía del interés del menor queda configurada en nuestra Constitución como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos (art. 11.2). De otro lado, el Código Civil, con relación a la guarda y acogimiento de menores (arts. 172 a 174), señala que se buscará siempre el interés del menor (art. 172. 4) y se hace alusión al mismo en diversos preceptos (arts. 173. 3 y 4, y 173 bis).

También la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 1826, toma como principio finalista el interés superior del menor cuando señala que “el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor”.

Por su parte, dentro del ámbito autonómico valenciano, el Decreto 93/2001, siguiendo a la Ley Orgánica 1/1996, establece como principio rector de la actuación de la Administración Autonómica la supremacía del interés del menor “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (art. 5.1.a), como podría ser el de las personas solicitantes de adopción (art. 63.a).

El interés superior del menor se manifiesta en nuestra legislación como un concepto jurídico indeterminado que tiene su razón de ser en la Constitución garantista que hoy está vigente.

En consecuencia, ante una situación de crisis familiar, el legislador ha previsto que ante todo se debe procurar satisfacer el interés del menor. Esto se analiza



desde dos puntos de vista; en primer lugar, determinar en qué consiste dicho principio, y en segundo y a posteriori, precisar de la forma más proporcional posible cómo actúa en un supuesto de hecho concreto.

La fórmula del concepto jurídico indeterminado, aun existiendo parte de la doctrina que aporte una interpretación negativa en el término sobre el que versa, en el tema en cuestión aporta una gran ventaja, ya que es capaz de adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver, no siendo imperativo para el operador jurídico el actuar bajo parámetros taxativos y determinados, sino que aporta un criterio de ponderación abierto y flexible a la hora de valorar la concreción del interés del menor, siendo diversas y complejas las características intrínsecas a valorar.

En tanto en cuanto al aspecto negativo de los conceptos jurídicos indeterminados, puede considerarse inapropiado si llega la interpretación a desviarse desde un ángulo demasiado subjetivo, dando lugar a una sensación inherente de inseguridad jurídica. Por ello, parecería lo ideal que la legislación aportase unos criterios más rígidos donde no quepa duda a la hora de ser aplicados, siendo la solución lo más ajustada a Derecho, porque por lo general solo habrá una. La Constitución regula de forma abstracta e indeterminada muchas veces aquello que necesita de determinación, aunque deja la puerta abierta a que se contemple tácitamente o a que el resto del ordenamiento jurídico lo concrete y conforme.

*"Esta amplitud e indeterminación de la Constitución no supone, sin embargo, su disolución en una absoluta dinámica en virtud de la cual la Constitución se viera incapacitada para encauzar la vida de la Comunidad. La Constitución no se limita a dejarlo abierto, sino que establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto. No deben quedar indeterminados los fundamentos del orden de la Comunidad. Al establecerse con carácter vinculante tanto los principios rectores de formación de la unidad política y de fijación de las tareas estatales como también las bases del conjunto del ordenamiento jurídico, dichos fundamentos deben quedar sustraídos a la lucha constante de los grupos y tendencias, creándose un núcleo estable de aquello que ya no se discute, que no es discutible y que, por lo mismo, no precisa de nuevo acuerdo y nueva*

*decisión. La Constitución pretende crear un núcleo estable de aquello que debe considerarse decidido, estabilizado y distendido" (Hesse, 1983).*

Existe entonces un problema de límites, de ponderación de intereses y derechos. Y desde aquí, se pone de manifiesto una latente necesidad de que la aplicación sea la correcta, ya que de ello depende el desarrollo de la personalidad y el futuro del menor que se pretende proteger. Esto es en parte gracias a que la Constitución tiene un desarrollo legal y jurisprudencial sólido y vinculante, disponiendo de los mecanismos jurídicos adecuados para garantizar la eficacia directa de todos los derechos fundamentales y derivados.

Para aportar luz, nuestra Carta Magna, en su artículo 10, apartado uno, integra -mediante la referencia a la dignidad de la persona, a sus derechos inviolables y al libre desarrollo de la personalidad- los principios y valores esenciales de libertad, igualdad y justicia que señalan el Preámbulo y los artículos 1 y 9 CE, y que deben orientar cualquier interpretación, tanto de conceptos jurídicos indeterminados, como de cualquier precepto.

## **1.2. Situación de riesgo del menor**

La reforma introducida por la Ley 26/2015 incide sobre diferentes artículos que regulan la medida de protección calificada como de riesgo. El primero de ellos es el art. 12, que establece una serie de actuaciones de protección que debe realizar el organismo público en cuestión. En el primer punto, se dispone que la protección de los menores será realizada por los poderes públicos mediante «(...) la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin (...)».

Asimismo, la modificación operada en el apartado 1.º del artículo 13 indica la obligación de toda persona o autoridad, especialmente aquellos que por su profesión o función detecten cualquier situación de maltrato, riesgo o posible desamparo, de comunicarlo a las autoridades competentes, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato necesario.

Por otro lado, en el nuevo apartado 5 del artículo 13 se determina que “para el ejercicio de profesiones o actividades que supongan el contacto habitual con menores, será necesario no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, debiendo presentar el interesado certificado negativa del Registro Central de delitos sexuales.”

Se impone también, en el artículo 14, a las autoridades y servicios públicos, la obligación «(...) de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor (...)»; de actuar si son competentes o dar traslado al órgano competente, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando así lo requiera la Ley, de la entidad pública y del Ministerio Fiscal.

Como principio rector, el artículo 15 dispone que “en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia en la toma de decisiones sobre las medidas adecuadas evitando, en lo posible, la interferencia en su ámbito escolar, social o laboral.” Asimismo, los órganos públicos competentes quedan obligados a investigar y comprobar las denuncias recibidas y prestar la asistencia necesaria en cada caso específico, como recoge el artículo 16.

Toda la modificación que versa sobre la reforma, ha implicado una regulación más exhaustiva y detallada, incluyendo su conceptualización, procedimiento para su declaración y el programa propuesto para la intervención administrativa, entre otros.

También se destaca el papel de los servicios sociales municipales, los servicios sanitarios y educativos, siendo éstos de vital importancia para detectar y analizar este tipo de supuestos donde tiene lugar la desprotección de un menor, siempre priorizando la colaboración entre organismos para una óptima intervención.

Es en el artículo 17 donde se regula de forma expresa la **situación de riesgo**, que ha modificado radicalmente el anterior contenido de este precepto de la Ley Orgánica 1/1996. El apartado 1 de este artículo establece que «(...)se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias,

carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos y de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afecten y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar (...)»

De la modificación sufrida, cabe señalar que ésta no ha vencido la falta de concreción sobre las circunstancias generadoras de una situación de riesgo que sufría la anterior redacción del citado artículo 10, pero sí que se establece como indicador de riesgo, «(...) entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma notable (...)». Sigue operando la generalización que, como siempre ha señalado gran parte de la doctrina, supone importantes trabas a la hora de interpretar, otorgando a los servicios públicos encomendados al estudio de esa situación de riesgo un poder de valoración que no deja muy claros los límites de la discrecionalidad en la determinación de la citada situación de riesgo. Como solución a esta generalidad conceptual, la jurisprudencia ha ido incluyendo causas que, por analogía, pueden ayudarnos a concretar los desencadenantes de esta situación.

Por otro lado, es necesario apuntar que la reforma ha acotado los efectos negativos que podían provocar situaciones de precariedad económica en la familia del menor, al disponerse que «(...) la concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará un indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar (...)».

Por todo lo expuesto, es obvio considerar que se debería concretar de alguna forma en la normativa estatal un sistema de *numerus clausus* que enuncie todas las causas posibles que pueden desembocar en una situación de riesgo, para que, como apuntaba, se delimite de la mejor manera posible la actuación desde

la potestad discrecional de la Administración. Además, reitero de nuevo, se incide en la necesaria colaboración entre los distintos organismos intervinientes.

En conclusión, es necesario matizar el hecho de que el legislador, al igual que lo hacía con anterioridad a la reforma, sigue considerando que la situación de riesgo no tiene la entidad suficiente para proceder a la separación del menor de su núcleo familiar, hecho que sí ocurre cuando se procede a la declaración de desamparo, explicada a continuación, dada su mayor gravedad.

### **1.3 Declaración de desamparo**

Respecto de la declaración de desamparo, se mantiene la noción asumida ante de la reforma, al enunciarse en ambos que: «(...) la situación de desamparo es la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

De este precepto se extrae la necesaria relación causal entre el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de la guarda de los menores, y la privación de la asistencia moral o material sufrida por el menor para proceder a declarar su desamparo.

No es asunto baladí la novedad de que, en el apartado 2 del artículo 18 L. O. 1/1996 se declara también que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la declaración de desamparo, reafirmando que la separación del menor de su núcleo familiar tendrá lugar en último término y habiendo barajado todas las alternativas posibles para la situación de desprotección. Por esta misma rama, sigue el artículo 18 apuntando: “que, en ningún caso, se procederá a la separación del menor de sus progenitores por causa de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.”

Además, se expone, en la misma línea que lo dispuesto respecto de la declaración de riesgo, que se considerará un indicador de desamparo el que un

hermano esté declarado en esta situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma notoria y probada.

Pero, por otro lado, al contrario que se determina en la situación de riesgo, en el citado apartado 2 del artículo 18, se señalan, por primera vez en una norma de rango estatal, las circunstancias que determinan la declaración de desamparo, apuntando una de las más importantes novedades que incorpora dicha reforma.

A mi juicio, supone uno de los mayores aciertos del legislador por lo que expongo a continuación. La introducción de estas circunstancias determinantes del desamparo ha provocado dos importantes efectos.

En primer lugar, ha logrado paliar la indeterminación de la declaración del mismo imperante hasta la promulgación de la Ley 26/2015. Por otro lado, ha contribuido a resolver, no de forma total, la falta de seguridad jurídica de la que adolecía la regulación anterior, permitiendo discernir y definir, por exclusión, cuándo concurre una situación de riesgo y cuándo existe una situación de desamparo.

La redacción del referido artículo 18 introducido por la Ley 26/2015, pone de relieve que el legislador ha considerado oportuna la declaración de desamparo en aquellos supuestos en que la gravedad de las circunstancias existentes ponen en peligro la estabilidad física y/o moral del menor; así, no de forma exhaustiva, cuando exista abandono, malos tratos, abuso sexual, negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud, inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo, etcétera.

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

En este sentido, y para suavizar las perjudiciales consecuencias de tal declaración, el Tribunal Constitucional ha determinado reiteradamente que la declaración de desamparo ha de estimarse siempre de forma restrictiva, siendo únicamente procedente cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de

unos mínimos en el ejercicio de la guarda sobre los menores pues, aunque siempre debe ser primordial y preferente el interés del menor, también los estima el derecho de los progenitores a tener consigo a su hijo, o el derecho del propio menor a crecer en el seno de su familia de origen. Se entiende que, tras la aprobación de la mencionada reforma, esta interpretación constitucional sigue teniendo plena validez.

## **2. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA**

### **2.1 Presupuestos de la entrada en funcionamiento del sistema de protección de un menor**

#### **2.1.1 Situaciones transitorias de imposibilidad de los padres o tutores de ejercer sus funciones**

Existen ciertas situaciones en las que los padres o tutores quieren cumplir sus obligaciones de protección de los hijos, pero, sin embargo, se encuentran imposibilitados temporalmente por causas ajenas a su voluntad o de fuerza mayor. Nos referimos a aquellos supuestos como la enfermedad del guardador, ausencias por motivos laborales, reclutamiento forzoso o condena penal, de manera que se da un impedimento transitorio para ejercer sus funciones de guarda cuya causa no es imputable a dichos guardadores. En estos casos, según lo dispuesto en el artículo 172 bis del Código Civil, los padres o tutores podrán solicitar a la Entidad Pública competente la guarda voluntaria de los menores durante el tiempo necesario hasta un plazo máximo de dos años. Por lo tanto, este tipo de guarda no tiene carácter automático, es decir, las Entidades Públicas no están legitimadas para intervenir cuando concurren algunos de los supuestos atrás mencionados, sino que únicamente procedería la guarda por la Entidad Pública mediante dicha solicitud.

Tras su análisis, podemos sintetizar afirmando que la guarda voluntaria consiste en una figura de apoyo asistencial que permite a los padres y tutores acudir a la Entidad Pública competente para que, provisionalmente, se haga cargo de las necesidades de las que carezca el menor; a la vez, les posibilita que eviten una declaración de desamparo del menor, ya que si este llegase a encontrarse

privado de la necesaria asistencia moral o material, se procedería a la misma con independencia de la causa que lo motivase.

En los casos en que la imposibilidad de asistencia al menor no sea transitoria sino irreversible, se declararía esta situación de desamparo, acarreado otras consecuencias más graves como puede ser la separación del menor del núcleo familiar. A diferencia de la tutela ex lege por desamparo, desde el inicio de la guarda asistencial se espera la recuperación de las facultades por parte de los titulares de la guarda; mientras que en el caso de la referida tutela ex lege, el menor se encuentra efectivamente privado de la necesaria asistencia material o moral, por lo que reviste un carácter más definitivo.

### **2.1.2 Intervención en caso de menor en situación de riesgo**

Dentro de las situaciones de desprotección social en las que puede encontrarse un menor existen diversos niveles de intervención de la Administración Pública. En esta línea, la Ley Orgánica 1/1996 introdujo en nuestro ordenamiento una importante novedad distinguiendo dos situaciones de desprotección del menor.

Por un lado, las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, de manera que la intervención se llevará a cabo dentro del mismo y estará dirigida a eliminar tales factores de riesgo.

Por otro lado, en las situaciones de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, asumiendo la Entidad Pública su tutela con la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

En relación con la situación de riesgo, únicamente se regula en la Ley Orgánica 1/1996, de manera que, aunque la Ley 26/2015 ha introducido diversas novedades en esta institución protectora, sus modificaciones no afectan al Código Civil, que no recoge ni la situación de hecho ni sus efectos jurídicos, lo que sí hace con la situación de desamparo.

Además, la Ley Orgánica 1/1996 frente a algunas leyes autonómicas, no enumera las causas que pueden dar lugar a una situación de riesgo. Es por ello



por lo que el artículo 1.10 de la Ley 26/2015 vino a modificar el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 con la intención de desarrollar de forma integral esta figura y su procedimiento, que hasta el momento se trataban de cuestiones no reguladas a nivel estatal.

De este modo, el legislador ofrece una definición más detallada de situación de riesgo, considerándola como *“aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”* (artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996).

Por lo tanto, en el supuesto de que la Administración considere que la situación de desprotección en la que se encuentra el menor no es de tal gravedad como para justificar su separación del núcleo familiar, tendrá lugar, conforme al artículo 17.2 de la Ley Orgánica 1/1996, una intervención de tipo preventivo dirigida a disminuir los indicadores de riesgo que incidan en la circunstancia personal y social en que se encuentra, si bien las carencias materiales no podrán desembocar en ningún caso en la separación del entorno familiar, a la vez que se promueven los factores de protección del entorno familiar, garantizándose siempre los derechos del menor.

Esta intervención será llevada a cabo por la Administración Pública competente en cada territorio para la protección de menores, en coordinación con los centros escolares y los servicios sociales y sanitarios. Para lograr paliar la situación problemática del grupo familiar, los servicios sociales de zona desarrollarán un plan técnico de apoyo a la familia adoptando medidas preventivas o reparadoras como darle apoyo económico, ayuda técnica, prestaciones de tipo formativo o psicosocial, tanto para el menor, como para sus padres o tutores.

Respondiendo al principio de primacía de las soluciones consensuadas frente a las impuestas, la nueva regulación prevé que el proyecto de actuación pueda ser acordado con los progenitores u otros responsables legales. Así, pueden diferenciarse dos modelos de intervención:

- Convenio consensuado con los padres y el menor. A la hora de elaborar el proyecto de intervención social y educativo familiar necesario para la valoración de la situación de riesgo, se buscará la participación de los padres o responsables legales correspondientes (tutores, guardadores o acogedores), teniendo en cuenta su opinión. Finalmente, el proyecto será firmado por las partes, llegando a consultarse también al menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.
- Proyecto de intervención y declaración de situación de riesgo mediante resolución administrativa. En caso de que los padres u otros responsables legales se nieguen a la suscripción o no colaboren posteriormente en la ejecución de las medidas recogidas en dicho proyecto, se declarará la situación de riesgo del menor mediante resolución administrativa emitida por la Administración Pública competente, previa audiencia de los responsables legales y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. Esta resolución contendrá la información relativa a cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo, corrigiendo la situación de riesgo del menor. Frente a esta, será posible interponer el recurso oportuno conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La situación de riesgo del menor cesará cuando desaparezcan las causas que la originaron o, en caso contrario, cuando su situación empeore porque una vez concluido el período previsto en el Convenio no se hayan conseguido cambios sustanciales en el ámbito familiar que garanticen la completa asistencia moral o material del menor, de manera que lo más conveniente llegaría a ser la separación de su familia. En este último supuesto, la Administración Pública que intervino en la situación de riesgo propondrá a la Entidad Pública la declaración de situación de desamparo del menor, comunicándolo asimismo al Ministerio Fiscal. No obstante, si la Entidad Pública considerase que no procede dicha declaración, lo pondrá a su vez en conocimiento de la Administración Pública

que le remitió la propuesta y del Ministerio Fiscal, el cual adoptará la función de supervisar la situación del menor.

### **2.1.3 Intervención en caso de desamparo**

Abordo ahora el nexo causal existente entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia. La inasistencia moral o material del menor debe ser consecuencia directa del incumplimiento de los deberes de guarda de los padres o guardadores de manera que, en caso contrario, se acudiría a otras soluciones distintas al desamparo como, por ejemplo, el internamiento del menor en un centro de salud mental cuando su trastorno psíquico imposibilite el cumplimiento de los deberes de protección por parte del guardador o el sometimiento ante la Jurisdicción de Menores en caso de que se trate de menores infractores de las leyes penales. Las causas que pueden producir un desamparo son dos:

-El imposible ejercicio de los deberes de protección. Se trata de aquellos supuestos en los que la vulneración de los deberes inherentes a la patria potestad o a la tutela no se puede imputar a los padres o tutores. Así, los casos en los que los encargados del menor no pueden atenderle por falta de recursos económicos o cuando existe una ausencia de atención al menor por causas de incapacidad personal, como puede ser alcoholismo, toxicomanía, alteraciones psicológicas, o cualquier enfermedad orgánica.

-El incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección. En este caso no se trata de que los progenitores o tutores no puedan atender al menor, sino de que, por causas que sí les son imputables, el menor está en algún sentido desatendido o desprotegido, lo que desencadena en consecuencias graves para su desarrollo físico y/o social. En este sentido, la doctrina entiende que las causas más comunes son:

-Maltrato o abuso físico: acto intencionado provocado por los responsables del menor que pueda producir daños físicos en el mismo.

-Negligencia o abandono físico: el menor se encuentra desatendido en sus necesidades básicas como alimentación, vestido, higiene, etc.

-Abuso sexual.

-Maltrato emocional: comprende tanto la hostilidad verbal como el bloqueo de la interacción infantil.

-Maltrato prenatal: falta de cuidado del cuerpo de la futura madre o el autosuministro de sustancias que perjudiquen al feto.

-Retraso no orgánico en el desarrollo: menores que no incrementan el peso, no medran con normalidad pese a la ausencia de una enfermedad orgánica.

-Explotación laboral: los responsables del menor lo someten a la realización continuada de trabajos que exceden lo que puede considerarse habitual en el contexto sociocultural del menor.

El desamparo trata de la forma de intervención más intensa que tiene la Administración en orden a la protección de menores dentro del ordenamiento jurídico español, ya que conlleva la separación del núcleo familiar. Por ello, con excepción de aquellos supuestos que revistan extrema gravedad en los que debe realizarse de forma rápida esta separación, deberá valorar todas las alternativas posibles y sólo en el caso de que no exista ninguna que asegure la protección del menor, la Entidad pública asumirá la tutela de este.

### **3. PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL**

Cuando los padres o guardadores no quieren o no pueden decidir en interés del menor (a los supuestos de imposibilidad o incumplimiento se refiere el art. 172 del C.c., regulador de la tutela y guarda públicas), actúan las entidades públicas encomendadas en la protección de menores. Aunque podría cuestionarse si éstas son las mejor dotadas para atender las necesidades de los menores, ya que por su carácter frío y técnico necesariamente se alejan del calor que puede dar un hogar de verdad.

Las entidades autonómicas, que en sus estatutos ostenten los correlativos títulos competenciales, son además las mejor preparadas por su proximidad al ciudadano para abordar los problemas de desprotección infantil y conocer sus carencias. La última intervención corresponde, indudablemente, a los órganos

judiciales. Sus funciones de definición del interés del menor han de quedar limitadas a las situaciones de conflicto. En este sentido, debe resaltarse el necesario proceso de desjudicialización que se observa en las últimas reformas legislativas.

Dentro de los referidos entes públicos, el Ministerio Fiscal se encuentra en una posición idónea para estos cometidos. Por sus facultades de vigilancia, y control de la actuación de los entes públicos determinadas por la Ley, ha de trabajar en estrecho contacto con ellos y con la problemática de la infancia desamparada y de los servicios sociales.

Por otra parte, está legitimado para entablar acciones ante los tribunales, interviniendo habitualmente en la vida forense y con la posibilidad de hacer llegar a ella los planteamientos asistenciales para consolidarlos jurídicamente o discrepar de ellos. En todo caso, actuando con vistas a lo que conviene al menor, cuyos intereses le están encomendados, y velando por el ámbito decisorio de él y de su familia, el art. 124 de la CE le obliga a actuar con imparcialidad, presupuesto necesario para lograr el equilibrio de funciones y reparto de papeles a que nos referimos.

Desde esta última perspectiva, han de señalarse las funciones previstas en los reformados arts. 174 y 232 del C.c. Junto a las medidas de vigilancia judicial de la tutela del art. 233, en redacción dada por la Ley 13/83 del 24 de octubre, el art. 232 confiere al Ministerio Fiscal una vigilancia permanente del ejercicio de la tutela y sus vicisitudes, y la facultad de exigir al tutor, en cualquier momento, un informe sobre la situación del menor o incapacitado y el estado de la administración. Son, como se ve, funciones, las del Ministerio Fiscal, que van más allá de sus intervenciones en los procesos tutelares, para articularse en un seguimiento judicial y extrajudicial del funcionamiento real y efectivo de la tutela.

Aun cuando supusiésemos la aplicación supletoria del art. 233 del C.c., habría que hacer dos matizaciones:

a) El Ministerio Fiscal tiene competencia exclusiva sobre la vigilancia de las situaciones a que se refieren los arts. 172 y 173, cuando todavía no han superado la fase de actuaciones por los entes públicos de las competencias que

al respecto le competen y no ha habido intervención judicial integradora o de control.

b) La vigilancia permanente y material, el seguimiento continuo del quehacer del ente público corresponde, en todo caso, al Ministerio Fiscal y el establecimiento de medidas genéricas, en tal sentido, a la autoridad judicial (art. 233). El contenido de la mentada vigilancia ha de poseer la máxima amplitud y referirse no sólo a la remisión de información sobre los ingresos y la formalización de los acogimientos como literalmente establece el art. 174, sino a todas las incidencias relativas a la declaración de desamparo y asunción, ejercicio y cese de la tutela, guarda y acogimiento a que se refiere implícitamente el art. 174.1 y 3. Pero no sólo se trata de misiones de observación y seguimiento. El art. 174.2 confiere legitimación para instar del juez las medidas de protección que estime necesarias. Ha de concederse también la máxima amplitud a esta legitimación. Así el Ministerio Fiscal podrá instar la asunción, modificación y cese de las medidas de protección reguladas en los arts. 172 y 173 del Código civil y de las demás acciones para las que está legitimado en defensa de los intereses del menor como las de los arts. 158, 170, 203, 248, etc., del Código civil. La LO 1/96 ha avanzado en la progresiva asunción de competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

c) Interponer acciones en defensa de la situación de desprotección del menor, aun cuando haya consentimiento del menor y sus representantes legales.

d) Instar medidas cautelares y sentencia condenatoria sin limitación en la pretensión, que puede incluir la indemnización de perjuicios causados. Por su parte, el art. 5.5 atribuye al Ministerio Fiscal el ejercicio de acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita.

Es preciosa añadir que pese a las notables y progresivas atribuciones de deberes y funciones al Ministerio Fiscal en esta materia y a su conformidad con el perfil institucional de defensor de personas y colectivos especialmente desprotegidos, lo cierto es que no ha habido una correlativa asignación de medios materiales y personales. Las Fiscalías de Menores se mueven en una situación de máxima precariedad en proporción a las numerosas competencias

que el ordenamiento les confiere y funcionan únicamente a base del esfuerzo y la dedicación de los que las integran.

## **4. EL ACOGIMIENTO**

### **4.1 Concepto de acogimiento**

Para conceptualizar esta institución, es preciso que lo hagamos siempre desde una perspectiva que no olvide la suma importancia que tiene el interés superior del menor, como principio inspirador de todas las actuaciones o procedimientos que operan en nuestro sistema jurídico.

“Consiste el acogimiento (Albaladejo M., 1991, 284) en la incorporación a una familia del menor sin, como en la adopción, pasar a ser miembro de ella jurídicamente ni cesar de serlo de la suya, pero sí integrándose de forma plena en la vida de aquélla como miembro suyo más, debiendo quien lo acoge velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”

La figura del acogimiento de menores se introdujo en España mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en Materia de Adopción y de Otras Formas de Protección de Menores. Posteriormente la Ley Orgánica 1/1996 la desarrolló, facilitando su aplicación. Hasta esa fecha único antecedente a esta figura que podíamos encontrar era la “colocación familiar”, medida que se adoptó durante la Guerra Civil, mediante la Orden de 1 de abril de 1937, para la atención de los niños huérfanos y abandonados.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, hace hincapié en la figura del acogimiento, sin embargo, no ofrece un tratamiento unitario de la institución, sino que su regulación se encuentra, por un lado, en el Código Civil (en los artículos 172.ter, 173 y 173.bis), y, por otro, en la LOPJM (en los artículos 20, 20.bis y 21); lo que a mi juicio dificulta enormemente su aplicación.

El concepto legal de acogimiento ha sido excesivamente simplificado con la nueva reforma, limitándose a declarar que “la guarda –asumida por la Administración- se realizará a través del acogimiento...”, suprimiendo la precisión relativa a que dicha guarda ha podido ser asumida por la Entidad Pública, bien a petición de los titulares de la misma o por resolución judicial (cuando el menor se encuentre en situación de guarda administrativa), o bien, como tutora ex lege, cuando el menor se encuentre bajo la tutela de la Administración.<sup>42</sup> La nueva Ley 26/2015, de 28 de julio, no procura una definición de acogimiento familiar, sino que exclusivamente se limita a recoger los efectos que éste produce.

En este sentido, *CAPARRÓS Y JIMÉNEZ* nos ofrecen una definición muy completa de esta figura: *“es un instrumento legal de protección del menor desamparado o –en general- de aquél cuyos padres no pueden dispensarle los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo como persona, mediante el cual es insertado plenamente –de forma transitoria, permanente, o con vistas a una posible adopción- dentro de un ambiente familiar sustitutivo o complementario del propio, que le asegure la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades, teniendo presente en todo momento que –siempre que sea posible y así lo aconseje el interés superior del menor- deberá orientarse toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia.”*

Su ejercicio corresponderá a la persona o personas que las Entidades Públicas designen para sustituir el núcleo familiar del menor. Por otro lado, el acogimiento residencial es una medida de protección subsidiaria consistente en el alojamiento de un menor en un centro, residencia o institución pública (o colaboradora) adecuada a sus características, con la finalidad de prestarle la atención, educación y formación adecuadas, con carácter provisional y durante el periodo de tiempo más breve posible. La guarda de ese menor corresponde al director o responsable de dicho centro, bajo la supervisión de la Administración autonómica competente y del Ministerio Fiscal.

Tiene un carácter personal, provisional, subsidiario, temporal, prescindible y revocable.



## **4.2 Clases de acogimiento**

El artículo 172.ter del Código Civil regula el acogimiento, en sus dos modalidades: el acogimiento familiar y el acogimiento residencial, como mecanismos para el ejercicio de la guarda administrativa del menor. Ambas tienen en común el ofrecer una alternativa que solucione la situación de desprotección en la que se encuentre un menor, debiendo primar el acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, especialmente para los menores de seis años, y de manera casi absoluta, para los menores de tres años, salvo que el interés superior del menor lo desaconseje. Esto merece, sin duda, una valoración muy positiva, puesto que obedece a lo expuesto en el artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 – ratificada por España el 30 de noviembre de 1990-, y también a la opinión generalizada de los expertos que consideran el acogimiento familiar como más beneficioso para el menor, puesto que garantiza su derecho a la convivencia familiar y evita, así, su institucionalización.

Como ya hemos reiterado, el acogimiento residencial tiene el carácter de ultima ratio, sobre lo que profundizaré más adelante.

## **5. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR**

Como antes apuntaba, el artículo 172ter CC, recoge las dos modalidades posibles de acogimiento que rigen en España hoy en día. Analizamos, en primer lugar, el acogimiento familiar.

Cabe resaltar que es prioritario formalizar el acogimiento con la familia extensa del menor, tales como tíos o abuelos, para así evitar la separación entre el menor y su familia biológica. A diferencia de lo que ocurre en otros países, constituye en España el soporte principal de esta institución. Se ha constatado que este acogimiento en familia extensa suele tener mejores resultados en cuanto a reunificación familiar, permite la preservación de la familia, su identidad cultural y étnica, además de la obvia ventaja de que los niños puedan convivir con personas cercanas a ellos que ya conocen y con quienes ya poseen vínculos

emocionales. Solo cuando esto sea imposible es cuando se plantea el acogimiento en familia ajena o residencial.

El acogimiento en familia ajena, por su lado, es aquel desempeñado por una familia que no tiene ningún tipo de parentesco con el menor y puede ser especializado si se desarrolla en una familia que posea formación específica para desarrollar tal función. Para poder acoger, la familia acogedora debe obtener una declaración de idoneidad, la cual garantiza la aptitud de la familia para cubrir las necesidades y estabilidad del menor.

El art. 20 LOPJM remite al art. 173 bis CC estableciendo las siguientes modalidades de acogimiento en función de su duración: acogimiento familiar de urgencia, acogimiento familiar temporal y acogimiento familiar permanente. Cada modalidad requiere un perfil diferente de sujeto acogedor.

## **5.1. MODALIDADES**

### **5.1.1 Acogimiento de urgencia**

Este tipo de acogimiento se reserva a los menores de seis años, y tendrá una duración no superior a los seis meses, en tanto se decida una medida protectora más estable que responda a las necesidades que demanda la situación del menor.

### **5.1.2 Acogimiento familiar temporal**

Por su parte, este tipo de acogimiento tiene una duración máxima de dos años. Se caracteriza por tener un carácter transitorio, ya que queda abierta la puerta a que el menor regrese con su familia o se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable y con vistas al largo plazo. Se considera oportuna esta medida cuando se determina que es posible la reunificación familiar.

Es obvio pensar que este tipo de acogimiento, debido a la elevada probabilidad de retorno del menor con su familia biológica, se formalice

con la familia extensa del menor. Se trata de evitar el alejamiento del menor de su entorno familiar, tanto físico como emocional. En el caso de que no exista familia extensa del menor, o les sea imposible hacerse cargo de él, y no se lleve a cabo un acogimiento en familia ajena, deberá ingresar en un centro asistencial, tema que abordaré más adelante.

Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga del mismo. El órgano competente cesará la medida en dos supuestos: si trascurrido el plazo para los padres no se observa mejoría en sus circunstancias, la Entidad Pública deberá llevar a cabo una medida de protección más estable. O bien si la familia ha superado los obstáculos que motivaron el acogimiento, por lo que tendrá lugar la reinserción del menor en su familia biológica.

### **5.1.3 Acogimiento permanente**

Se constituye este tipo de acogimiento una vez que hayan pasado los dos años del acogimiento temporal y tendrá lugar cuando no fuera posible el retorno del menor con su familia biológica, constituyendo una medida de protección más estable y enfocada en el largo plazo; así como en los casos de menores con necesidades especiales, cuando las circunstancias así lo aconsejen.

La duración de tal acogimiento es indefinida y, en principio, se calcula que será prolongada salvo que cambien las circunstancias que originaron su constitución. En este caso, la Entidad Pública puede solicitar al juez que le otorgue aquellas facultades de la tutela a la familia acogedora que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. Esto es necesario debido a que hay muchas autorizaciones o consentimientos que recaen sobre la titularidad de los padres, ya sea una autorización para una excursión en el colegio o bien una autorización médica para una intervención quirúrgica de urgencia.

Se le encomienda, por su parte, al Ministerio Fiscal la labor de vigilancia y control de la estancia del menor con su familia de acogida, y para tal fin,

el art. 174 CC le faculta en su apartado cuarto al a recabar la elaboración de informes por parte de los Servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

#### **5.1.4 Delegación de guarda con fines de adopción**

Se formalizará cuando la entidad pública eleve una propuesta de adopción del menor o cuando considere que, antes de elevar esta propuesta, sea necesario establecer un periodo de adaptación de éste a la familia.

## **5. 2. LA FORMACIÓN DEL ACOGIMIENTO**

Es en el art. 20 LOPJM donde se detallan los pasos a seguir para la formalización del acogimiento y el contenido del documento anexo que debe acompañarle. Se formalizará por resolución de la Entidad Pública que ostente la tutela o la guarda del menor, no sin antes realizar un juicio de valor examinando la posible adecuación entre el menor y su familia de acogida. A tal resolución se acompañará un documento anexo que incluirá las siguientes previsiones:

- a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido.
- b) Los consentimientos y audiencias necesarias.
- c) La modalidad del acogimiento, duración prevista, y si el acogimiento se formaliza en la familia extensa del menor o en familia ajena.
- d) Los derechos y deberes de las partes, entre los cuales se encuentra: el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con la familia de origen; el sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o, que pueda causar a terceros; la asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
- e) El contenido del seguimiento que, dependiendo de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública, y el compromiso de colaboración con el seguimiento por parte de los acogedores.
- f) Si estamos en presencia de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precise.

g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.

h) El plazo en el cual la medida será revisada; la propia provisionalidad de la medida justifica que se incluya acertadamente esta previsión. La Entidad Pública será la encargada de remitir tal anexo al Ministerio Fiscal en el plazo de un mes, en función de la superior vigilancia que le atribuye el art. 174.1 CC.

Éste se formaliza por escrito, siendo tal, un requisito de forma ad solemnitatem.

### **5.2.1 La identidad del acogedor o acogedores del acogido**

Pueden ser tanto acogedores entidades privadas, tales como asociaciones o fundaciones benéficas, siempre que concurren los requisitos para ser entidades colaboradoras, como personas físicas

#### **5.2.1.1 Las entidades privadas acogedoras**

Las entidades privadas acogedoras son las que se encuentren habilitadas por las Comunidades Autónomas para desarrollar tal función, además de reunir una serie de requisitos como: no tener ánimo lucrativo, estar legalmente constituidas, que en sus estatutos figure como fin la protección de menores y que disponga los medios materiales para el desarrollo de tales funciones. En todo caso, estarán siempre sometidas a las funciones de vigilancia atribuidas al Ministerio Fiscal o a la Entidad Pública competente.

#### **5.2.1.2 Las personas físicas acogedoras**

Puede tratarse de una única persona acogedora, constituyendo una familia monoparental; uniones matrimoniales o parejas no unidas por un vínculo matrimonial; parejas de distinto sexo o del mismo (familias homoparentales).

### **5.3 Los consentimientos y audiencias necesarias: la desjudicialización del acogimiento**

Para el análisis de los actos que se precisan en lo relativo a la constitución del acogimiento expresados en el art. 173.2 CC, son requisitos indispensables: el consentimiento de la Entidad Pública; del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años; y de los acogedores (habiendo éstos de superar los procesos selectivos anteriormente mencionados, escogiéndose a tal efecto la familia que más encaje en el sentido de cubrir las necesidades del menor de la manera más idónea.

Cabe mencionar que, en la regulación anterior, era necesario, además, el consentimiento de los padres o tutores del menor para poder formalizar el acogimiento en vía administrativa (art. 173 CC), y, en defecto del mismo, el acogimiento se formalizaba judicialmente; obviando en todo caso el consentimiento del menor, entendiéndose que, al no estar regulado expresamente en la legislación, no debía tenerse en cuenta. Frente a esto, una parte de la doctrina entendía que dicha negativa del menor en cuestión hacía necesario acudir a la vía judicial para constituir el acogimiento. De esta cuestión deriva la desjudicialización del acogimiento que venimos a analizar.

En primer lugar, es necesario tener claro que para la formalización del acogimiento se va a seguir siempre la vía administrativa, haciéndose esta formalización mediante resolución de la Entidad Pública competente. No es otra la finalidad perseguida con la reforma que priorizar el interés superior del menor y agilizar los trámites procedimentales, cosa que se complicaría si se cediese el papel al juez para acordar las medidas a estipular, siendo esto en la mayoría de las ocasiones causa de complicaciones, tanto procedimentales como procesales.

El paso a la preferencia administrativa en la constitución del acogimiento es, pues, de indudable ventaja. Existe, empero, un sector al que preocupa el alejamiento de un control jurisdiccional, siendo éste tan necesario, aportando siempre en nuestro ordenamiento jurídico garantías sobre el bienestar del menor y respecto de las familias de origen, detrás de la pretensión de la desvinculación

del menor con sus orígenes y del propósito latente de evitar medidas permanentes que supongan el no regreso.

Hay que tener en cuenta, pese a todo esto, que la preferencia de escoger la vía administrativa no impide la intervención del judicial cuando la resolución sea impugnada de forma motivada por la persona que esté legitimada para ello. Como antes se apuntaba, el papel del Ministerio Fiscal, de especial importancia en el tema que se aborda, está legitimado para el control del acogimiento, derivando la responsabilidad de los actos de constitución, cesación y/o modificación a la Entidad Pública que esté llevando el caso en cuestión.

No se puede menospreciar de forma tan ligera el papel del juez dentro de este escenario, ya que se trata de una intervención del Estado en el ámbito de derechos subjetivos como son la privación de la tenencia, ya sea de forma temporal o definitiva, de los padres o tutores respecto de sus hijos. La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio, recoge tal situación y regula el régimen jurídico del acogimiento en su Disposición Adicional II, donde se hace explícito el fin perseguido dentro de la propia Exposición de Motivos: “El acogimiento de menores está regulado por separado en previsión de una futura desjudicialización del procedimiento”.

En tanto en cuanto a lo que se refiere al derecho de audiencia del menor, se regula en los arts. 9 y 10 LOPJM, entendiéndose ésta como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad inherente a la persona, contenido en el art. 10 CE, siendo adecuado, además de determinante que el menor exprese sus sensaciones, pensamientos y preferencias sobre su esfera familiar y social. No podemos olvidar que la audiencia del menor supone una manifestación de un principio superior: el interés del menor.

El art. 9 LOPJM confiere a todo menor, desde su nacimiento hasta la mayoría de edad, el derecho a ser escuchado apuntando un único presupuesto: tener suficiente madurez. Se considerará en todo caso que el menor tiene suficiente madurez cuando alcance la edad de doce años. Si es menor de esta edad, será preciso realizar un análisis de la madurez que posee -de su grado de discernimiento-, pudiéndose apreciar en las manifestaciones o conductas que externaliza, y, si el juez lo precisa, mediante dictámenes o informes de

especialistas, constituyendo éstos, medios de prueba que podrán, solo en algunos casos, sustituir la audiencia del menor. Dentro de la regulación del derecho del menor a ser oído, se apunta que no podrá ser discriminado en su audiencia, por motivos circunstanciales externos o internos a su persona.

La persona u órgano a quien le corresponde escuchar al menor será el que tramite, posteriormente, el procedimiento en el ámbito administrativo, no siendo su opinión vinculante para el órgano decisorio que valorará la situación a posteriori. Podrá resolver en la línea de la voluntad expresada por el menor o no, siendo prioritario su bienestar y seguridad, aunque suponga esto apartarse de sus convicciones, ya que es obvio que el menor, en la mayoría de los casos pretenderá no separarse de su familia, aunque sea claro que no le beneficiará ni para su desarrollo personal ni social. La audiencia no determina, por tanto, que la voluntad del menor resuelva su destino respecto de su familia biológica, pero es necesaria y de vital importancia para descubrir la situación en la que se encuentra. Cuando no sea posible darle audiencia, su opinión será enunciada por sus representantes legales, profesores o profesionales cercanos a él que tengan conocimiento de sus opiniones o creencias respecto de su situación personal, asegurándose siempre que no existan intereses contrapuestos u otros de cualquier índole.

La denegación de la audiencia, en su caso, deberá ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y al menor, opinando gran parte de la jurisprudencia que su omisión supone una infracción al derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE.

La modificación del art. 20 bis .2 ñ) LOPJM introduce, a mi juicio no de la forma más acertada, la posibilidad de que sean los propios menores quienes puedan dirigirse directamente ante la Entidad Pública, planteando una sucesión de trámites que resultan más que difíciles para un menor de edad temprana. Por último, cabe mencionar que también se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.



#### **5.4 Derechos y deberes de las partes**

Siempre con la finalidad de no alejarse del principio del interés superior del menor, el art. 173.1 CC impone a los acogedores la obligación de “velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo”. Lo que antes de la reforma no había sido jamás contemplado es el estatuto del acogedor familiar (art. 20 bis LOPJM), en el que se recogen los derechos y deberes de las familias acogedoras.

Como derechos, podemos encontrar el de recibir información sobre el seguimiento del acogimiento, así como que la entidad que lo gestione brinde apoyo técnico especializado (como pueden ser psicólogos o trabajadores sociales). También tiene la familia el derecho a ser oída antes de que la Entidad Pública emita cualquier resolución que pueda afectar al menor o a la situación familiar que tenga, siendo de mayor relevancia las decisiones que conciernen relaciones con la familia de origen -ya sea mediante régimen de visitas o de llamadas; ser informados del plan individual de protección correspondiente a la comunidad autónoma donde ésta tenga su residencia. viajar con el menor siempre que se informe a la Entidad Pública y ésta no se oponga; percibir una compensación económica, dentro de los términos establecidos por la Ley; otorgarle al menor acogido las mismas facilidades y condiciones que a los hijos biológicos o adoptivos, garantizando así la no discriminación ni exclusión y que éste crezca en un entorno de igualdad; relacionarse con el menor cuando cese el acogimiento; se deben proteger sus datos personales para con la familia biológica; oponer quejas o sugerencias a la Entidad Pública, debiendo éstas ser tramitadas en el plazo inferior de treinta días; tendrá los mismos derechos que la Administración reconoce al resto de unidades familiares. También tienen derecho a ser parte en los procesos de oposición al acogimiento y a la declaración de desamparo; de cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento de la medida de protección en cuestión; disponer de documentación identificativa, tanto sanitaria como educativa del menor; ejercer los derechos inherentes a la guarda; ser respetados por el menor acogido; recabar el auxilio de la Entidad Pública en el ejercicio de sus funciones;

Por otra parte, entre sus obligaciones se encuentran las siguientes: oír al menor antes de tomar una decisión que le pueda afectar si tuviere suficiente madurez

y, en todo caso, si superase la edad de doce años; asegurar la plena participación del menor en la vida familiar; informar a la Entidad Pública de cualquier hecho que afecte al menor; respetar y facilitar, en la medida de lo posible, las relaciones con la familia de origen del menor; colaborar con las Entidades Públicas en el desarrollo de la intervención individualizada del menor y el seguimiento de la medida; respetar la confidencialidad de los datos relativos a los antecedentes tanto personales como familiares del menor; comunicar a la Entidad Pública cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tuvieren en cuenta para formalizar el acogimiento; tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido que la ley establece a los titulares de la patria potestad.

De la reforma también es preciso resaltar la enumeración de derechos de los menores acogidos (art. 21 bis LOPJM), que de alguna forma incrementan la seguridad jurídica y la cobertura legal. Aunque, aun de manera injusta pero inevitable, a los que les ampara un acogimiento familiar gozarán de unos derechos y ventajas específicos distintos a los que disfrutaban del acogimiento residencial. Pese a esto, ambos grupos tendrán derecho a: ser oídos -en los términos previstos en el art. 9- y, en su caso, ser parte en el proceso de oposición a la medida protectora adoptada por la Entidad Pública competente, para lo cual tiene que ser informado y notificado correctamente, así como de ser también informado sobre cualquier hecho trascendente que le concierne a él o a su situación; recibir apoyo educativo y psicoterapéutico por parte de la Entidad Pública a cargo; conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad; relacionarse con su familia de origen a través de un régimen de visitas y comunicaciones de distinta índole; así como ponerse en contacto con el Ministerio Fiscal para emitir las quejas que considere sobre su medida protectora, y más concretamente sobre el acogimiento.

También se introducen nuevos criterios de valoración para aceptar la idoneidad de las familias acogedoras, función cumplida por la Administración Pública, que dará su visto bueno mediante un certificado que, tras haberse realizado un estudio exhaustivo de la situación psicosocial de la familia, será el que autorice a la concesión del acogimiento. El tema de los criterios de idoneidad resulta un tanto controvertido, ya que para ser padres de forma natural no existen dichos

requisitos ni es necesario acreditar determinadas cualidades. Y esto choca con la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial, que al resultar a veces tan estrictas estos presupuestos ponen en cabeza a las instituciones residenciales.

Por último, es necesario mencionar la posibilidad que existe de que la familia acogedora y el menor acogido residan en comunidades autónomas diferentes. Este es el llamado mecanismo interterritorial de acogida, de forma que se facilite la oferta de familias acogedoras mediante la cooperación existente entre los gobiernos autonómicos, con el fin de que los centros de acogida operen solamente cuando no exista familia acogedora posible. Esto puede traer problemas, ya que se dificulta el contacto, así como el régimen de visitas -si hubiere- con la familia biológica de procedencia, imposibilitando el mantenimiento de los vínculos que se proclaman dentro del régimen de protección de menores que tiene como objetivo un proceso de reunificación, a excepción de las situaciones que por conveniente dicho contacto sea desaconsejable o negativo para el bienestar del menor.

### **5.5 Régimen de visitas y comunicaciones**

Queda plasmado en el art. 9.3 de la Convención de Derechos del Niño el derecho del mismo a mantener contacto directo y regular con sus padres, salvo que sea desaconsejable o contrario al interés superior del menor, disposición que entendemos que se extiende a los menores separados de su familia declarada la situación de desamparo. Dentro de nuestro derecho interno, la cuestión se regula por la modificación operada en 2015 sobre los arts. 160 y 161 CC. El campo de aplicación de este derecho no abarca solo a sus progenitores, sino alcanza a otros miembros de su familia, como pueden ser hermanos, tíos o abuelos, aportando facilidades a esto la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que introdujo cambios significativos al respecto.

El art 160 CC también reconoce a los progenitores el derecho a relacionarse con sus hijos, aun encontrándose privados de la patria potestad. Este derecho no podrá ser impedido sin mediar justa causa, ni aun encontrándose los

progenitores en prisión, para lo que la Entidad Pública deberá facilitar el traslado del menor al centro penitenciario donde estén ingresados.

Por su parte, el art. 161 CC modifica la regulación respecto del órgano competente para regular, suspender o restringir el régimen de visitas. Desde entonces, se estima que será la Administración Pública la encargada de decidir la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones de los menores en situación de desamparo, siempre que esta situación abarque perjuicios para el menor o no sea positiva para su desarrollo personal y psicosocial. Para esto, es preciso realizar una audiencia tanto a los progenitores como al menor -teniendo este más de doce años, o en todo caso la suficiente madurez. A parte, son precisas para ello las siguientes notificaciones: al Ministerio Fiscal, al director del centro de acogida en el caso de que el acogimiento fuese residencial o a la familia acogedora si fuese, pues, familiar. Determina la LEC, que, incluido el menor, estos sujetos podrán oponerse a la resolución e impugnarla.

#### **5.6 La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores**

El art. 20.1 d) LOPJM contempla la posibilidad de que los acogedores perciban una compensación económica por su labor paternal, que compense -valga la redundancia- los gastos ocasionados como cumplimiento de sus deberes como familia acogedora y los derivados del correcto acondicionamiento y cuidado del menor acogido. Esta ayuda pecuniaria cobra vital importancia cuando, por ejemplo, miembros de familia extensa (recordamos que se sitúan como alternativa preferible) les es imposible hacerse cargo del menor solamente desde un punto de vista económico, posibilitando la reinserción familiar; o también cuando la familia acogedora sufre dificultades derivadas de la crisis laboral y económica que ha golpeado nuestro país en los últimos años. Esta asignación puede percibirse por parte de los padres, tutores, parientes, o la Entidad Pública, únicamente con el fin de resarcir los desembolsos que hayan tenido que efectuar para las necesidades básicas que tiene el menor: alimentación, dentista, ropa, gafas, etcétera.

Es importante hacer mención especial al acogimiento especializado, que como dice el art. 20 LOPJM: “entendiendo por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral”. El acogimiento especializado podrá ser profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública.

## **6. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL**

### **6.1. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS**

El acogimiento residencial, por su parte, es una medida de protección de menores que se aplica, en principio, cuando no existe posibilidad de realizar acogimiento familiar ni con familia extensa ni con otra familia acogedora. Partimos de la base de que el menor se encuentre en situación de riesgo o que ya exista declaración de desamparo. A pesar de ello, la Entidad Pública competente se encargará de reubicar al menor en una familia, considerándolo más beneficioso para la estabilidad emocional y relativa al desarrollo personal del menor.

En numerosas ocasiones, este tipo de acogimiento se utiliza como puente entre la situación que originó la separación del núcleo familiar y, el acogimiento familiar o reintegración a su familia biológica. El acogimiento residencial debe ser capaz de cubrir las necesidades básicas del menor, siendo más difícil que se cubran las de tipo afectivo. Para ello, se estudian las necesidades concretas de cada menor, estableciendo un plan individual de protección definido por la Administración, que asegure el correcto desarrollo físico, psicológico y social del menor.

Este plan individual debe determinar la finalidad del ingreso del menor y los objetivos perseguidos en tiempo y forma. Desde este plan, las instituciones y profesionales a cargo garantizarán que el menor supere las dificultades -si es que existen- que éste tenga para relacionarse o para avanzar en el plano social o académico, por ejemplo. Para asegurar su funcionalidad, deberá ser revisado periódicamente y ver si efectivamente se está avanzando respecto de los objetivos determinados a su inicio, debiendo adaptarse a las necesidades cambiantes del menor, siendo posible elaborar un plan diferente que reconduzca los objetivos a la nueva situación que esté viviendo o que sea entonces aconsejable. Se deberá asegurar también que el menor asista regularmente al correspondiente centro educativo, siendo primordial que reciba una educación integral como la de los demás niños.

El centro debe proporcionar todas las facilidades posibles para que, si es conveniente, se siga un régimen de visitas con la familia biológica, como mantener las relaciones entre los hermanos.

Por su parte, la Entidad Pública competente será la encargada de autorizar y acreditar el centro, hogar funcional o servicio (art. 21.2 LOPJM); también la encargada de la supervisión y control periódicos dentro de estos centros. De nuevo, al Ministerio Fiscal le compete controlar las decisiones efectuadas por la Administración Pública sobre la adopción del acogimiento residencial, además de la inspección de los servicios y centros de acogimiento residencial, valorando los proyectos educativos individualizados -siempre en beneficio del menor- y el Reglamento interno de cada centro de acogida. De aquí surge lo que podemos llamar un doble mecanismo de seguridad que salvaguarda los intereses de los menores en cuestión, siendo la Administración la encargada de controlar la actuación de los centros, y el Ministerio Fiscal, a su vez, la actuación de la Administración.

El acogimiento residencial no es aconsejable que se constituya para los menores de tres años, exceptuando aquellos casos en los que no sea posible de ninguna forma adoptar otra medida, como establece el art.121.3 LOPJM. Por su parte, para los menores de seis años, no podrá tener una duración superior a los tres meses. El legislador pretende proteger esta franja de edad, siendo su tan corta

edad un factor que los hace vulnerables, y siendo en esta edad tan determinantes los vínculos afectivos que sí les puede proporcionar una familia.

Dentro de los centros de acogida, es el director del centro, incluso dependiendo éste de la Entidad Pública, el que desempeña la tutela o guarda del menor, siendo así por razones obvias de proximidad con éste. Se establece una doble responsabilidad por los posibles daños que pueda sufrir el menor, de la cual responderá la institución como Entidad Pública, y el director del centro como encargado directo de ejercer los deberes de tutela y guarda.

El acogimiento que se desarrolla en el hogar funcional (coloquialmente llamado piso tutelado), tiene más cosas en común con el acogimiento residencial que con el familiar, ya que aun siendo habitualmente viviendas en edificios corrientes y procurando hacer el ambiente lo más familiar posible, se sigue un régimen de pautas y normas institucionalizado que hacen difícil considerarlo una familia. En cada hogar viven entre 6 y 8 niños junto a un equipo de educadores que se ocupan las veinticuatro horas del día de acompañar al menor en su paso por el centro, asegurando su desarrollo escolar, social y emocional. A cada niño se le establece un tutor-educador, el cual se encarga de hacerle un seguimiento más cercano y personalizado, y con el que se crean vínculos más estrechos. El papel de estos tutores, así como de los educadores, es de gran importancia. Funcionan de mediadores entre el director del centro y el menor, y posibilitan que los menores vean a personas de confianza en vez de una institución que consideran lejana y distante respecto de sus intereses individuales.

## **6.2 FINALIDAD DEL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL**

A parte del objetivo indiscutible que es proporcionar un contexto de seguridad y protección que satisfaga las necesidades básicas de los niños y adolescentes que no pueden, por cualesquiera motivos, acogerse a otra medida de protección, el acogimiento residencial posee una finalidad instrumental, encontrándose al servicio del “Plan de Caso”.

Antes que nada, el plan de caso busca una reunificación familiar, que como he apuntado ya en diversas ocasiones, es lo más aconsejable para la estabilidad

emocional del menor. Aun estando sujetos a las diferentes medidas de protección, se trabaja con las familias para nunca abandonar la posibilidad del retorno del menor al núcleo familiar. Esta etapa tendrá una duración de dos años, siendo prorrogable hasta cuatro años, solo si se contempla que de alguna forma desaparecieron o podrían desaparecer las circunstancias que dieron lugar a la separación del núcleo familiar.

Residualmente, se contempla la integración estable en la familia alternativa. Tiene lugar en los casos donde se estima que la situación que originó la declaración de desamparo es irreversible, por lo que se optará por la búsqueda de una familia de acogida o el ingreso en un centro residencial especializado.

Cuando el menor se acerca a su mayoría de edad y resulta imposible o muy difícil el regreso con su familia biológica, se prepara al menor para que, tras la mayoría de edad, sea capaz de vivir de manera independiente, emocional y económicamente.

### **6.3 LA PREFERENCIA DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR FRENTE AL RESIDENCIAL**

La nueva redacción del art. 21. 3 LOPJM regula expresamente la prevalencia del acogimiento familiar sobre el residencial para los menores desamparados, y en especial para los menores de tres años. Es obvia esta consideración del legislador, ya que un hogar familiar constituye el medio social más idóneo para que los menores adquieran valores, pautas de conducta y se favorezca su desarrollo personal.

Pese a esto, la Administración debe hacer un examen del caso concreto y estimar si el acogimiento residencial es más recomendable para determinadas situaciones, asegurando de nuevo el interés superior del menor. Para esto, trata de diferenciar dos perfiles de menores: a quienes les conviene el acogimiento residencial y a los que les resulta más apropiado el acogimiento familiar. No es posible establecer unos criterios predeterminados, ya que se acude al estudio del caso concreto para determinar si el acogimiento residencial es el más apropiado y, dentro de éstos, donde encaja más un menor. Esto irá en función



de sus necesidades y características personales, ya que cada centro dispone de diferentes programas de protección, y que desarrollan para cada perfil de niño. El art. 12.1 de la LOPJM establece, como principio rector, que “deben primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales”, tratando también de priorizar los acuerdos consensuados. Por su parte, el art. 172 ter CC alude del mismo modo a esta cuestión, acordando que la guarda se conformará a través del acogimiento familiar y, solo de forma residual, operará el acogimiento residencial.

Como aspecto destacable de la reforma de 2015, se prevé potenciar el acogimiento familiar sobre el residencial, por las razones ya expuestas, pero se matiza la importancia del estudio del caso concreto, ya que en función de la situación particular del menor puede que el acogimiento residencial sea el más adecuado.

## 6.4 CENTROS DE ACOGIDA

Pasamos ahora a realizar dos clasificaciones, primero una relativa al tipo de estructura, y después por la función que desempeñan, de las diferentes estancias que existen hoy en día en España como lugares de acogimiento residencial. Es importante destacar que cada Comunidad Autónoma sigue un determinado sistema propio con diferentes residencias adaptadas a la edad, situación y fase del desamparo de cada menor.

### 6.4.1 Por el tipo de estructura

**a) Hogares:** puede tratarse de pisos corrientes donde residirán de seis a ocho niños, o de viviendas unifamiliares.

**b) Centros:** amplían su capacidad, alojando a un mayor número de menores, tratándose de edificaciones más grandes que pueden estar separadas en diferentes bloques.

## **6.4.2 Por la función que cumplen**

### **a) Hogares de pequeños de hasta tres años**

Como antes apuntaba, estos bebés y niños de tan corta edad precisan de una atención y de unos cuidados diferentes al resto de menores, y por ello, se recurrirá cuando no exista alternativa, ya que la reforma casi que exige ubicarlos únicamente en familias de acogida.

### **b) Hogares y centros de primera acogida**

Son centros con una finalidad de primera cobertura, es decir, situaciones de urgencia que sirven de recepción para posteriormente reubicar al menor en hogares o centros más estables o derivarlos en una familia de acogida, si fuese posible.

### **c) Hogares y centros de protección**

Aunque en principio puede parecer la estancia más estable dentro de las diferentes existentes para el acogimiento residencial, puede que la finalidad del caso aconseje el cambio a otro tipo de hogar, como puede ser el hogar de autonomía. Su capacidad es de hasta siete u ocho niños por hogar o unidad de convivencia, pudiendo existir varios de estos grupos.

### **d) Hogares y unidades de autonomía**

Después de pasar un tiempo en un centro de protección, se evalúa al menor al llegar a la adolescencia para considerar si puede realizarse el traslado a este tipo de centros. Para ello, debe demostrar un buen comportamiento, además de desenvolverse denotando cierto grado de independencia y de responsabilidad. Como en las unidades individuales de los centros de protección, se alcanza un pequeño número de menores (hasta cinco o seis), que convivirán juntos realizando tareas, así como reuniéndose para disfrutar de tiempos de ocio, como si de un hogar convencional se tratase.

### **e) Hogares y centros de socialización o régimen especial**

Este tipo de centro está destinado para niños mayores de doce años cuando estos presentan desviaciones o problemas de conducta, de adaptación o para expresarse. A diferencia de los otros tipos de hogares, estos centros disponen de profesionales especializados que permiten darles la atención adecuada a estos niños, aportándoles una atención integral socioeducativa y terapéutica. justificación.

## **7. LA EXTINCIÓN DEL ACOGIMIENTO**

Es en el Código Civil, en su art. 173.4, donde se enuncian las causas por las cuales puede cesar el acogimiento familiar: por resolución judicial; por decisión de la Entidad Pública (de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal); por decisión de los tutores, progenitores o acogedores; por decisión del menor si este tuviere suficiente juicio, o siendo mayor de doce años; por alcanzar el menor la mayoría de edad y por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor del menor.

Cuando el cese tiene lugar por voluntad de los acogedores, se trata de una decisión discrecional, no siendo necesario que éstos aleguen causa alguna, basta con que se lo comuniquen a la Entidad Pública a cargo del acogimiento. Esto se debe a que no es posible mantener un acogimiento en contra de la voluntad de los acogedores, siendo ésta requisito indispensable para su constitución. En el caso de que el acogimiento sea remunerado, se procederá la indemnización por daños y perjuicios; también cuando éste fuese gratuito y se prueben daños morales o materiales susceptibles de indemnización.

Lo que no es aceptable es la decisión unilateral por parte de uno de los miembros de la pareja que conforma la familia acogedora, ya que la negativa de uno supondrá la extinción del acogimiento. Parte de la doctrina no considera que la separación o divorcio comporte necesariamente la extinción inmediata, ya que, aun no siendo obviamente favorable para el menor, podrían continuarse los deberes a los que la Ley obliga a la familia acogedora.

Puede extinguirse también, a petición de los padres o tutores, demostrando en todo caso que han sido capaces de revertir la situación que originó la declaración de desamparo, dirigiéndose a la Entidad Pública competente o al Ministerio Fiscal, resolviendo en última instancia el órgano judicial en caso de controversia.

Cuando se da el cese por parte de la Entidad Pública, será precisa la audiencia de la familia acogedora -así como en todo caso preservando el interés del menor-, pudiendo tomar esta decisión únicamente cuando ostente la tutela del menor en cuestión, o también si es demostrable que la situación del menor es perjudicial para su desarrollo. En el momento en que la Administración decreta el cese del acogimiento, ha de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal y como establece el art. 174.2 del CC. Si éste está en desacuerdo, deberá acudir al órgano judicial, el cual se pronunciará, con todo, valorando si para el menor es perjudicial continuar con la familia de acogida o que cabe de algún modo la reunificación familiar.

Es fruto de la reforma, y preciso de apuntar, la inclusión del menor en este artículo; también lo contempla el art. 21. 2 c) bis LOPJM entre uno de los derechos del menor. En la regulación anterior no aparecía de forma parecida contemplada la voluntad del menor como lo está actualmente. Puede que sea favorable en algunos casos, obviamente nadie mejor que el menor va a saber cómo se encuentra dentro de una familia o centro de acogida, aunque existen influencias de tipo sentimental que pueden jugar en la contra de su correcto desarrollo.

## **8. CONCLUSIONES**

- I. Constatada la realidad de un gran colectivo de niños en situación de riesgo, es indudable admitir que son más que necesarias las medidas de protección de menores que se encuentran vigentes a día de hoy en España. Es preciso que la Administración Pública, mediante las diferentes formas de protección que tiene, sustituya de alguna forma a los progenitores cuando éstos, por causas

ajenas o no a su voluntad, no puedan ejercer las funciones y deberes que les son propias. Es necesario asegurar la cobertura de las diferentes necesidades que tiene un niño desde su nacimiento hasta la mayoría de edad, no siendo solo de índole económica, sino también sobre aspectos que pueden repercutir de manera notoria sobre su futuro, como crecer en un ambiente que le permita desarrollarse de forma íntegra, moral y emocionalmente; aportarle la estabilidad necesaria para que pueda desarrollarse social y académicamente.

- II. Uno de los aspectos más relevantes de la Reforma de 2015 ha sido la inclusión por primera vez de la definición expresa de la situación de riesgo, mientras que la declaración de desamparo se ha mantenido en la misma línea. Es en el art. 17 de la referida Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, donde se recoge: *“1. Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.”*

Además, la reforma también hace latente la intervención de la Administración Pública competente, recalando que ésta debe

garantizar en todo momento el interés superior del menor y sus derechos, así como de preservar su entorno familiar y promover una línea de actuación que se traduzca en medidas concretas para su protección y su correcto desarrollo.

- III. Por otro lado, he destacado la intencionalidad que existe en la reforma de dar prioridad a la no separación del niño del núcleo familiar. Aun declarada la situación de riesgo, los organismos públicos -normalmente actuando mediante los servicios sociales- deben prestar las ayudas pecuniarias o cualesquiera oportunas (de tipo técnico o psicológico) para restablecer la armonía y crear una situación ideal para el crecimiento del menor. Solo en última ratio, se procederá a la separación de su familia biológica. Cuando se procede a la separación, siempre se mantendrán los vínculos con los progenitores, hermanos o abuelos, a menos que sea desaconsejable para el menor y le cause perjuicios o desestabilidad en su día a día. A la hora de proceder al acogimiento, declarado el desamparo, siempre se procurará que éste tenga lugar si fuese posible dentro de la familia extensa del menor, es decir, abuelos o tíos, ya que convivir con familiares conocidos o con los que se tiene ya un vínculo es mucho menos complicado para el menor. Aun con todo, durante todo el tiempo que el menor se encuentre separado de su familia biológica, pudiendo alargarse hasta la mayoría de edad, la Administración Pública competente tiene el deber de trabajar con los progenitores y tratar de ayudarles a resolver las causas que originaron la separación del menor del núcleo familiar, para si es posible, proceder a la reunificación; además, se velará por la continuidad del contacto con éstos, mediante un régimen de visitas y/o llamadas, que eviten la desvinculación total del menor con su familia de origen y su cultura.
- IV. Partiendo del desamparo del menor, los artículos 172 a 174 CC, modificados también por la citada reforma en 2015, regulan la figura del acogimiento, partiendo del menor en situación de

desamparo y atribuyendo la tutela automática, la guarda legal y el control del acogimiento a la entidad pública a la que la Comunidad Autónoma le encomienda la protección de los menores.

Al hallarse privado el menor de la necesaria asistencia moral o material, por razón de incumplimiento o mal cumplimiento de los deberes de protección que impone la Ley, respecto a la patria potestad, la tutela o la simple guarda de hecho (art. 172.1), como medida de protección, se establece un plan de actuación. Primero, el menor que se halla en la indicada situación de desamparo queda, por ministerio de la ley, bajo la tutela (llamada *tutela ex lege* o *tutela automática*) de la entidad pública a la que la Comunidad Autónoma le atribuye la protección de los menores (art. 172.1).

La entidad pública toma medidas de protección para su guarda, lo notifica a los padres o tutores, así como al Ministerio Fiscal, bajo cuya vigilancia y control se ejerce la tutela (art. 232), sin perjuicio del control jurisdiccional propio de toda tutela (arts. 216 y 233, especialmente). Se suspende, en consecuencia, la patria potestad o la tutela bajo cuya potestad se hallaba el menor; pese a lo cual se mantiene la validez de los actos que realicen padres o tutor en representación del menor y que sean beneficiosos para el mismo.

Distinta de la tutela es la *guarda* legal de que se encarga la entidad pública, por dos motivos: o bien porque lo han solicitado los padres o tutor que por circunstancias graves no puedan cuidar del menor (y así se evita que caiga en situación de desamparo) o bien porque lo acuerda el Juez (art. 172.2).

Normalmente, la forma real de ejercer la tutela *ex lege* o tutela *automática* y la guarda es por medio del acogimiento, que puede ser residencial o familiar (art. 172.3), siempre en interés del menor, procurando su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución (en el residencial) o persona (en el familiar) (art. 172.4). La superior vigilancia del acogimiento incumbe al Ministerio Fiscal (art. 174).

- V. Dentro de cada tipo de medida, la Entidad Pública competente está obligada a realizar un plan de acción individual con cada menor,

donde estudiando su caso concreto y situación familiar, social y académica, procure el máximo desarrollo de su personalidad, brindándole el apoyo emocional y económico que le sea necesario. De este plan, debe hacerse un seguimiento periódico del menor, que la familia acogedora o el director del centro -si es que vive en un centro de acogimiento residencial- debe poner en conocimiento de la Entidad Pública, y ésta, a su vez, será vigilada y controlada por el Ministerio Fiscal, creando así un doble mecanismo de seguridad que permita salvaguardar sus derechos y donde se procure por encima de todo el interés superior del menor.

- VI.** Finalmente, es preciso también destacar como aspecto relevante en la reforma, la prioridad que se da al acogimiento familiar frente al residencial. Vuelvo a apuntar que es más que obvio que un hogar permite a los niños sentirse, aun separados de su familia, en un ambiente más tranquilo, con vínculos afectivos más cercanos y comodidad dentro de su estabilidad emocional.
- VII.** Quería destacar, sin más dilación, que cuando tenía un mes de edad fui declarada en desamparo, y hasta mi mayoría de edad, he pasado por los diferentes centros de recepción, centros de acogida, hogares de autonomía y con una familia de acogida con la que actualmente resido. Es imposible negar que para un niño es muy difícil encontrarse en esta situación, pero también es de valorar el esfuerzo de todo tipo que hacen esas familias y esos educadores en los centros para intentar que tengas una infancia y una adolescencia lo más feliz posible. He vivido desde dentro todo esto que estoy explicando y, desde mi punto de vista, debería corregirse la visión, un tanto automatizada, de estas situaciones. Aun cuando la regulación procura siempre el interés superior del menor, es cierto que cada situación de cada menor en particular es un mundo totalmente diferente, y los planes individuales de actuación pueden resultar a veces un tanto genéricos, no contemplando en muchas ocasiones los deseos u opiniones del menor.



## **9. ANEXO I: ACERCA DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Considero importante, examen aparte, el estudio de la tramitación de los expedientes de protección de menores que se inician y se instruyen en los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores, con el objeto de determinar, conocer y comprobar, la existencia de causas de desprotección social en menores de edad, que pudiesen motivar el acuerdo, mediante resolución administrativa, de medidas de protección jurídica previstas en la legislación vigente.

### **I. REGULACIÓN**

En la tramitación administrativa de los expedientes de protección de menores constituye la norma procedimental de referencia, la **Ley 39/2015, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.**

Del mismo modo, entra en juego también lo dispuesto en la normativa específica de protección a la infancia, destacando entre las normas internacionales:

- La Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990); y
- El instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010).

Respecto de nuestro derecho interno, por su parte:

- Código Civil.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Y finalmente, como legislación de desarrollo, la siguiente normativa autonómica:

- Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana.
- Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, modificado por Decreto 28/2009, de 20 de febrero, del Consell.

## II. FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN DE MENORES

### A. FASE DE INICIO O DE RECEPCIÓN

Como en cualquier procedimiento administrativo, éste se puede iniciar o bien de oficio o a solicitud de persona interesada. Establece la Ley que: *“Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.”*

En primer lugar, pasamos a examinar el inicio de oficio del procedimiento. Los expedientes se iniciarán de oficio por:

- Derivación por parte del Equipo Municipal de Servicios Sociales.
- Comunicación/Notificación desde el ámbito sanitario.
- Comunicación/Notificación desde ámbito educativo.

- Comunicación/Notificación desde ámbito policial.
- Petición razonada de otros órganos. Como puede ser, por ejemplo, la comunicación del Ministerio Fiscal, de órgano judicial, o de otros colectivos profesionales que tengan contacto con algún menor de edad y que sospechen o hayan constatado una situación de desprotección social.
- Denuncia de un particular.
- Orden superior. Por ejemplo, por orden de la Dirección General con competencias en materia de protección de menores e intervención familiar.
- Y, finalmente, por propia iniciativa de la Dirección Territorial de Bienestar Social.

No debe confundirse una comunicación (Servicios Sociales Municipales, Fiscalía, ...) o denuncia de un particular, que constituirían el inicio del procedimiento de oficio, con una solicitud de persona interesada.

Es necesario señalar que, dentro del ámbito de protección de menores, tendrán el tratamiento de procedimientos iniciados a instancia de parte aun cuando sean derivados a través de los Equipos Municipales de Servicios Sociales u otra instancia:

- La solicitud de guarda de padres o tutores ordinarios.
- La regularización de situaciones de hecho o acogimientos familiares "nominativos".
- La manifestación de los progenitores de su voluntad de dar el asentimiento a la adopción. Hablamos de la renuncia.

### **-EXPEDIENTE INFORMATIVO DE PROTECCIÓN DE MENORES**

Únicamente tendrá lugar este trámite para los procedimientos iniciados de oficio. Procederá a abrir este expediente informativo si se considera que antes de iniciar un expediente de protección, iniciado de oficio, debe completarse la información del caso concreto.

Mientras el expediente tenga la consideración de informativo, no se adoptan medidas de protección y por tanto éstas no pueden grabarse en la aplicación.

Se precisa recabar toda la información que se precise para "*conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento*". La información se solicitará por cualquier medio: de forma presencial, postal o telemática. Más tarde, se procederá a hacer un juicio de valoración que se llevará a cabo por el responsable de la tramitación inicial del expediente junto con la persona titular de la Sección correspondiente, el de Recepción o el que corresponda según criterio de reparto, sin necesidad de su estudio por la Comisión Técnica de Medidas de Protección Jurídica del Menor.

Llegados a este punto, podemos encontrarnos ante dos situaciones:

Por un lado, si se considera que no procede iniciar un expediente de protección:

1º) Se informará de ello al órgano o persona que realizó la comunicación que dio lugar a la apertura del expediente informativo.

2º) Se comunicarán los antecedentes al órgano oportuno, en caso de que hubiere que realizar alguna actuación o seguimiento de ese otro órgano (por ejemplo, al Equipo Municipal de Servicios Sociales).

3º) Se archivará el expediente informativo mediante diligencia administrativa, suscrita por la persona titular del Servicio o Sección que formalizó la apertura del expediente informativo.

Si, por el contrario, recabada y valorada la información, constatada una situación de desamparo o de riesgo, cuando pelagra el desarrollo personal, familiar, social o educativo del menor, se considera que procede iniciar un expediente de protección, tendrá lugar la apertura del mismo.

## **B. FASE DE DISEÑO DE LA INTERVENCIÓN**

En lo relativo al expediente de protección de menores.

### **A) ACTOS DE INSTRUCCIÓN**

Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

Si no constare en el expediente el preceptivo informe de derivación, y así se hubiere constatado en la anterior fase de inicio del procedimiento administrativo de protección de menores, sin que hubiera supuesto un obstáculo para su incoación, se requerirá el mismo al Equipo Municipal de Servicios Sociales.

## **B) ACTUACIONES HABITUALES**

Pasamos a analizar algunas de las tareas y actuaciones que, ordinariamente, se van a realizar durante la instrucción de un procedimiento de protección de menores, no siguiendo esta enumeración un sentido cronológico, ni tampoco excluyendo otras actuaciones que por la situación concreta de un menor podrán llevarse a cabo también.

a) Solicitar el certificado de nacimiento del menor. Si no consta, se promoverá el oportuno expediente de inscripción de nacimiento en el Registro Civil, una vez haya sido tutelado (artículo 10.2 de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, y artículo 13 del RMPJMVCV).

b) Solicitar a cualquier entidad, organismo, institución o profesional, informes técnicos, psicológicos, sociales, sanitarios o pedagógicos que sean de utilidad para la instrucción del expediente.

c) Conocer al menor y garantizar su derecho a ser oído. Se deberá mantener un contacto personalizado con el menor para conocer, si su edad o madurez suficiente lo permiten, sus necesidades y opinión.

Del mismo modo, y de conformidad con el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reconoce al menor el derecho a ser oído en cualquier procedimiento administrativo en que esté

directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, será necesario cumplir con este precepto. Esta escucha se llevará a cabo por el instructor del expediente, haciéndolo constar mediante diligencia administrativa.

En los casos que el menor tuviere doce años cumplidos, es obligatorio recabar su consentimiento para el acogimiento familiar simple, permanente o preadoptivo, si el interés del menor aconseja la adopción de la medida propuesta, que deberá constar además mediante su firma en el documento de formalización del mismo (artículo 173.2 del Código Civil y artículo 47 RMPJMCV).

d) Previamente a formular la propuesta de resolución, realizar el trámite de audiencia a los padres, tutores o responsables de la guarda del menor, para que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (artículo 100.3 de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, y artículos 27.2 y 39.3 del RMPJMCV).

e) La Dirección Territorial de Bienestar Social deberá mantener durante la instrucción del expediente, contacto con la familia biológica, tutores o guardadores de hecho, con los Equipos Municipales de Servicios Sociales, General o Especializado, con los centros residenciales de protección si el menor estuviere ya ingresado, con las entidades que realicen la intervención y seguimiento de los acogimientos si estuviere ya acogido en familia educadora y con los demás organismos y entidades que fueran pertinentes en relación con el caso.

f) Recabar el consentimiento de los padres o tutores para el acogimiento familiar del menor, algo que señala el artículo 173.2, primer párrafo, del Código Civil, cuando establece la necesidad de formalizar por escrito todo acogimiento familiar, señala que *"Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario que presten o hayan prestado su consentimiento ...."*

Es necesario poder determinar el consentimiento, ya que devendrá el carácter o naturaleza del acogimiento (administrativo o provisional-judicial).

En los acogimientos familiares simples y permanentes, el consentimiento de los padres o tutores legales del menor, sino ha sido remitido junto al Informe de Derivación por el Equipo Municipal de Servicios Sociales, podrá ser requerido a éste.

g) Con respecto a los menores extranjeros no acompañados, se estará a lo establecido para los actos de trámite previstos en el "*Protocolo de actuación interinstitucional para la atención en la Comunidad Valenciana, de menores extranjeros en situación irregular indocumentados o cuya documentación ofrezca dudas razonables sobre su autenticidad*", en relación con la legislación vigente en materia de derechos y obligaciones de los extranjeros en España, en aspectos como comunicaciones a la Delegación/Subdelegación del Gobierno, solicitud de repatriación, solicitud de autorización de residencia, ....

h) En caso de que la Dirección Territorial tenga conocimiento de una guarda de hecho en la que no se aprecie la situación de desamparo, se procederá a notificar al Ministerio Fiscal la existencia de dicha guarda de hecho, a los efectos de lo previsto en el artículo 228 del Código Civil y artículo 24.2 del RMPJMCV. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de tener que formalizar un acogimiento familiar sin guarda ni tutela, prevenido en el artículo 173.2 del Código Civil, si existe demanda de los acogedores de hecho del menor.

Es en esta fase -la fase de diseño de la intervención-, donde se elaborará una propuesta del *Plan Individualizado de Protección del Menor*, que se trata de un documento técnico que recoge los elementos necesarios para el desarrollo, ejecución y revisión de la intervención que se realice con el menor y, si se estima conveniente, con su familia.

El artículo 85 de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, donde se desglosa la planificación de la intervención, se establece en su apartado 1 que irá plasmado en un documento técnico, donde deberán aparecer, al menos, los siguientes elementos:

1º. Situación jurídico-administrativa que motiva la intervención, especificando si se trata de:

- La formalización de una situación de hecho de acogimiento familiar.
- Una petición de guarda voluntaria por parte de los padres o tutores.
- Una situación de desamparo.

2º. Objetivos de la intervención, especificando si la finalidad es:

- La reunificación familiar (separación provisional con probabilidad de retorno).
- La incorporación definitiva a un nuevo núcleo familiar.
- La preparación para la emancipación.

3º. Medidas aplicadas, que podrán ser:

- La asunción de tutela, previa declaración de desamparo del menor.
- La guarda del menor.
- El acogimiento familiar con familia extensa o allegada, o con familia educadora, en la modalidad legal de simple o permanente.
- El acogimiento residencial.
- El acogimiento familiar preadoptivo o la adopción.

4º. Variables significativas para la regulación del contacto del menor con su familia, como pueden ser: si se establecen estancias durante los periodos vacacionales, fines de semana, régimen de visitas si lo hubiese, necesidad de presencia de profesionales para la supervisión de las mismas...

5º. Temporalización de la intervención, en función del objetivo de intervención seleccionado: cuando el objetivo sea la reunificación familiar, se determinará fecha de retorno del menor con su familia, procurando que nunca sea superior a 18 meses.

6º. Intervención y coordinación, diferenciando dos niveles:

La coordinación con los agentes locales que participan en la intervención con la familia o con el menor: ámbito social, ámbito educativo, sanitario, policial, otros



servicios especializados. La coordinación con los Equipos Municipales de Servicios Sociales, con el EMSSG y con el SEAFI cuando se haya solicitado su intervención. En todos los casos la coordinación entre todos los agentes intervinientes se establecerá a partir del objetivo final de intervención que se haya planteado.

Este diseño inicial del Plan de Protección de Menores será presentado, junto con el expediente a la Comisión Técnica de Medidas de Protección Jurídica del Menor, la cual propondrá el mismo al titular de los Servicios Territoriales de la Dirección Territorial del órgano de la Generalitat con competencias en materia de protección de menores, persona que formulará la Toma de Decisión de la Medida a adoptar. Se entenderá aprobado, entonces, cuando se dicta la resolución administrativa que acuerda la medida, sin necesidad de declaración expresa.

El Plan de Protección del Menor también deberá previamente y de forma ineludible una vez aprobado por el titular de los Servicios Territoriales de la Dirección Territorial del órgano de la Generalitat con competencias en materia de protección de menores, recoger o remitirse, integrándolo, al Plan de Intervención Familiar.

### **C. FASE DE RESOLUCIÓN**

#### **A) PROPUESTA DE RESOLUCIÓN**

Concluida la fase o etapa de la instrucción del expediente, el Técnico responsable del mismo, realizará la valoración y diagnóstico del caso, elevando posteriormente el expediente administrativo junto con el Plan de Protección del Menor para su estudio y valoración, a la Comisión Técnica de Medidas de Protección Jurídica del Menor, como fase previa a la elaboración de la propuesta de resolución; ésta asumirá el resto de decisiones y actos administrativos que hayan que adoptarse en el ejercicio del cargo tutelar que la Entidad Pública ejerza (guarda, tutela o mera formalización de un acogimiento familiar), no expresamente enumerados en el artículo 90.1 del RMPJMCV.

Más tarde, formulará una propuesta de resolución motivada, la cual será, en su caso, suscrita por la persona titular del Servicio competente en materia de protección de menores, si bien la redacción de la misma corresponde realizarla al Técnico responsable del expediente.

En el caso que el expediente haya sido iniciado de oficio, si la Comisión Técnica de Medidas de Protección Jurídica del Menor valora la no necesidad de asumir la guarda o declarar el desamparo del menor, la propuesta de resolución deberá expresar esta circunstancia y los motivos de esa decisión, proponiendo el archivo del expediente.

En expediente iniciado a instancia de parte es necesario dictar siempre resolución administrativa, aceptando o denegando lo solicitado por el interesado.

En los casos de resoluciones de desamparo y tutela dictadas por el procedimiento de urgencia podrá obviarse la propuesta de resolución, especialmente si dicha resolución es dictada en uso de la delegación de firma.

## **B) RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA**

Las resoluciones administrativas en los expedientes de protección de menores, y con ello la Toma de Decisiones, serán competencia exclusiva y formalización de la persona titular de la Dirección Territorial del órgano de la Generalitat con competencias en materia de protección de menores, salvo los supuestos de delegación de firma.

El Plan de Protección de Menores se entenderá aprobado cuando se dicte la resolución administrativa que acuerde la medida, sin necesidad de declaración expresa.

Por su parte, las medidas de protección de asunción de guarda voluntaria y aquellas que impliquen la adopción de forma de guarda (acogimiento residencial y acogimiento familiar simple, e incluso si así se estima conveniente el acogimiento familiar permanente) deberán estar temporalizadas.

Esta temporalización debe ser la mínima para conseguir los objetivos que con la medida se persigue, y sí bien y de conformidad con el artículo 11.1 del

RMPJMCV no deberá superar los seis meses, si el Objetivo previsto y la intervención lo justifican podrán alcanzar motivadamente hasta un período de dieciocho meses tanto en cómputo inicial como consecuencia de diferentes prórrogas.

Ello no obsta para que toda medida adoptada de asunción de guarda voluntaria, acogimiento familiar y acogimiento residencial, sean revisadas cada seis meses, sin perjuicio de que la revisión se realice antes como consecuencia de una variación de las circunstancias. Esta revisión será realiza por el Técnico instructor y la persona titular de la Sección dependiente.

El cese o la prórroga transcurridos los seis meses o el plazo fijado, o la modificación o cambio de la medida revisada, se formalizará en resolución administrativa, siempre con carácter previo al vencimiento del plazo de la medida dictada.

Las resoluciones en las que se acuerdan los acogimientos familiares permanentes podrán excluirse de esta temporalización, atendiendo a la naturaleza de esta medida, sin perjuicio que la misma no impide su temporalización.

Por último, cabe destacar que la adopción mediante resolución administrativa, de una nueva medida de protección implicará de forma automática el cese de la anterior, aunque no se haya hecho una declaración expresa, salvo que fueran compatibles atendiendo a su naturaleza (artículo 12.2 del RMPJMCV).

## **10.ANEXO II: MI EXPERIENCIA PERSONAL COMO MENOR EN DESAMPARO TUTELADA POR LA GENERALITAT VALENCIANA**

### **I. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO**

A pesar de que, desde que tenía un mes, los mecanismos de protección del menor se pusieron en marcha, con una familia acogedora y la retirada de la custodia a mis padres biológicos, no es hasta el año 2000, cuando se publica en el DOCV la resolución de desamparo. Durante todo ese tiempo, existió una especie de vacío burocrático, así como también se dieron unos riesgos como, por ejemplo, la posible no devolución a mi familia acogedora tras una visita, hallándose ésta legalmente desprotegida. La gestión de las visitas y de mi situación en general se llevaba en paralelo por la Generalitat y los Ayuntamientos de Elche y Alicante, lo que evidencia una clara descoordinación entre los organismos a la hora de actuar en la práctica con las medidas de protección.

Con la declaración de desamparo ya en firme, fue más fácil empezar una nueva etapa y dar unos poderes, aunque estimo que incompletos, a la familia acogedora para mi propio desarrollo como menor (escolarización, actividades extraescolares, viajes de corta distancia, médicos...).

### **II. INFANCIA, ESCOLARIZACIÓN Y SEGUIMIENTO POR ENTIDADES PRIVADAS. CRÍTICA A LA EXTERNALIZACIÓN DE ESTOS SERVICIOS**

Como he señalado en el apartado anterior, la regularización u oficialización del desamparo y del régimen de acogimiento familiar permanente permitieron que mi familia acogedora asumiese tareas propias para mi desarrollo, tan básicas como la elección de un colegio, poder portar mi tarjeta sanitaria o la cartilla del pediatra. Sin embargo, estos primeros años, el abandono por parte de la administración fue muy acusado. Pasaban los años y nadie se preocupaba de si mis cuidados eran los adecuados y, como crítica a la materialización de la compensación económica que abordo en el punto 5.6 de mi trabajo, nadie había informado a mi familia acogedora de la posibilidad de acceder a una ayuda mensual, que más tarde acabaron recibiendo fuera de tiempo y sin ajustarse a

ningún tipo de criterio para su ingreso, además de nunca recibir los correspondientes atrasos de los años que no la habían solicitado por desconocimiento.

Creo oportuno señalar cuando la Administración decide externalizar el servicio de seguimiento de familias acogedoras, es decir, privatizarlo, acompañándome esa condición hasta mi mayoría de edad. He tratado con diferentes entidades, cambiantes en el tiempo, que enviaban trabajadores sociales, psicólogos, entrando y saliendo de casa, preguntando por intimidades, acudiendo a mis centros escolares. Personas que conmigo no tenían ningún vínculo y que mi percepción de ellos era más que nada que hacían una labor de policía más que de asegurar mi bienestar, sintiéndome incómoda cada vez que me pedían que me abriese con ellos.

La crítica a todo esto es que detrás de la gestión privada de una entidad, siempre van a darse otros intereses, sobre todo de tipo económico. Un servicio tan básico e importante para los menores desamparados debería de realizarse por organismos públicos compuestos por funcionarios, que aporten una estabilidad en su estructura y para con los trabajadores y con el servicio que ofrecen. Es más que obvio que una entidad pública siempre va a priorizar la calidad del servicio, en este caso a las familias acogedoras y a los menores, dejando en segundo plano la cuestión económica.

### **III. RÉGIMEN EN UN CENTRO DE ACOGIDA**

Al llegar a la adolescencia pasé a un centro de acogida, de nuevo gestionado por entidad privada, aunque era público, y al que también se le podrían hacer las mismas críticas que he enunciado en el apartado anterior. Centros de acogida que no son centros de internamiento de menores pero que pretenden, por alguna extraña razón, serlo. Creo que hace falta mucha pedagogía en este sentido, un menor que se encuentra en un centro de acogida, por muy adolescente que sea, no está ahí por sus actos ni por voluntad propia. Por ello, debe entenderse como hogar, no desnaturalizándolo. A modo de ejemplo, si el escritorio o la cama de la habitación es de obra, el contexto del menor va a estar totalmente desnaturalizado, ningún compañero suyo de clase cuando sale al instituto tiene

muebles de obra. Además, a ello se suma que suele ser en la etapa de la adolescencia. La adolescencia es complicada para todos los menores y no lo va a ser menos, sino que, de forma agravada, para menores con medidas de protección, por lo que no se les puede tratar como a internos. Esto podría paliarse si existiese un verdadero control de las administraciones públicas sobre la forma de trabajar de las entidades privadas que gestionan este tipo de centros.

No quiero desvalorar, por todo lo expuesto, la importante labor que hacen todos los educadores, que te acompañan día a día en cada una de tus tareas, te escuchan, intentan ayudarte y que aceptes de la mejor forma posible todas las frustraciones y preguntas que asaltan tu cabeza cuando estás allí encerrado.

#### **IV. RÉGIMEN EN UN HOGAR DE AUTONOMÍA**

El hogar de autonomía es la herramienta para “saltar” a la mayoría de edad. Están pensados para que el menor a los dieciocho años haya terminado su formación, encuentre trabajo y sea capaz de pagarse un alquiler, algo que se hace difícil y más durante los últimos años en el contexto de crisis económica que se ha vivido.

Durante mi estancia allí, cursé bachillerato, y fui la única persona que tenía la voluntad de encaminar su vida hacia un grado universitario. Pienso que debería de hacerse una clasificación de los menores por hogares en función de su nivel académico, porque es difícil que aparezca la motivación para estudiar en alguien que está rodeado de gente que no asiste al instituto (aun estando matriculado) o que no sabe a penas hablar español. Desde todo el respeto hago este apunte, pero simplemente yo me sentía muy fuera de lugar.

Lo bueno del hogar de autonomía es que el régimen es más abierto que en los centros, y las normas menos estrictas, aunque aun así, mi intimidad se veía bastante mermada, ya que, por ejemplo, pueden entrar de un momento a otro a tu habitación a cualquier hora del día.

## **V. LA MAYORÍA DE EDAD. EL VERDADERO DESAMPARO**

Como menor declarada en desamparo durante casi dieciocho años de mi vida, he querido llamar a este punto “el verdadero desamparo”. Al llegar a la mayoría de edad tuve mucha suerte porque la que fue mi familia acogedora me volvió a abrir las puertas de su casa sin pedir nada a cambio. Pero la Administración cree que una persona con dieciocho años es lo suficientemente autónoma para salir adelante sola, sin ayudas, sin información suficiente, sin vivienda. Es cierto que se ofrecen hogares con un régimen muy similar al de los hogares de autonomía, pero después de permanecer años estando encerrado y controlado en prácticamente todos los ámbitos de tu vida, lo último que quiere un menor es regresar a un sitio así.

Por esto lo denomino el verdadero desamparo. La administración no puede “abandonar”, enviando una carta con la resolución que cesa el desamparo y lavándose las manos en lo relativo al desarrollo de esa persona en los siguientes años que tiene por delante.

A modo de ejemplo, legalmente se encuentra habilitada para los menores que hayan estado en un sistema de protección de menores los tres años antes a la mayoría de edad, una exención del pago de tasas universitarias; pues bien, ni la Universidad Miguel Hernández, ni el resto de la Comunidad Valenciana tienen habilitada esta opción a la hora de hacer la matrícula, no existe en el desplegable, ni tampoco ningún mecanismo informativo que lo haga llegar.

## **VI. LA ASOCIACIÓN DE VOLUNTARIOS DE ACOGIMIENTO FAMILIAR (AVAF)**

Para concluir, veo necesario hacer mención de esta entidad sin ánimo de lucro, que presta ayuda a las familias acogedoras a nivel autonómico dentro de la Comunidad Valenciana.

El propósito de esta organización es el de promocionar el recurso del acogimiento familiar, además de orientar, acompañar y dar apoyo moral y psicológico a las familias acogedoras, mediante un sistema de puesta en común

de experiencias a través de eventos, convenciones, talleres grupales o charlas, que tienen lugar los fines de semana o durante las vacaciones de verano, Pascua o Navidad. Trabajan en colaboración con diferentes entidades públicas, como pueden ser Centros Municipales de Servicios Sociales o la Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas.

Paso a enumerar los diferentes programas de los que disponen, destacando, de nuevo, la gran labor de esta asociación, y agradeciendo la ayuda que aportó a mi familia acogedora y a mí durante el acogimiento:

1. Programa de apoyo psicosocial a las familias acogedoras y a los/as menores acogidos/as.
2. Programa de fomento y difusión del acogimiento.
3. Programa de fomento de la inclusión social en progenitores/as con hijos/as a su cargo y/o tutelados.
4. Programa de atención integral especializada a la infancia y a la adolescencia en situación de vulnerabilidad social.
5. Programa de ocio y tiempo libre para niños, niñas y adolescentes en acogimiento familiar y/o en riesgo de exclusión.
6. Programa de fomento, formación y gestión del voluntariado.
7. Programa de prevención, sensibilización y detección precoz de la violencia de género en relaciones de noviazgo adolescente.
8. Programa de fomento de la parentalidad positiva y terapéutica en familias acogedoras y/o en riesgo de exclusión.
9. Programa de acompañamiento a jóvenes extutelados mediante tutores de resiliencia.
10. Programa de prevención, sensibilización y detección del mal uso de las TICS.



## **11. ANEXO III: ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO Y JURISPRUDENCIAL**

### **I.- JURISPRUDENCIA**

#### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

STC. de 29 de junio de 2009. RTC 2009\163

STC. de 25 de noviembre de 2002. RTC 2002\221

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

STS. de 31 de junio de 2009. RJ 2009\4581

STS. de 17 de febrero de 2012. RJ 2012\3924

STS. de 4 de noviembre de 2013. RJ 2013\7074

STS. de 27 de octubre de 2014. RJ 2014\5183

STS. de 20 de octubre de 2015. RJ 2014\5613

STS. de 13 de febrero de 2015. RJ 2015\681

STS. de 17 de febrero de 2015. RJ 2015\924

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

STSJ. de Cataluña, de 16 de abril de 2012. RJ 2012\11109

#### **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

SAP. de Cantabria, de 25 de abril de 1997. AC 1997\908

SAP. de Tarragona, de 27 de noviembre de 1995. AC 1995\2224

SAP. de León, de 29 de noviembre de 1995. AC 1995\2229

SAP. de Cantabria, de 4 de febrero de 2003. AC 2003\1345

SAP. de Málaga, de 4 de abril de 2003. JUR 2003\238754

SAP. de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de julio de 2004. JUR 2004\24600

SAP. de Zaragoza, de 14 de julio de 2004. AC 2004\990

SAP. de Navarra, de 15 de febrero de 2005. JUR 2005\85280

SAP. de Alicante, de 15 de abril de 2008. AC 2008\1372

SAP. de Barcelona, de 27 de septiembre de 2011

SAP. de Burgos, de 28 de diciembre de 2012. JUR 2013\52968

SAP. de Pontevedra, de 15 de octubre de 2013. AC 2014\1957

## II.- BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P., “Modificaciones del derecho civil contenidas en el anteproyecto de ley de protección de la infancia”, Aranzadi, nº 4/2014, 2014 (artículo en versión electrónica).

- AMBRONA BARDAJÍ, M., / HERNÁNDEZ GIL, F., Lecciones de derecho de familia, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999. - BENITO ALONSO, F.J., “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda”, Diario la Ley, tomo 6, 1997, (artículo en versión electrónica).

- BO JANÉ, M. / CABALLERO RIBERA, M., “El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?”, Diario la Ley, tomo 6, 1996, (artículo en versión electrónica).

- CAMPO IZQUIERDO, A.L., “Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia desde el punto de vista de un juez de familia”, Diario la Ley, nº 8, 2014, (artículo en versión electrónica).

-DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español” (artículo en versión electrónica)

- DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A, “Capítulo XI. El acogimiento del menor en situación de desamparo”, en GARCÍA GARNICA, M.D.C., Aspectos puntuales de la Protección jurídica el Menor: una aproximación Interdisciplinar, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008
- DÍEZ GARCÍA, H., “Desamparo de menores y acogimiento”, Aranzadi, vol. III, 1999, (artículo en versión electrónica). Disponible en [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es)
- DOMÍNGUEZ ALONSO, J., / MOHEDANO MONÉNDEZ, R., El acogimiento de menores en el actual sistema de protección a la infancia: La importancia del contexto, Revista internacional de trabajo social y bienestar, nº 3, 2003.
- DOMÍNGUEZ ESTEVE, CRISTINA, “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo: análisis crítico de las últimas reformas.” (artículo en versión electrónica)
- ESPIAU ESPIAU, S. / VAQUER ALOY, A., Protección de menores, acogimiento y adopción, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)”, Actualidad Civil, 1995, nº 2.
- LEIVA RODRÍGUEZ, B./ GARCÍA GARNICA, M. C., “Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (I)”.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, J., “Capítulo IV. Figuras jurídicas”, en MARTÍN HERNÁNDEZ, J., Protección de menores: una institución en crisis, Ed. Pirámide, Madrid, 2009.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., “Capítulo III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores”, en MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009.

- VARGAS CABRERA, BARTOLOMÉ (Fiscal del Tribunal Supremo), “El Ministerio Fiscal y el principio de interés superior del menor” (artículo en versión electrónica)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Capítulo IV. Menores en situación de desprotección social: Guarda, acogimiento y adopción”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ

