



Universidad
Zaragoza

Trabajo de fin de grado

La tutela administrativa y el desamparo tras la reforma de
2015

Autor/ es

Alba Co Bernabéu

Director/es

Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

Índice

I.ABREVIATURAS.....	4
II.INTRODUCCIÓN	
1. CUESTIONES TRATADAS EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	5
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACION DE SU INTERES..	7
III.DESARROLLO	
1. Características fundamentales de los sistemas de protección.....	8
1.1 Rasgos básicos del desamparo y tutela administrativa antes de la reforma..	11
2. La reforma del desamparo y la tutela administrativa.....	14
2.1.1 Desamparo, concepto y causas.....	15
2.1.2 La apreciación del desamparo y sus efectos.....	17
2.1.3 Revocación y cese del desamparo.....	18
2.1.4 Funciones del Ministerio Fiscal.....	21
2.1.5 Medidas de protección para la tutela administrativa y el desamparo	22
2.1.6 Régimen de visitas o relaciones personales.....	23
2.1.7 Medidas del art. 158 CC.....	25
2.1.8 Plan individualizado.....	26
2.1.9 Desamparo (entrada a domicilio).....	28
2.2 Valoración de la eficacia de la reforma.....	29
2.3 Análisis técnico de la regulación tras la reforma.....	34

IV.CONCLUSIONES.....	37
V.BIBLIOGRAFÍA.....	39

I. ABREVIATURAS

LEC.	Ley de enjuiciamiento civil
LOPJ	Ley Orgánica del poder judicial
CC	Código civil
LO	Ley Orgánica
STS	Sentencia tribunal supremo
AP	Audiencia Provincial

II.INTRODUCCIÓN

1. CUESTIONES TRATADAS EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

Este trabajo está orientado al estudio de algunos de los cambios operados en el sistema de protección de menores por de dos leyes: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, lo que ha conllevado la modificación de varias leyes, entre ellas, el Código civil. En mi trabajo me voy a centrar en la modificación del Código Civil, concretamente, en lo que respecta a la Tutela Administrativa y el Desamparo.

En primer lugar voy a realizar una introducción para adentrarnos un poco en la materia, hablare sobre las características fundamentales de los sistemas de protección, a continuación de los rasgos básicos de la tutela administrativa y el desamparo, antes de la reforma y es en este apartado, donde explicaré en qué consiste la Tutela Administrativa, puesto que es necesario conocer del concepto de Tutela Administrativa para pasar a analizar todos los cambios a los que se ha visto sometida esta tutela.

Una vez haya realizado la introducción, voy a señalar los cambios que han surgido en la Tutela Administrativa y el desamparo; tanto el concepto de desamparo, las causas, las causas de cese, el papel del Ministerio Fiscal, el plan individualizado... es decir, analizaré todos los cambios que ha sufrido la Tutela Administrativa de los menores desamparados y además de las modificaciones que han afectado al CC, hare alguna referencia a aquellas modificaciones que aunque no sean del CC, las considero importantes en relación con la Tutela Administrativa y el desamparo.

Después realizare una valoración de la reforma, analizaré los cambios más significativos, según mi punto de vista y aportare mi opinión sobre la reforma, si considero que ha sido positiva negativa y los motivos.

A continuación, hay un apartado dedicado, al análisis técnico de regulación tras la reforma, señalare las cuestiones que se han visto afectadas tras las reforma en la práctica. En este apartado, abordare temas relativos al régimen transitorio, la aplicación de la nueva legislación en las Comunidades autónomas, etc.

Y por último una conclusión de todo el trabajo.

Para la realización del trabajo, en lo que respecta a la introducción, he hecho uso de varios manuales específicos en la materia de los que he obtenido la información más adecuada desde mi punto de vista. Por lo que respecta al posterior desarrollo del trabajo, he tenido que hacer uso de la bibliografía existente antes de la reforma, porque apenas he podido disponer de bibliografía posterior a la reforma.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACION DE SU INTERES

El tema de la protección de menores siempre me ha llamado mucho la atención, sobre todo en lo que respecta a menores en situaciones de desprotección, por eso, quería estudiar el trato que reciben estos menores en la sociedad, las medidas a las que son sometidos, qué niños forman parte de este sector de desprotección, cuánto tiempo deben de estar bajo las medidas, quién tiene la potestad de adoptar dichas medidas protectoras, etc. De ahí la elección del tema, porque gracias al estudio que voy a realizar con este trabajo, voy a tener un mayor conocimiento esas cuestiones.

Además considero que es un tema interesante, con el que voy a poder aprender mucho sobre la protección de menores en España, ya no solo en lo que respecta a la tutela administrativa y desamparo, sino, también sobre otras cuestiones ya que el estudio de una modificación legal, te obliga a estudiar otros cambios que también están relacionados.

Pienso que es interesante porque, al ser una reforma podrá verse cómo ha ido cambiando la legislación debido a los cambios que sufre la sociedad, para así adecuarse al momento actual, y a las necesidades de los menores. Así es posible realizar un análisis, sobre si la reforma es buena, si la regulación ha ido mejorando a lo largo de los años y si la protección a la que está sometido lo menores es correcta y suficiente.

II. DESARROLLO

1. Características fundamentales de los sistemas de protección de menores

En la actualidad, el menor es sujeto especial de tutela, tanto desde el punto de vista social como desde el político, el psicológico y el jurídico.¹ Cada vez existe una mayor sensibilidad hacia los problemas que sufre la infancia y una preocupación mayor por su falta de madurez, pueden ser fácilmente manipulados y necesitan que se les atienda en sus necesidades para obtener una formación integral que les garantice un desarrollo adecuado.²

El medio idóneo para desarrollarse integralmente el menor, es el constituido por la propia familia, así sucede en la mayoría de los casos. Ya que, en situaciones «normales», no hay medio más natural, ni mejor, que el padre y la madre ejerzan el cuidado, guarda y protección de los hijos.³

En ciertos casos, atribuir a los padres el cuidado y guarda de los menores no es posible, o no es aconsejable; ante la imposibilidad de que los padres ejerzan la patria potestad con sus funciones propias, la Ley arbitra otros mecanismos jurídicos para la protección de estos menores. En defecto de la patria potestad, la protección de los menores recae subsidiariamente en la institución de la tutela ordinaria⁴.

Las causas por las que un menor se puede encontrar en estas situaciones son muy variadas y abarcan situaciones muy dispares.

Pero otras veces, no existen los anteriores mecanismos para la guarda y protección de menores, o aunque existan se da un mal funcionamiento, es en estos casos cuando resulta necesaria la intervención de la Administración, para así paliar las situaciones de desprotección.

¹ TEJEDOR MUÑOZ L. « La guarda y acogimiento de menores » *Curso sobre la protección jurídica del menor*. Colex, Madrid, 2001. P.120

² RUIZ JIMENEZ J. « La capacidad del menor » *Curso sobre la protección jurídica del menor*. Colex, Madrid, 2001. P.134

³ TEJEDOR MUÑOZ L. « Niños desamparados: la obligación tutelar de las Administraciones Publicas en España» *Los derechos de la infancia y la adolescencia*. Ariel, Barcelona, 2006. P.122

⁴ TEJEDOR MUÑOZ L. « Niños desamparados: la obligación tutelar de las Administraciones Publicas en España » *Los derechos de la infancia y la adolescencia*. Ariel, Barcelona, 2006. P. 123

Y este sistema de protección de menores se califica por los siguientes rasgos:

-Se da prioridad a la protección por medio de actuaciones que atienden a prevenir, detectar y reparar las situaciones de riesgos, que pueda estar el menor (art.12 LOPJ). Por ello, se debe de otorgar carácter subsidiario a las actuaciones de los poderes públicos, que como la tutela administrativa, puedan conllevar la asunción de medidas definitivas e irreversibles para el menor. Lo que se pretende, es que las Entidades Públicas procuren evitar las situaciones de desamparo antes que atender a su resolución.

-Cuando las situaciones excedan del riesgo, de forma que hayan desembocado en el desamparo, se atribuye a las Entidades Públicas, la tutela de los menores en desamparo (art. 18 LOPJ, art. 172.1, 222.4º y 239.1CC)

-Salvo que sea contrario al interés del menor, se asume como pauta general procurar en última instancia el retorno del menor declarado en desamparo al núcleo familiar del que procede (ex arts. 172.2, in fine y 172 ter.2 CCC). Tienen carácter subsidiario las medidas que conlleven la ruptura de vínculos entre el menor y su familia de origen, o la asunción definitiva del menor por una familia distinta a la de procedencia.

-Se utiliza para toda la actuación administrativa en la materia el principio del mantenimiento del menor en el medio familiar de origen. Por lo tanto, en el caso de que sea posible que el desamparado vuelva a su familia de origen y salvo que sea inconveniente para el menor, mientras subsistan las circunstancias que dieron lugar a la tutela administrativa, la integración de los declarados en desamparo debe llevarse a cabo en el ámbito familiar de origen, antes que por medio del acogimiento a través de personas extrañas.

- Tiene preferencia el acogimiento familiar (art. 20 LOPJ), frente al acogimiento institucional.

-Cuando haya varios menores afectados que sean hermanos, para no separarlos, se sanciona un principio de unicidad de actuaciones de protección en cuya virtud se habrá de procurar que la guarda de los hermanos se confié a una misma persona o institución (art. 172 ter.2 CC)

-La competencia que tienen las Entidades Públicas excede a la delimitada por los menores en desamparo. Porque además de que la Administración intervenga en los casos de riesgo para el menor (art. 12 y 17 LOPJ), las Entidades Públicas también tienen competencia general en relación con la adopción. La regla general, es que se requiere la propuesta previa de la Entidad Pública para iniciar un expediente de adopción (art. 172.2 CC). De esta forma, la competencia de las Entidades Públicas está en un principio delimitada subjetivamente porque existen menores en situaciones de riesgo o desamparo, pero además se aplica objetivamente a los supuestos en que se trata de constituir la adopción de un menor.⁵

- Se insta un principio informador de todo el sistema de protección pública el de la primacía del interés del menor: Con alcance general, el art 2º LOPJM, establece: « *En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismo sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.* »⁶

En lo que respecta al papel que ejerce la tutela administrativa y el desamparo, se trata de una tutela que tiene la función de proteger a los menores que se encuentran en la situación regulada en el art. 172 CC. Pero este concepto tiene una gran indeterminación. La intervención de la Administración en los casos de desamparo, se caracteriza por las notas de obligatoriedad, inmediatez y reserva.⁷ La tutela administrativa se concibe como una medida de intervención rápida para hacer frente a la necesidad del menor. Sus características más importantes son: a) se trata de una tutela en sentido estricto, por lo que se tiene que entender extinguida la patria potestad o la tutela anterior existente, b) no necesita que se haga la declaración judicial para constituir la tutela, c) tiene carácter provisional⁸

⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. « Protección de menores » *Código Civil Comentado, Volumen I.* 2ª Ed. Ana Cañizares Laso (coor), Civitas. 2016, Madrid. P.873

⁶ PÉREZ ÁLVAREZ M.A, « Protección de menores » *Código Civil Comentado, Volumen I.* 2ª Ed. 2016. Ana Cañizares Laso (coor), Civitas. 2016, Madrid. P. 873

⁷ DIOS VIEITEZ M.J « El sistema público de protección de menores e incapaces » citada por PÉREZ ÁLVAREZ, *el curso de derecho civil (IV) Derecho de familia.* Martínez de Aguirre (coor.) Colex, Majadahonda- Madrid, 2013. P.408

⁸ MARTINEZ DE AGUIRRE C. *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil).* ADC,1991. P.1479

La acción administrativa protectora desarrollada en este ámbito, se caracteriza por ser la que de modo más intenso afecta o incide en el derecho a la vida familiar.⁹

1.1 Rasgos básicos del desamparo y la tutela administrativa antes de la reforma:

Será la Entidad Pública competente, quien tenga la tutela de los menores de edad en situación de desamparo (vid. Art.172 CC)

La situación de desamparo es definida en el art. 172.1 CC, esta es la circunstancia determinante para que se dé la tutela administrativa. Del concepto, se deriva, que por lo que atañe al ámbito y a las circunstancias que lo determinan, procede de la falta de ejercicio o de un ineficiente ejercicio de los deberes de guarda.¹⁰

Tanto la apreciación del desamparo y su declaración de la asunción de la tutela atribuida a las entidades públicas por ministerio de la Ley y se realiza a través de una resolución administrativa, y estas resoluciones son recurribles ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa (ex art.172.1 CC)

Debido a las circunstancias que la motivan, la apreciación y la asunción de la tutela administrativa, tiene el efecto ordinario de la extracción del menor del ámbito familiar en el que se produjo el desamparo, y la entidad pública, se hace cargo de la guarda del menor (ex art. 172.3 CC). Cuando la entidad pública asume la tutela, se lleva a cabo la suspensión de la patria potestad o de la tutela a la que estuviera sometido el menor declarado en desamparo (art. 172.1 CC).

La resolución administrativa en la que se declare el desamparo y se declare que la entidad pública asume la tutela, será recurrible ante la jurisdicción civil. (ex art. 172.6 CC).

Se puede afirmar que la tutela actúa como una medida administrativa de cobertura por la que se propicia el amparo de un menor, cuando para su protección no han sido suficientes, por falta de ejercicio de las funciones correspondientes, o debido a un

⁹ DE PALMA DEL TESO. A *Administraciones públicas y protección de la infancia; En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Instituto Nacional De Administración Pública, Madrid, 2006. P.188

¹⁰ PEREZ ALVAREZ M.A, *El curso de derecho civil (IV) Derecho de familia*. Martínez de Aguirre (coor.) Colex, Majadahonda- Madrid, 2013. P.408

ejercicio deficiente de las instituciones ordinarias, ocasionando la desprotección moral o material de un menor.¹¹

Una vez que la entidad se atribuye la tutela de aquellos que están en desamparo, se tienen que concretar una serie de medidas una vez el menor haya salido del ambiente familiar, donde se haya producido el desamparo. La Administración debe de promover la integración familiar del menor desamparo.

La integración se realiza por medio de dos cauces. Y es que en última instancia el menor, la situación de desamparo, se resolverá: mediante la reinserción del menor en su propia familiar (ex. art. 11.1 LOPJ y ex art. 172.4 CC), o que el desamparado sea dado en adopción (ex arts. 176 y ss CC).

En los casos en que no se pueda llevar a cabo la reinserción, ni la adopción sea lo adecuado, el Código Civil establece la constitución de un acogimiento familiar permanente, que se desarrollo en un ámbito distinto al que se produjo el desamparo (ex art. 173 bis, 2º CC). Por lo que las medidas, por una parte, son; reinserción, por otra, adopción, o acogimiento familiar permanente.

La reinserción del menor, es la medida prioritaria y es lo que debe de procurar la entidad pública que asumió la tutela¹²

Los padres del menor pueden solicitar el cese de la suspensión de la patria potestad, según los apartados 7 y 8 del artículo 172. Aquellos que continúen ostentando la patria potestad, esta legitimados para solicitar dicho cese y la revocación de la declaración de desamparo. Cuando se entienda que hay un cambio de circunstancias y pueden volver a asumir la patria potestad. El plazo para efectuar la solicitud es de dos años, desde que se realizó la notificación de la declaración administrativa del desamparo. Durante este mismo plazo, los progenitores podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto de la protección del menor.

Una vez hayan pasado esos dos años, los progenitores podrán facilitar información a la entidad pública o al Ministerio Fiscal, sobre cualquier cambio de circunstancias.

¹¹PEREZ ALVAREZ M.A. *El curso de derecho civil (IV) Derecho de familia*. Martínez de Aguirre (coor.) Colex, Majadahonda- Madrid, 2013. P. 410

¹² PEREZ ALVAREZ M.A. *El curso de derecho civil (IV) Derecho de familia*. Martínez de Aguirre (coor.) Colex, Majadahonda- Madrid, 2013. P.411

La entidad pública en cualquier momento, puede acordar la revocación de la declaración de desamparo, de oficio o a instancia del MF o de persona o entidad interesada y decidir que el menor vuelva con su familia, cuando no se encuentre integrado de forma estable en otra familia o se entiende que es lo mejor para el menor.

2. La reforma del desamparo y la tutela administrativa

El sistema de protección de menores ha sido modificado mediante dos leyes: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en adelante Ley Orgánica 8/2015; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La razón de que la reforma se haya realizado en dos leyes es que todo lo que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas debe ser aprobado por Ley Orgánica, y las demás cuestiones han sido reguladas por Ley ordinaria de protección a la infancia y a la adolescencia.

La normativa de protección de menores, desarrolla el art. 39 CE, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La protección del menor, estaba regulada como normativa de mayor rango, por la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de Enjuiciamiento Civil, que no se deroga, sólo se modifica. Desde entonces, ha sido aprobada profusa normativa estatal y de las CCAA, se han firmado convenios internacionales y se han producido cambios sociales que inciden en la situación de los menores, lo que exigía la reforma, como se constata en diversos informes.¹³

También han sido elementos de la realidad los que han motivado esta reforma, ya que tal y como constata el informe Niños y Niñas y jóvenes sin hogar en España¹⁴, realizado en 2014, los recortes en servicios sociales y los desahucios inciden en que haya habido un aumento de niños tutelados en España, puesto que en 2007, en España había 30.000 niños tutelados y en 2014 había 40.000¹⁵

Como he señalado, la reforma ha hecho que varias leyes hayan sido modificadas, pero en este trabajo me voy a centrar en la reforma que ha sufrido el CC, concretamente la modificación que ha afectado a la tutela administrativa y el desamparo.

¹³ En el Informe sobre “Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social” del año 2009 y en el “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014” del Defensor del Pueblo, entre otros.

¹⁴ El informe "Niños, niñas y jóvenes sin hogar en España", parte de un proyecto impulsado por la Comisión Europea, denuncia un cambio de modelo del estado del bienestar debido a los recortes

¹⁵ <http://www.observatoriodelainfancia.es/> (último acceso, 20 de septiembre de 2016)

Es preciso, hacer referencia al cambio que ha sufrido, el concepto de interés superior del menor, se encuentra en el art. 2 LO 1/1996. Considero que la delimitación del concepto tras la modificación, ha sido de gran importancia, puesto que este concepto es clave para la reforma que se ha llevado a cabo, ya que todos los cambios realizados se ponen en consonancia con lo establecido en dicho artículo.

2.1.1 Desamparo: concepto y causas.

El primer cambio a analizar, va a ser el que afecta al concepto de desamparo y sus causas. Su antigua redacción se encontraba en el art.172 CC, cuyo contenido ha pasado ahora a formar tres artículos en nuestro Código Civil, con el fin de separar la regulación de las situaciones de desamparo (art. 172 CC), de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (art. 172 bis CC) y de las medidas de intervención en ambos supuestos (art. 172 ter CC) mediante el acogimiento residencial y familiar.

En la nueva redacción se sigue manteniendo el mismo concepto de desamparo, según lo establecido en el art. 172.1 CC, del que se deriva que la situación de desamparo es una situación fáctica que exige la concurrencia de dos requisitos unidos por una relación de causa-efecto como son la falta de asistencia moral o material; y que dicha falta de asistencia se haya producido a causa de la falta de ejercicio o ejercicio inadecuado, ya sea voluntario o involuntario, de los deberes de protección correspondientes a los padres, tutores o guardadores.¹⁶ El aspecto importante, es el la falta de asistencia material o moral, que esa falta se haya producido por un ejercicio inadecuado voluntario o involuntario, no es relevante, pues que en el momento que haya una desatención moral o material, ya se ha producido el desamparo.¹⁷

En la definición establecida en el art. 172.2 se aprecia lo indeterminado que es este concepto, de ahí que haya sido criticado. Serían necesarias ciertas precisiones, como son que la situación de desamparo se refiere a la esfera personal del menor, que el desamparo debe de apreciarse de forma objetiva, que dicha situación no tiene porque ser actual y que el desamparo puede tener lugar aunque dicha desatención sea reversible.¹⁸

¹⁶ LOPEZ AZCONA A. *La protección de los menores en situación de desamparo(o abandono) en los derechos español y marroquí*. ADC, fasc. III, tomo LXVI, 2013, P.5

¹⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE C. *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)*. ADC,1991. P.1477

¹⁸ PICORNELL LUCAS A. *La infancia en desamparo*. Nau Llibres, Valencia, 2006. P. 57

Mientras el menor se encuentre asistido moral y materialmente, en el régimen del Código Civil se excluye la posibilidad de apreciar situación de desamparo (art. 303.2 CC)

La novedad se encuentra, en que este concepto se ha visto ampliado porque se han establecido las circunstancias¹⁹ que lo determinan, estas causas hasta ahora estaban reguladas en las Comunidades Autónomas²⁰, y es la primera vez que se regulan a nivel estatal; actualmente, se encuentran en la L.O 1/1996, concretamente en su reformado art. 18. Además de la fijación de dichas causas este precepto, añade otra novedad, en su apartado 2, en el que se excluye la posibilidad de que puedan ser consideradas las condiciones de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores, tampoco la discapacidad del menor, por otra, a salvo el cambio de circunstancias, configura como indicador del desamparo el hecho de tener un hermano en dicha situación. Se trata de una novedad porque antes de la reforma no se establecía como causa tasada que la discapacidad o pobreza de los progenitores, ocasionase el desamparo, pero en la práctica sí que se aplicaban dichos criterios.

Son varias las causas reguladas en el art. 18 LOPJ, que en el caso de concurrir conllevarían a entender que existe una situación de desamparo en dicho caso concreto. Desde mi punto de vista, considero que todas las causas señaladas, pueden ser resumidas en tres causas: la falta de cumplimiento de los deberes legales de protección impuestos por las leyes, la falta de los desarrollos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor y los malos tratos.

Considero que dichas circunstancias, se adecuan al concepto de desamparo establecido en el CC. Pero, el concepto de desamparo y buena parte de las circunstancias que lo caracterizan constituyen desde el punto de vista de la técnica jurídica, conceptos normativos indeterminados que deben de ser precisados por las Administraciones en el momento de su aplicación. Los conceptos normativos indeterminados se identifican con un halo de certeza positiva, un halo de certeza negativa y un halo de incertidumbre.²¹ Una vez delimitados el halo de certeza positiva y negativa, y el problema de definición

¹⁹ Algunas de las causas son; abandono del menor, el riesgo para su vida, salud e integridad física, el riesgo para la salud mental, la inducción a la mendicidad, delincuencia etc.

²⁰ En el caso de Aragón, las causas de desamparo se encuentran reguladas en el art. 59.2 Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

²¹ DE PALMA DEL TESO A. *Administraciones publicas y protección de la infancia; En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Instituto Nacional de Administración Pública de Madrid. 2006. P. 205

se plantea al identificar el denominado halo de incertidumbre, el cual podrá ser mayor o menor en función del concepto. A la hora de declarar a un menor desamparado, el halo de incertidumbre es mayor cuando se utiliza como referencia el supuesto de incumplimiento o indebido cumplimiento de los deberes legales de protección, o cuando se trata de precisar si en determinadas situaciones faltan al menor los elementos básicos para el desarrollo de su personalidad. En cambio esta incertidumbre se reduce cuando se da una circunstancia de malos tratos, sea del tipo que sea, en este caso los malos tratos quedarían enmarcados en el halo de certeza positiva del concepto de desamparo. De nuevo, me reitero en que las circunstancias más concretas son las reguladas en el reformado art. 18 c) y art. 18 d) LO 1/1996

2.1.2 La apreciación del desamparo y sus efectos:

La nueva redacción del art.172 sigue estableciendo lo mismo respecto de la apreciación del desamparo y sus efectos, por lo que será la Entidad del respectivo territorio quien se encarga de constatar que un menor se encuentra en desamparo y adoptar las medidas pertinentes. Tal y como ya he nombrado anteriormente.

La novedad se encuentra, en que se tiene en cuenta al menor afectado, además de los progenitores o tutores, puesto que según establece el art. 172.1 del vigente CC, tanto la resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas deben de ser comunicadas también al menor afectado, si tiene suficiente grado de madurez, y en todo caso si fuese mayor de doce años. Y por lo que respecta a la forma de la notificación, especialmente por el menor, la información será facilitada de forma presencial.

La consecuencia de esta resolución administrativa conlleva la asunción por la Entidad Pública de la tutela y guarda del menor (art. 19 LOPJ y 172 ter CC), de modo correlativo acarrea la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria (art. 172.1 CC), aunque la propia Entidad Pública o el Ministerio Fiscal pueden promover su privación o remoción (art. 170 CC)

Es decir, la patria potestad se suspende automáticamente (art.172.1 CC), y además en virtud del art. 170 CC, también se puede proceder a la privación, lo que ya estaba establecido antes de la reforma. La novedad se encuentra, en que se habilita expresamente a que la Entidad Pública o Ministerio Fiscal puedan solicitar la iniciación

de los trámites para la privación de la patria potestad de los progenitores de menores en desamparo.

2.1.3 Revocación y cese del desamparo:

Las resoluciones administrativas en materia de protección de menores serán recurribles ante la jurisdicción civil, sin que sea necesaria la declaración previa (art.780 LEC) Y según lo establecido, como regla general la competencia la tiene el Juzgado de primera instancia del domicilio de la Entidad Pública.

La novedad se encuentra, en que una vez que hayan transcurrido esos dos años la legitimación sólo corresponderá al Ministerio Fiscal; (172.2. 3º CC). Respecto a los plazos de oposición de las resoluciones administrativas, (declaración de desamparo, guarda provisional, situación de riesgos) se establece en el art. 780 LEC, que será un plazo de dos meses; antes de la modificación y en el caso de la situación de desamparo, eran tres meses.

La impugnación de la declaración de desamparo en vía judicial, ha creado resoluciones contradictorias de las audiencias provinciales. A veces se entiende que las circunstancias a tener en cuenta por el juez son las que existían cuando se declaró el desamparo. Otras veces, se considera que al examinar la impugnación también cabe valorar el cambio de circunstancias producidas con posterioridad, a los efectos de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir de nuevo la patria potestad.²² El Tribunal Supremo en sentencia 31 de julio de 2009 ha sentado la doctrina de que « es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del art. 172.6 CC (actualmente 780 LEC) contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad »

²² PÉREZ ÁLVAREZ M.A « Protección de menores » *Código Civil Comentado, Volumen I*. 2ª Ed. 2016. Ana Cañizares Laso (coor), Civitas. 2016, Madrid. P. 879

Respecto a la revocación el art. 172.2 CC atribuye la legitimidad a los « progenitores que continúen ostentando la patria potestad, pero la tengan suspendida conforme al apartado 1, o los tutores que conforme al mismo apartado tengan la tutela suspendida »
Respecto a dicho art. aquellos progenitores que hayan sido privados de la patria potestad no están legitimados. Este mismo precepto, delimita los motivos para revocar la declaración; para que prospere la revocación los progenitores o tutores tienen que probar que han cambiado las circunstancias y por ello, se encuentran en condiciones de asumir de nuevo. Y es que el objeto de la revocación del desamparo es acreditar un cambio de circunstancias que permita apreciar que el desamparo no se producirá de nuevo en el núcleo familiar de origen y determinar el retorno del menor con los progenitores o el tutor, dando así cumplimiento al principio de reinserción en la propia familia²³

Respecto al plazo, según establece el art. 172.2 CC, son dos años. Lo que se pretende es dotar al menor de una situación estable, evitando el cese de la suspensión de la patria potestad o de la tutela pueda plantearse sin límite temporal²⁴

Como aclaración a lo expuesto anteriormente en relación con los plazos de oposiciones a las resoluciones y los plazos de revocación:

- Durante el plazo de dos meses, podrá oponerse a la declaración de desamparo (780 LEC)

-Durante los dos años posteriores a la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores /interesados podrán formular oposición ante el Juzgado contra todas las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor (acogimiento, visitas, cambio de centro de protección, adopción...), y en estos dos años los progenitores interesados también podrán solicitar a la Entidad Pública la revocación del Desamparo por cambio de circunstancias (art. 172 CC)

²³ PÉREZ ÁLVAREZ M.A « Protección de menores » del *Código Civil Comentado, Volumen I*. 2ª Ed. 2016. Ana Cañizares Laso (coor), Civitas. 2016, Madrid. P. 880

²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ M.A « Protección de menores » del *Código Civil Comentado, Volumen I*. 2ª Ed. 2016. Ana Cañizares Laso (coor), Civitas. 2016, Madrid. P. 880

-Pasado 2 años desde la notificación de la resolución administrativa sólo tiene competencia el Ministerio Fiscal para formular oposición al Juzgado frente a las decisiones de acogimiento, visitas...que dicte la Entidad Pública. En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a las resoluciones de la Entidad Pública (art. 172.2 CC)

-Pasados los dos años, los progenitores no pueden solicitar la revocación del desamparo por cambio de circunstancias pero, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo

Tal y como establece el art. 172. 2 CC, durante el plazo de dos años la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen. Según lo establecido en el art. 780 LEC, esta decisión también podría ser recurrida en el plazo de dos meses.

Otra de las grandes novedades se encuentra en el establecimiento de unas causas de cese de la tutela de los menores desamparados. Es la primera vez que se regulan las causas del cese y los plazos, además de las comunes con la tutela ordinaria. En la antigua redacción no se hacía ninguna mención a unas causas tasadas que pudieran conllevar el cese de la tutela de los desamparados, pero actualmente en el art. 172.5 CC, se establece que cesara la tutela de la entidad pública sobre los menores declarados en situación de desamparo, cuando hayan desaparecido las causas que los motivaron, por alguno de los supuestos establecidos en el art. 276 y 277.1 CC²⁵ también, cuando el menor se traslade

²⁵ Art. 276 CC: « La tutela se extingue: 1.Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.2. Por la adopción del tutelado menor de edad. 3. Por fallecimiento de la persona sometida a tutela. 4. Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad » Art. 277. CC: « También se extingue la tutela: 1.Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.2. Al dictarse la resolución judicial que pongan fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela. »

voluntariamente a otro país, o bien se encuentre en una Comunidad autónoma distinta a la que dicto la resolución de desamparo, se entendiere que ya no son necesarias imponer medidas de protección respecto de la situación actual del menor y cuando hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonase el centro de protección voluntariamente.

Por lo que tras la reforma, en cuanto los menores se encuentren en algunas de las situaciones mencionadas, se procederá al cese.

2.1.4 Funciones del Ministerio Fiscal:

Tras la reforma, se han visto precisadas las funciones del Ministerio Fiscal y además de las funciones de vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, de la comprobación, al menos semestralmente, la situación del menor, se otorgan las siguientes funciones (art. 174 CC).

— Promoción ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias.

— Recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

Se mantienen las obligaciones de la Entidad Pública con el Ministerio Fiscal: dar noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores; remitir copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos y dar cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor (Artículo 174.2 CC) y la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe (Artículo 174.3 CC)

2.1.5 Medidas de protección para la tutela administrativa y el desamparo:

Una vez que la entidad pública competente, haya asumido la tutela de quienes se encuentran en desamparo (art. 172.1 CC), se procede a concretar las medidas que la Administración tiene que adoptar, una vez el menor haya sido erradicado del entorno donde se produjo dicha situación. La determinación pertinente resulta de una de las pautas que informan las normas relativas a la protección de menores. En concreto del principio de integración familiar que, como medida rectora de actuación administrativa en la materia, se establece en el art. 11.2c) LOPJ²⁶

El sistema de protección ha de actuar bajo el principio de proporcionalidad y progresividad²⁷

En la anterior regulación, se le daba prioridad a la reintegración familiar y también se establecían unas medidas provisionales; el acogimiento del menor (ex art. 173 bis CC) y unas medidas definitivas: reinserción del menor en la antigua familia (art. 172.4 CC en su redacción anterior), adopción (arts.176 y ss), acogimiento permanente (art.173.1 CC) y tutela ordinaria (art. 215 CC). La nueva regulación, sigue priorizando la reintegración familiar: así se regula en el art. 172 ter.2 CC, se trata de que la Administración promueva la integración familiar del menor declarado en desamparo.

Tras la reforma, se sigue manteniendo también el acogimiento familiar y residencial, (art. 172 ter. 1 CC) y se ha procedido a redefinir las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración. Se suprime el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, y la introducción del acogimiento de urgencia, así como el acogimiento pre-adoptivo que, en definitiva, era una fase del procedimiento de adopción y ha sido sustituido por la guarda pre-adoptiva.

²⁶ PÉREZ ÁLVAREZ M.A « Protección de menores » *Código Civil Comentado, Volumen I*, 2ª Ed. 2016. Ana Cañizares Laso (coor), Civitas. Madrid, 2016. P. 877

²⁷ La Sentencia núm. 233/2005, de 26 septiembre del Tribunal Constitucional hace referencia a dichos principios, ya que establece que, la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible (es decir, que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

En el apartado que he dedicado a realizar un análisis técnico de la regulación, hare referencia a los problemas que han surgido en la práctica con los acogimientos familiares, tras la reforma. Y es que, en España solo son acogidos por familias el 15 por ciento, de los menores en situación de desamparo, mientras que el 75por ciento de los 22.000 menores que viven separados de sus familias están en centros residenciales, solo el 10 por cierto esta en un piso o un hogar tutelado.²⁸

Otra de las medidas de protección, que se establecen en el caso de que sea previsible la imposibilidad de que el menor desamparado vuelva con su familia, es la adopción, la cual ha sufrido grandes cambios con esta reforma, pero entrar a analizarlos, excede del ámbito de este trabajo.

Los principios rectores de la reforma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia señalando que se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas.²⁹

2.1.6 Régimen de visitas o relaciones personales:

En este apartado, voy a señalar los cambios que han surgido en el régimen de visitas o relaciones personales, puesto que los menores en desamparo aunque se encuentren bajo la tutela administrativa, tienen derecho a relacionarse con sus progenitores y parientes, según lo establece el CC.

En la reforma de 1981 se introdujo el art. 160 CC, que contemplaba las posibles relaciones entre hijos y parientes o allegados, prácticamente para establecer que no forman parte de las facultades o poderes de los progenitores el impedir este tipo de relaciones, si no existe una causa justa³⁰. Posteriormente la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, realizó un cambio por lo

²⁸ Así lo denunció la Asociación Estatal de Acogimiento Familia (Aseaf) y la Asociación de acogedores de menores de la Comunidad de Madrid (Adamcam), que en una nota, aporta datos procedentes del estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento del Defensor del pueblo

²⁹ Preámbulo de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

³⁰ DÍEZ-PICAZO L. Y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil, volumen IV, Derecho de familia*. Tecnos, Madrid, 2012, P.286

que respecta a los regímenes de visitas, puesto que con dicha modificación se introdujo expresamente el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos. Se trata de un autentico derecho subjetivo familiar (el de los abuelos y menores a relacionarse entre sí) y no, de una derivación de la patria potestad³¹. Ya se establecía en el art. 160 CC, que los menores tienen derecho a relacionarse con sus parientes, por lo que se incluía a los abuelos, pero hasta antes de esta modificación, no se hacía una mención expresa en el CC respecto de este aspecto. Dicha modificación se estableció con el fin de reforzar las relaciones entre los menores y sus abuelos, ya que debe de possibilitarse que abuelos y nietos se descubran.³² Pero tras la última reforma, se aprecia como este régimen ha ido cambiado aún más a lo largo de los años para adecuarse a las circunstancias, ahora, se ha pasado a dar más importancia a los regímenes de visitas con una mejor y específica regulación, considero que es importante y necesario, siempre en interés del menor que siga teniendo relación con sus progenitores y parientes y no se desvincule de estos.

Antes de la reforma, en el art. 160 CC se establecía el derecho de los progenitores privados de patria potestad, a relacionarse con sus hijos. En la nueva redacción del art. 160 CC amplía el derecho del menor a relacionarse con sus parientes incluyendo expresamente a los hermanos. En relación con la regulación del régimen de visitas y comunicaciones, se aclara la competencia de la Entidad Pública para establecer por resolución motivada el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de tutela o guarda, así como su suspensión temporal, informando de ello al Ministerio Fiscal. Se potencian y se regulan las visitas en todas las medidas de protección.

Por lo que respecta al art. 161 CC, en la anterior redacción se establecía la competencia del juez para suspender el derecho de visitas por parte de los progenitores, abuelos o demás parientes; tras la reforma la novedad se encuentra en el que la nueva redacción se incluye una mención específica, que hasta ahora no estaba prevista, sobre las visitas a los menores en situación de desamparo, de forma que será la Entidad Pública quien regulará las visitas y comunicaciones respecto de los menores que se encuentren en dicha situación.

³¹ Así lo expresa YAÑEZ VIVERO F., *Los Derechos De La Infancia y La Adolescencia*, Ariel, Barcelona, 2006, P.186

³² YAÑEZ VIVERO F. *Los Derechos De La Infancia y La Adolescencia*, Ariel, Barcelona, 2006,P.187

En dicho artículo también se hace referencia a la suspensión temporal de las visitas de menores en desamparo. Según establece este precepto, se da capacidad a la Entidad Pública, para que cuando lo considere oportuno y siempre en interés del menor suspenda las visitas del menor con sus familiares. Además para ello se establece la obligación tanto de la familia de acogida, o directores del centro de acogimiento de comunicar a la Entidad pública cualquier perjuicio que sufra el menor a causas de esas visitas.

En este mismo art. 161 CC, se establece la oposición judicial a la suspensión de visitas, pudiendo oponerse a dicha suspensión el menor, los afectados y Ministerio Fiscal, en el plazo de dos meses desde la notificación, el requisito es que no hayan pasado más de dos años, desde que se notificó el desamparo. Es decir, en el caso de que hayan transcurrido más de dos años desde que se notificó la declaración de desamparo, se pierde el derecho a oponerse a dicha resolución.

En la regulación anterior correspondía al Juez la regulación y suspensión de las visitas del menor acogido. No existía un criterio uniforme sobre la posibilidad de que la Entidad Pública suspendiera cautelarmente el régimen de relaciones personales en tanto se pronunciaba el Juzgado sobre la medida cautelar. Ahora corresponde a la Entidad Pública suspender temporalmente y, al Juez revisar solo en caso de que se interponga recurso.

2.1.7 Medidas del art. 158 CC:

En este apartado voy a hacer referencia a los cambios que ha sufrido el art. 158 CC, que se encuentra relacionado con la tutela administrativa y el desamparo, puesto que se trata de medidas que rigen las relaciones paterno-filiales. Con las medidas que establece el art. 158 CC se pretende proteger al menor y velar por el cumplimiento de sus derechos. Estas medidas se han visto ampliadas. En la redacción anterior, se regulaba que es el juez quien tiene la competencia de dictar las medidas en relación con el menor, como puede ser la prestación de alimentos, medidas para evitar la sustracción de menores que se hacía mención a unas medidas específicas, como puede ser la prohibición de que el menor salga del territorio nacional, entre otras. Ahora además de

estas medidas se han añadido otras: a los progenitores, tutores, otros parientes o terceros se les podrá prohibir el acercamiento al domicilio o centro educativo donde viva el menor, o a los lugares donde acude con frecuencia.

Este precepto se ha visto ampliado por la siguiente medida:

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

Y además ha cambiado la redacción del art. 158.4° CC, que ahora pasa a ser el art. 158.6° CC, en esta nueva redacción se establece que se adoptará cualquier disposición a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. La novedad se encuentra, en que se añade el derecho del menor a ser oído para salvaguardar sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Se establecen mas medidas de protección, y el menor juega un mayor papel, ya que sus derechos se ven ampliados. Además se hace una mención expresa respecto de los menores en situación de desamparo. Estas medidas se pueden acordar, por tanto en procesos tan diversos, como un divorcio o un proceso en penal en que los padres son detenidos por tráfico de drogas. Siempre que haya un menor el Juez debe de acordar las medidas de protección necesarias para el mismo, en relación además con la guarda judicial regulada en el artículo 172.2 CC.

2.1.8 Plan individualizado:

Otra de las novedades de esta reforma, que afecta a los menores en situación de desamparo, es que se establece la obligatoriedad de que todo menor sujeto a medida de guarda o en desamparo tenga un Plan individualizado de protección que marque los objetivos, plazos y atienda, en su caso a su discapacidad. No se establece de forma expresa en el Código Civil, pero si en la LO 1/1996, es la primera vez que se recoge en

la legislación estatal. Tal y como dispone el art. 19 bis LO 1/1996, en el momento que la Entidad pública tenga la tutela o guarda del menor, deberá de realizar un plan en el que se regulen las medidas adoptadas conforme al menor, plazos, programa de reintegración familiar...

Cuando el pronóstico se derive de la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar (art.19.2 bis LO 1/1996); para acordar el retorno del menor desamparado en el plan individualizado se deben de incluir un informe técnico que valore los siguientes aspectos (art.19.3 bis LO 1/1996)

- Evolución positiva de la familia de origen
- Que se hayan mantenido los vínculos
- Que el retorno no supone riesgos relevantes para el menor

Los criterios que se deben de analizar para valorar el retorno del menor desamparado desde una familia de acogida art. 19.3 bis LO 1/1996):³³

- el tiempo transcurrido
- la integración en la familia de acogida y su entorno
- desarrollo de vínculos afectivos con la misma

Además dentro de ese plan individualizado, también forma parte lo establecido en el art. 172 ter CC, en relación con la cantidad que debe de abonar los progenitores, de menores desamparados para sus alimentos, gastos derivados del cuidado...

Hasta ahora no se había regulado de forma explícita en el Código Civil la obligación de alimentos por lo que las Entidades públicas asumían la tutela o la guarda y progenitores

³³ Este artículo incorpora los criterios que la sentencia 565/2009, de 31 de julio de 2009, del Tribunal Supremo ha establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida.

con capacidad económica quedaban exentos de esta obligación. Señala la nueva normativa que será cada Entidad Pública la que establecerá las cantidades a pagar por este concepto.

2.1.9 Desamparo (entrada a domicilio):

Otro de los cambios procesales, se pone en relación con la ejecución del desamparo se ha realizado una modificación procesal de la entrada a domicilio, pasando la competencia de los Juzgados de lo Contencioso administrativo a los Juzgados de Primera Instancia y articulando un procedimiento de urgencia. Se da un papel relevante al Secretario judicial en la ejecución (art.778 ter LEC)

Hasta aquí, los cambios a los que se han visto sometido a la tutela administrativa y el desamparo.

2.2 Valoración de la eficacia de la reforma

De manera general, creo que las modificaciones introducidas, ya no solo respecto a la tutela administrativa y el desamparo, sino también al resto de modificaciones, mejoran mucho el marco normativo en nuestro país. Además casi todos los cambios han sido consensuados y la participación social ha sido notable. Sin embargo, la ley aun sigue teniendo debilidades.

Por lo que respecta a la modificación del concepto de desamparo, es uno de los aspectos más importantes de la reforma³⁴. La ampliación de dicho concepto era más que necesaria, puesto que la Ley 21/1987 de modificación del Código Civil, incorporó la figura de la tutela administrativa y fue la primera vez que se estableció un concepto legal de desamparo; la última modificación de dicho concepto fue en 1996.

A pesar de que este concepto haya sido completado, se tiene que tener en cuenta que corresponde a las Administraciones públicas, verificar o declarar la situación de desamparo, de modo que el concepto de desamparo, como he nombrado anteriormente, sin completarlo con las nuevas circunstancias se caracteriza por tener una gran amplitud y eso supone dejar a la Administración competente un gran margen de apreciación³⁵, una importante discrecionalidad interpretativa o de juicio para valorar y apreciar en cada caso si el menor está desamparado, el problema se encuentra en que el desamparo se manifiesta a través de múltiples y variadas formas³⁶, por ello considero que ha sido de vital importancia completar dicho concepto de desamparo.

Anteriormente dicho concepto se completaba con las legislaciones autonómicas. De forma general las propias normas autonómicas hacían una remisión a lo establecido en el CC. Además las circunstancias establecidas en la legislación estatal tras la reforma, son mucho más completas que las de las Comunidades autónomas. Lo importante de

³⁴ Lo manifestó expresamente la directora general de Servicios para la Familia y la Infancia, Salomé Adroher en un encuentro con la prensa. (<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10363-el-congreso-aprueba-definitivamente-la-ley-de-proteccion-de-la-infancia-y-la-adolescencia/>) (ultimo acceso, 16 de octubre de 2016)

³⁵ DE PALMA DEL TESO *Administraciones públicas y protección de la infancia; En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Instituto Nacional de Administración Pública de Madrid. 2006. P.20

³⁶ Así se afirma expresamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 9 de marzo de 1993 (AC 1993/316)

que se hayan fijado las causas, es que se permite incluir todas las situaciones que tienen como consecuencia dejar al menor privado de la necesaria asistencia moral o material.

Desde el punto de vista de los Tribunales, la Administración sólo debería de proceder a declarar el desamparo cuando quede efectivamente acreditado que el menor carece de las atenciones mínimas necesarias, « el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común » en definitiva, cuando el menor carece de los elementos o condiciones básicas para el adecuado desarrollo físico, psíquico o social.³⁷

Como he señalado anteriormente, tras la modificación se ha procedido a fijar unas causas tasadas de desamparo, lo que hace más fácil la apreciación de la situación de desamparo, de forma que se ha producido una importante clarificación y una unificación de criterios para su declaración. Aunque también considero, que a la vez, lo modifican, desde mi punto de vista, algunas de las causas tasadas en el art. 18 LO 1/1996 que constituyen desamparo, no ocasionan directamente una desatención moral o material del menor como establece el art. 172 CC. Al igual, que también considero que en la práctica se pueden dar supuestos que no entran dentro de las circunstancias establecidas en el art. 18 LO 1/1996, pero que sí que se adecuarían al concepto de desamparo, porque dichas situaciones conllevan una desatención moral o material, por lo que esto originaría problemas. Por mucho que se haya llevado a cabo la reforma, se haya completado el concepto de desamparo, y se haya adaptado a las necesidades de hoy en día y sobre todo siendo el interés del menor el principio que inspira todas las actuaciones relacionadas con los menores, pienso que aun hay demasiadas imprecisiones.³⁸

³⁷ DE PALMA DEL TESO A. *Administraciones públicas y protección de la infancia; En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Instituto Nacional de Administración Pública de Madrid. 2006. P.30

³⁸ Las imprecisiones del concepto y las causas, se reflejan en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria en junio de 2016, que ha mantenido la declaración de desamparo de una menor. La declaración la realizó el juzgado de Primera Instancia número nº11 de Santander, por sobreprotección patológica de los padres ello interfería de manera grave en el desarrollo equilibrado de la menor. La sobreprotección patológica, no es una causa regulada entre las causas que declaran la situación de desamparo establecidas en el art. 18 LO 1/96, aparentemente tan poco supondría una desatención moral o material regulada en el art. 172 CC. A pesar de la modificación, una vez más queda constancia de la imprecisión de este concepto y causas.

Además en la práctica es difícil constatar algunas de las circunstancias que se establecen en el art. 18 LO 1/1996, para ello, es necesaria la coordinación de los servicios sociales locales, con los centros escolares, sanitarios y entidades del sector que actúen en su ámbito territorial. Hay Comunidades autónomas ³⁹ que tienen órganos territoriales de coordinación en el ámbito de protección de menores en situación de desamparo. Estas comisiones juegan un papel importante desde mi punto de vista y ayudan a garantizar dicha coordinación, pero el problema se encuentra en que sus decisiones no tienen peso específico. En la actualidad, las decisiones y los acuerdos de los órganos territoriales de coordinación en el ámbito de la protección de menores se plasman en informes no vinculantes, y en ningún caso tiene carácter de propuesta de medidas jurídica de protección del menor.⁴⁰

Otra de las grandes modificaciones, se encuentra en la fijación de unas causas tasadas, para el cese de la tutela porque el desamparo ha desaparecido. Desde mi punto de vista esta modificación es del todo acertada, puesto que es la primera vez que se regulan y ayudan en la práctica a la hora de establecer el cese. Puesto que, en el momento que se dé una causa, el cese es automático.

Otro de los grandes cambios, considero que es el plan individualizado. Como he dicho anteriormente, es la primera vez que la legislación obliga a que todo menor acogido o en desamparo, tenga un plan individual de protección. Este plan va a ayudar, a que cada niño tenga una plan en el que se establezca las instituciones de protección a las que se encuentra sometido, los plazos de tiempo, las medidas que se van a llevar a cabo, los objetivos ... etc. Es decir, todas aquellas cuestiones importantes respecto del menor. Esta reforma, desde mi perspectiva no tiene ningún aspecto negativo, es un gran cambio que permite que se lleve a cabo una mejor organización y que cada niño tenga un plan conforme a sus circunstancias, de esta manera se atiende a las circunstancias personales de cada menor, fijando en dicho plan las medidas, objetivos que se ajusten mejor a la situación de cada uno y no hacia unos criterios generales, como se hacía antes de la reforma. Para que todo esto sea posible en la práctica, es necesario un gran trabajo por parte de las Entidades públicas que tienen encomendadas la protección de menores. Es

³⁹ 2012/3694 DECRETO 62/2012, de 13 de abril, del Consell, por el que se regulan los órganos territoriales de coordinación en el ámbito de la protección de menores de la Comunitat Valenciana.

⁴⁰ www.elsindic.com/documentos/435_ANÁLISIS%20DE%20MODIFICACIONES%20DE%20PROTECCIÓN%20DE%20MENORES.pdf (ultimo acceso, 10 de septiembre de 2016)

una forma de obligar a las Entidades Públicas a que revisen en plazos concretos las medidas adoptadas y realizar un seguimiento personal de cada menor.

En lo que respecta al cambio que ha introducido el art. 172 ter, CC con la finalidad de que aquellos progenitores que tienen capacidad económica no queden exentos de la obligación de alimentos. Me parece un cambio, que no era tan necesario como pueden ser otros, puesto que por regla general, las situaciones de desamparo se producen en familias con escasos recursos económicos. Pero también hay casos en los que no necesariamente, los progenitores deban de tener pocos recursos económicos. Por ejemplo el maltrato, que es una causa tasada de desamparo, según investigaciones y estudios, el maltrato se da en todas las clases sociales, no hay un prototipo tasado. Por lo que la modificación del art. 172 ter CC, obliga a esos progenitores con economía suficiente, a satisfacer la obligación de alimentos a sus hijos.

Como he dicho en el apartado dedicado a las modificaciones de los sistemas de protección de menores, el acogimiento residencial debe de ser la última opción. Por ello, ASEAF y ADAMCAM, denuncian que, tanto en las legislaciones vigentes del menor, como en las bases metodológicas de los Servicios Sociales especializados, « el internamiento es la última opción que debe de adoptarse en caso de menores en situación de riesgo psicosocial, a favor de otras medidas como el acogimiento familiar »

Tras la reforma del sistema de protección a la Infancia y adolescencia aprobada en julio de 2015, sitúa al acogimiento familiar como protagonista absoluto del sistema de protección, « ahora toca aplicarla»⁴¹

Según las denuncias de ASEAF y ADACAM, a pesar de la reforma y la primacía del acogimiento familiar, sigue quedando mucho trabajo por hacer por parte de las Administraciones, para que lo establecido por el legislador se convierta en una realidad en la práctica.

En conclusión, tanto los cambios que desde mi punto de vista tienen mayor importancia, como todos los señalados en el apartado anterior, han sido positivos en líneas generales, aunque como he indicado anteriormente haya aspectos que aún deben

⁴¹ Así lo manifestó la Vicepresidenta de Adacam, María Arauz, en una nota, que aporta datos procedentes del estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento del Defensor del pueblo (http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/espana/espana-solo-son-acogidos-15-22-000-menores-desamparo_1059839.html) (ultimo acceso, 10 de octubre de 2016)

mejorar más. Pero los derechos del niño y su protección se han intensificado y se ha modificado en profundidad la respuesta institucional al abandono o desamparo, ya que en la actualidad hay 35. 000 menores tutelados por las administraciones⁴² y es una parte de la sociedad que merece especial protección. En mi opinión, hacía tiempo que era precisa una reforma en profundidad, debido al cambio de circunstancias sociales que afectan de forma directa a los menores.

⁴² <http://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=3841> (último acceso, 16 de septiembre de 2016)

2.3 Análisis técnico de la regulación tras la reforma

El proceso de reforma del sistema de protección se inició hace ya varios años, concretamente en 2011, y en él han intervenido, además de juristas, profesionales de todos los ámbitos relacionados con los menores, lo cual ha supuesto que aspectos educativos, psicológicos o sociales se hayan recogido de forma muy patente en la redacción de los textos legales, haciendo por tanto más cercana su aplicación a estos profesionales. Esta intervención, se realizó en el Informe de la Comisión especial del Senado para estudiar la problemática de la adopción nacional y los temas afines relacionados con ella, como acogimiento, desamparo e institucionalización.⁴³

En dicho informe, se realizaron varias comparecencias, en las que cada ponente, entre los que como he nombrado anteriormente había profesionales de todos los ámbitos, y de varias Comunidades autónomas, daba su opinión personal sobre cómo era la regulación en ese momento, haciendo mención de aquellos aspectos que ellos consideraban que debían de mejorar. Esto tiene todo su sentido en una legislación de este tipo, dirigida especialmente a trabajadores sociales, psicólogos, educadores, pedagogos... además de a los operadores jurídicos.⁴⁴ Y resulta muy apropiado que así sea, si consideramos el concepto de sistema de protección como conjunto de medidas jurídicas, sociales, educativas, pedagógicas, etc., dirigidas a obtener el desarrollo integral del menor, con respeto a los principios integradores del derecho de menores, dentro de un Estado determinado y conforme a los parámetros culturales del mismo, así como el sistema de recursos materiales y técnicos que tiene por objeto procurar su protección.⁴⁵

Los principios rectores en los que está basada la reforma de las instituciones protectoras de menores, se encuentran en el art. 12 LO de Protección Jurídica del Menor; se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas. Estos principios, vertebradores del sistema, ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24

⁴³ http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/89.pdf (20 de octubre 2016) (ultimo acceso, 20 de septiembre de 2016)

⁴⁴ https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/modificacion_del_sistema_de_proteccion_a_la_infancia_y_a_la_adolescencia.pdf (ultimo acceso, 20 de septiembre de 2016)

⁴⁵ <http://www.uco.es/informacion/webs/fundacioncastilla/documentos/archivos/seminarios/2013-cursos-y-jornadas/Presentaciones/pres-maltrato-infantil.pdf> (ultimo acceso, 26 de octubre de 2016)

de febrero de 2010, y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional.⁴⁶

El problema al que se enfrentan los profesionales y agentes sociales que tienen que aplicar las nuevas normas, es que al haberse modificado casi 20 disposiciones normativas, y en gran parte en distintos textos y de forma parcial, resulta ahora complicado comprender cómo afecta la reforma al trabajo individual de cada uno, teniendo en mente que muchos de ellos no están acostumbrados a trabajar con textos legislativos.

Tras la entrada en vigor de las leyes 8/2015 y 26/2015 es preciso un complejo proceso de adaptación de las leyes a las reformas vigentes hasta entonces en las Comunidades Autónomas.

Por lo que respecta al régimen transitorio, aquellos procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 y que se encontraren en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial (Disposición transitoria 1ª Ley 26/2015). La Ley 26/2015 alude a procedimientos y expedientes judiciales y legislación procesal vigente. Por analogía se puede interpretar que este régimen transitorio se aplicará no sólo a los procedimientos judiciales ya iniciados, sino también a los procedimientos administrativos de desamparo, guarda, acogimiento y adopción iniciados por la Entidad Pública antes de la entrada en vigor de las Leyes. No obstante, y en aplicación del interés superior del menor, se debe respetar el nuevo sistema de medidas de protección.⁴⁷

⁴⁶<http://elgeniomaligno.eu/analisis-las-instituciones-del-sistema-proteccion-menores-reforma-la-ley-organica-82015-la-ley-262015-i/> (ultimo acceso, 20 de septiembre de 2016)

⁴⁷ Por ejemplo, no se debe constituir un acogimiento preadoptivo o simple sin consentimiento de los padres, mediante acogimiento provisional y propuesta judicial porque ello podría dilatar los plazos e ir en contra del interés del menor. Dicho procedimiento podrá ser archivado e iniciado de nuevo conforme a la nueva normativa. Sí se podría continuar un procedimiento de acogimiento simple o preadoptivo con consentimiento de los padres, iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley, pero modificando el término simple por el de temporal y el de preadoptivo por el de guarda para la convivencia preadoptiva.

Es preciso recordar que la reforma se aplica a todo el territorio nacional, con excepción de la regulación de las instituciones civiles de las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial.

IV.CONCLUSIONES

Tras la realización de mi trabajo, voy a realizar una conclusión en líneas generales, puesto que ya he ido exponiendo mis conclusiones a lo largo del trabajo. Espero que hayan quedado claras cuales han sido las modificaciones que han sufrido la Tutela Administrativa y el Desamparo y que haya servido para la clarificación de lo que se regulaba antes de la modificación y lo regulado actualmente.

Como he dicho anteriormente, tras señalar los aspectos que han cambiado y posteriormente realizar una valoración, considero que la reforma ha sido positiva. Se siguen apreciando algunas inconcreciones, pero ha mejorado lo que había establecido anteriormente y cumple lo establecido en el art. 39 CE y en los Convenios Internacionales, ya que esas han sido las causas de la reforma, además de los cambios sociales. Sí que sigue habiendo un problema en relación con las CCAA y sus legislaciones ya que se deberán de adecuar a lo establecido en la legislación estatal.

La modificación se ha hecho eco de la realidad social. En estos últimos años había habido cambios sociales que afectaban directamente a los menores y exigían la reforma. Considero que es una reforma con la que se han reforzado los derechos de los menores y además presta mayor atención a los menores en situación de vulnerabilidad.

Una de las claves de la reforma, además de la reforma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia, en la que yo he centrado mi trabajo, es el interés superior del menor (art. 2 LO Protección jurídica del menor), que ha de ser prioritario. Hasta ahora había sido un concepto muy indeterminado. Tras la reforma se le ha dotado de un contenido triple y por eso ha adquirido mayor importancia: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento. Por ello la reforma, está orientada a este interés del menor, lo que se puede apreciar en todos los aspectos que han sido modificados, todos ellos están orientados hacia el cumplimiento de los derechos del menor. Del art. 2 Ley Orgánica 8/2015, se deriva que la determinación del interés superior del menor en cada caso, debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos que deben ser tenidos en cuenta, y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio, y

garantizar la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos para determinar las específicas necesidades de los niños con vulnerabilidad. Desde mi punto de vista, la reforma se adecua totalmente a este interés del menor.

Considero que la reforma ha satisfecho las propuestas y recomendaciones en las que se demandaba una modificación de los instrumentos de protección de menores, ya que el marco normativo se ha adaptado a esos cambios sociales y circunstancias a los que muchos menores se ven sometidos hoy en día. Con esta nueva legislación, considero que se ha conseguido la mejora de los instrumentos de protección con el fin de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores.

V.BIBLIOGRAFÍA

Libros:

CAÑIZARES LASO A. « Protección de menores » citada por PÉREZ ÁLVAREZ, en *el Código Civil Comentado Volumen I a IV 2ª ed.* Civitas. 2016

DE PALMA DEL TESO Á., *Administraciones públicas y protección de la infancia; En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados.* Instituto Nacional De Administración Pública, Madrid, 2006. P.188

DÍEZ-PICAZO L. Y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil, volumen IV, Derecho de familia.* Tecnos, Madrid, 2012, P. 286

DIOS VIEITEZ « El sistema público de protección de menores e incapaces » citada por PÉREZ ÁLVAREZ, en *el curso de derecho civil (IV) Derecho de familia.* P. 408 Martínez de Aguirre (coor.)

LOPEZ AZCONA A. *La protección de los menores en situación de desamparo(o abandono) en los derechos español y marroquí.*ADC, tomo LXVI, fasc. III. 2013, P.5

MARTINEZ DE AGUIRRE C. *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil),* ADC, Madrid, 1991

PICORNELL LUCAS A. *La infancia en desamparo.* Nau llibres, Valencia. 2006. P.59

RUIZ JIMENEZ « La capacidad del menor » en *Curso sobre la protección jurídica del menor.* Colex, Madrid, 2001

TEJEDOR MUÑOZ L. « Niños desamparados: la obligación tutelar de las Administraciones Publicas en España » *Los derechos de la infancia y la adolescencia.* Ariel, Barcelona, 2006

TEJEDOR MUÑOZ L., « La guarda y acogimiento de menores » del libro *Curso sobre la protección jurídica del menor.* Colex, Madrid, 2001

YAÑEZ VIVERO F. *Los Derechos De La Infancia y La Adolescencia,* Ariel, Barcelona, 2006, P.186

Legislación:

LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

Ley 26/2015 de 28 de julio, de Protección a la infancia y adolescencia

Constitución Española 1978

Código Civil 17ª edición

LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Código civil, septiembre 2015

Ley de enjuiciamiento civil 2000

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia

Jurisprudencia:

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de marzo de 1996(AC 1996/519

Sentencia núm. 233/2005, de 26 septiembre del Tribunal Constitucional

Sentencia 565/2009, de 31 de julio de 2009, del Tribunal Supremo

Auto de Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo 2002 (2002/1225)

Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398)

AAP de Valencia de 24 de marzo 2003; SAP de Málaga de 13 de febrero de 2003 (AC 2003/1345)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 9 de marzo de 1993 (AC 1993/316)

Sentencia del Pleno de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2015 (sentencia número 321/2015)