

Trabajo Fin de Grado

Tutela y guarda administrativas como medida protectora de menores

Administrative tutelage and guardianship as protection measure
for minors

Autor/es

Alba Rello Hernández

Director/es

Dr. D. Miguel Luis Lacruz Mantecón

Facultad de Derecho.
Grado en Derecho. Área de Derecho Civil
2017

ÍNDICE

I.	ABREVIATURAS.....	3
II.	INTRODUCCIÓN.....	4
III.	EL SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN DE MENORES	
III.1	LA DESPROTECCIÓN DEL MENOR	5
III.2	MARCO JURÍDICO	6
III.3	LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES. LOS SERVICIOS SOCIALES	7
III.4	EL SISTEMA DE PREVENCIÓN: LA SITUACIÓN DE RIESGO	8
III.5	PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE MENORES	9
III.6	ALGUNOS DATOS.....	11
IV.	LA SITUACION DE DESAMPARO Y SUS EFECTOS INMEDIATOS. LA TUTELA ADMINISTRATIVA	
IV.1	EL CONCEPTO DE DESAMPARO.....	13
IV.2	LA TUTELA ADMINISTRATIVA.....	17
	IV.2.1 El contenido de la tutela.....	20
IV.3	LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS INCAPACES.....	22
V.	LA GUARDA ADMINISTRATIVA	
V.1	GENERALIDADES DE LA GUARDA ADMINISTRATIVA.....	23
V.2	LA GUARDA ADMINISTRATIVA A SOLICITUD DE LOS PADRES O TUTORES.....	24
V.3	LA GUARDA ADMINISTRATIVA EN VIRTUD DE RESOLUCIÓN JUDICIAL.....	25
V.4	EL EJERCICIO DE LA GUARDA.....	27
	V.4.1 El acogimiento familiar.....	27
	V.4.2 El acogimiento residencial.....	29
VI.	CONCLUSIONES.....	30
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	33

I. ABREVIATURAS

AP.	Audiencia Provincial
Cc.	Código civil
CCAA.	Comunidades Autónomas
CDFA.	Código de Derecho Foral Aragonés
CE.	Constitución Española
Lec.	Ley de enjuiciamiento civil
LO.	Ley Orgánica
LOPJM.	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
Ss.	Siguientes
TC.	Tribunal Constitucional
TEDH.	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TS.	Tribunal Supremo

II. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordamos la actuación pública en materia de protección de menores, una realidad que vive un número relativamente grande de niños, niñas que han sido separados de su familia de origen y viven en centros y hogares de protección. Son los menores tutelados por la Administración pública. Un colectivo al que muchos autores han denominado «la infancia invisible» por el desconocimiento que existe al respecto en la población.

Aunque lleguemos a tener conocimiento sobre cualquier situación en la que un menor está siendo desatendido por sus progenitores o tutores, ¿realmente conocemos cuál es el futuro de ese menor? ¿Qué medidas toma el Estado, y en especial la Administración con el menor desatendido? ¿Quedarán cubiertos sus derechos? Este estudio pretende resolver éstas y más cuestiones sobre el sistema de protección de los menores que, por su especial vulnerabilidad, necesitan de alguien que defienda sus derechos. Además de por la importancia social de la figura, el estudio adquiere relevancia por la reciente modificación de la que ha sido objeto. Abordamos, pues, su análisis a la luz de las novedades introducidas por la LO 8/2015, de 22 de julio y, fundamentalmente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Para el desarrollo del trabajo he partido de un esquema simple basado en la doctrina más consolidada. Seguidamente, y para ampliar el estudio, he tomado como referencia diversos estudios, monografías y artículos de revista. Además, para concretar los conceptos y buscar solución a las controversias planteadas en el estudio, he guiado el trabajo por medio de diferentes casos prácticos y numerosa jurisprudencia.

III. EL SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN DE MENORES.

III.1 LA DESPROTECCIÓN DEL MENOR

Cualquier sociedad cuenta con menores en situación de exclusión y desprotección. Es una realidad, un problema que nace fruto del abandono de sus progenitores o tutores. La patria potestad (o la autoridad familiar en Aragón¹) es la institución básica en cuanto a protección de menores, tiene función tutelar y es un efecto legal de toda relación paterno-filial, un conjunto de derechos y obligaciones que adquiere el progenitor de manera automática una vez determinada la filiación. La existencia de menores no sometidos a la patria potestad, requiere de ciertas instituciones jurídicas que actúen con carácter subsidiario para ejercer estas funciones de guarda y protección. La institución que surge en primera instancia como mecanismo para solventar este problema es la tutela ordinaria².

Ahora bien, los Estados modernos han creado un mecanismo para los casos en que ni la patria potestad, ni la tutela ordinaria son suficientes para dotar a los menores de la necesaria asistencia personal y patrimonial. Se trata del sistema público de protección de menores, al que podemos definir como: «el conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tiene como finalidad prevenir, detectar y corregir las situaciones de riesgo y desamparo, mediante la integración del menor en grupos naturales de convivencia, en condiciones básicas suficientes que posibiliten su

¹ La patria potestad se regula en el art. 154 Cc.: «Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. [...] Como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende: [...] Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Representarlos y administrar sus bienes [...]». En Aragón, la autoridad familiar está reglada en los arts. 63 y ss. del CDFA, en particular, el art. 63.1 establece que «El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres».

² A la que estarán sometidos, de acuerdo con el art. 222 Cc.: «Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. Los menores que se hallen en situación de desamparo». El Cc. enumera bajo qué circunstancias una persona quedará sometida a la tutela, pero lo hace sin diferenciar los supuestos de tutela civil ordinaria –institución aplicable en los tres primeros supuestos– de la tutela administrativa a la que se someten «los menores que se hallen en situación de desamparo». Esta figura es diferente a la tutela ordinaria, por lo que sus preceptos, salvo remisión expresa, no le son aplicables.

participación en la vida familiar, económica, social y cultural y su desarrollo integral como persona»³.

III.2 MARCO JURÍDICO

En España adoptamos con cierto retraso el moderno sistema de protección de menores que se estaba instaurando en Europa con las democracias y sobre todo, con la aprobación por parte de las Naciones Unidas de la Convención de Derechos del Niño en 1989, que supuso reconocer a los menores como verdaderos sujetos con derechos. Los países adheridos a la Convención tuvieron que poner todos sus medios, en amplias materias, para asegurar un desarrollo adecuado de los menores, que les permitiera integrarse en la sociedad en igualdad de oportunidades.

En este sentido, han sido numerosos los textos legales internacionales⁴ redactados al efecto, y que han servido de referencia para desarrollar nuestra legislación interna. En este sentido, el art. 39.4 CE normativiza los acuerdos internacionales y acoge un sistema de protección de menores mixto⁵, basado en la colaboración del ámbito público (Administración pública) y privado (las familias). Como consecuencia de lo establecido en este precepto y en los instrumentos jurídicos internacionales, España llevó a cabo una renovación de su ordenamiento jurídico respecto a los menores; en este sentido cabe destacar algunas leyes: la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, reguladora de la Protección de los Menores y de la Adopción⁶, que en la práctica presentó algunas lagunas se intentaron solventar con la redacción de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección

³ Así lo define el art. 45 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

⁴ Los más relevantes son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París 10 de diciembre de 1948), la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos del niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁵ Así se deduce de los arts. 39.2 y 3 CE: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad». Y «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

⁶ Que modificó varios arts. del Cc. y de la Lec., e introdujo un importante cambio: sustituyó el arcaico concepto de “abandono” por la institución del “desamparo”, dando lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la Entidad pública competente, de la tutela de aquél, mediante la modificación de los arts. 172 y ss. del Cc. Además introdujo la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél.

Jurídica del Menor⁷. Mas recientemente, el régimen jurídico del sistema de protección de menores se ha visto afectado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Pero la realidad puso de manifiesto que los mecanismos hasta entonces existentes eran insuficientes, y que las normas dictadas sólo cubrían de manera superficial los derechos del menor, sin obtener un marco regulatorio pleno capaz de satisfacer sus necesidades. Es por ello que, con la participación de distintos Ministerios, CCAA, Entidades y varias ONG⁸, se presentó un Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (PENIA II, 2013-3016), por el que fueron aprobadas la LO 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que han traído como consecuencia la modificación de la LOPJM, del Cc. y de otras muchas leyes del sistema. Las razones para la promulgación de estas leyes eran claras: la LOPJM se había quedado obsoleta, y se había hecho necesario unificar la diversidad normativa existente en España debido a la competencia de las CCAA en materia de protección de menores, creando un marco común que les sirviera de referencia para actuar en la misma dirección.

III.3 LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES. LOS SERVICIOS SOCIALES.

En efecto, las CCAA tienen competencia en materia de protección de menores en virtud del art. 148.1.20 CE, que aunque no contempla específicamente la materia de protección de menores como título competencial, sí lo hace en materia de “asistencia social”, que debe entenderse subsumida en la anterior. Así, la mayoría de Estatutos de Autonomía han atribuido estas competencias en su territorio, al amparo del título competencial “asistencia social”, “bienestar social” o “servicios sociales”. Las

⁷ También afectó tanto al Cc. como a la Lec., y dentro de las situaciones de desprotección social del menor, introdujo la importante distinción entre situación de riesgo y situación de desamparo.

⁸ De acuerdo con el anexo del documento, participaron los ministerios de: Asuntos Exteriores y Cooperación, Economía y Competitividad, Educación Cultura y Deporte, Empleo y Seguridad Social, Hacienda y Administraciones Públicas, Interior, Industria, Energía y Turismo, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Justicia, Presidencia, Sanidad Servicios Sociales e Igualdad. Además de corporaciones locales como: Federación Española de Municipios y Provincias. Y otros entes implicados: Consejo General de Colegios Oficiales de Educadores y Educadoras Sociales, Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional Organizaciones No Gubernamentales y televisiones autonómicas

comunidades que también tienen atribuida competencia en materia de protección y tutela de menores, han invocado este título competencial al amparo del art. 149.1.8 CE.

Es el caso de Aragón, que ha regulado la materia en la Ley 12/2001 de 2 de julio, sobre Infancia y Adolescencia y en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Es igualmente relevante el Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

Esta competencia exclusiva de las CCAA en materia de “asistencia social”, requiere que la prestación de los Servicios Sociales se lleve a cabo por organismos autonómicos. De acuerdo con los arts. 5 y 6 del Decreto 190/2008⁹, en Aragón, corresponde al Instituto Aragonés de Servicios Sociales¹⁰ (IASS) iniciar los mecanismos de protección desde el momento en que tiene conocimiento de una posible situación de desprotección. El correspondiente Servicio Especializado de Menores de la Dirección Provincial del IASS realizará un estudio en el entorno del menor que verifique si se está produciendo una situación de desprotección o de desamparo que requiera su intervención, que consistirá en el diseño de un proyecto de intervención social individualizado.

III.4 EL SISTEMA DE PREVENCIÓN: LA SITUACIÓN DE RIESGO

En los últimos años se ha puesto de manifiesto la evolución de las normas hacia un sistema de prevención que da prioridad a las actuaciones tendentes a prevenir, detectar

⁹ El art. 5 del Decreto establece que «corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, a través del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, la competencia para la declaración de las situaciones de riesgo y de desamparo de menores y para la determinación, aplicación, seguimiento y evaluación de las medidas de protección a establecer en cada caso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente y de las atribuciones propias de la Autoridad Judicial». En este sentido, el art. 6 regula que «compete a la Comarca el Programa de Atención a menores que tiene por objeto priorizar las actuaciones en familias con indicadores de maltrato. Desde los servicios comarcales se desarrollarán las siguientes funciones: Propuesta preceptiva y vinculante, al servicio especializado de menores, para la declaración de la situación legal de riesgo que incluirá las líneas de actuación en cada caso. Informe para la elaboración, por el servicio especializado de menores del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, de la propuesta de declaración de desamparo para el ejercicio de la tutela. Gestión de los programas de preservación familiar y de reinserción del menor en programas de separación. Mediación en los casos de guarda».

¹⁰ El IASS es un organismo autónomo de naturaleza administrativa adscrito al Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales del Gobierno de Aragón, bajo cuya dirección, tutela y vigilancia gestiona las competencias que le atribuye la Ley 4/1996, de 22 de mayo, relativa al Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

y reparar las situaciones de desprotección, que procuran evitar el desamparo. Este sistema actúa cuando el menor se encuentra en una situación de riesgo, que el art. 17.1 LOPJM define 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 [...] 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 [...]». En estas circunstancias, la intervención de la Administración debe orientarse a eliminar, reducir o compensar las dificultades o deficiencias que afectan al menor y «evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que separarlo de su entorno familiar». De acuerdo con PÉREZ ÁLVAREZ¹¹, este nuevo rumbo marcado por la prevención supone una «consecuencia relevante en la concepción del sistema de protección de menores: el carácter subsidiario de las actuaciones de los poderes públicos que, como el desamparo y consiguiente tutela administrativa, pueden dar lugar a medidas irreversibles para el menor en relación con la familia de origen». Por eso, sólo cuando «no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material» (art. 17.8 LOPJM) se fundamentará el dictado de la resolución que declare el desamparo. En la misma línea, en Aragón, la situación de riesgo y las actuaciones de la Administración en la materia están reguladas en los arts. 56 y ss. de la Ley 12/2001 y de manera pormenorizada en el Título II «de las situaciones de riesgo» del Decreto 190/2008.

III.5 PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE MENORES.

Este sistema de prevención llevado a cabo dentro del núcleo familiar del menor tiene el fin de velar por uno de los principios rectores que rigen cualquier actividad pública –y privada– en materia de menores: el derecho del menor a permanecer en su familia de origen¹². La actividad protectora de las Administraciones públicas debe guiarse

¹¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Ángel, “El sistema público de protección de menores e incapaces” en *Curso de Derecho civil (IV), Derecho de Familia*, 5ª edición, Martínez de Aguirre (coord.), de Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Edisofer, Madrid, 2016, cit. pág. 438.

¹² Así resulta, expresamente, de la normativa internacional sobre los derechos de los menores de la que se ha hecho eco nuestro legislador. A modo de ejemplo cabe citar: los arts. 5, 9.1, 9.3 y 18 de la Convención derechos niño, así como los artículos 2.2.c y 11.2.b LOPJM.

por los principios de reintegración e integración familiar. Así, en los casos en que se hiciera necesario la separación del menor de su familia, la entidad pública deberá actuar por el principio de reintegración familiar y establecer medidas y programas de apoyo dirigidos a facilitar el retorno del menor con su familia. Ahora bien, la familia sólo será entorno de integración social cuando sus miembros no sean víctimas de la exclusión social. Es decir, el interés superior del menor podrá condicionar el alcance de este derecho y obliga a ponderarlo con otros con los que pudiera entrar en conflicto.

En efecto, el interés superior del menor constituye el principio jurídico básico de todo el Derecho relativo a los menores. Ya la Convención sobre los Derechos del Niño estableció en el art. 3.1 que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». En la medida en que nuestra CE reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, este principio adquiere rango constitucional. Es un concepto normativo indeterminado que debe ser precisado en el momento de su aplicación en cada caso concreto, pero que en cualquier caso requerirá proteger al menor como persona, lo que supone la protección de sus derechos fundamentales y de carácter personal. La persona o autoridad encargada de proteger al menor no debe guiarse por sus criterios personales sino por los principios y valores acogidos por nuestro sistema jurídico, y deberá considerar no sólo el interés presente del menor, sino también el futuro. De acuerdo con el art. 2 LOPJM, el propio menor participará en la concreción de cual es su interés, sin que esto suponga que se delegue en él la adopción de la decisión que le conviene. El valor y trascendencia que se da a las opiniones y deseos del menor dependerá de su grado de discernimiento y madurez. Al respecto, la doctrina del TS se mueve en la línea de lo establecido en la STS 835/2013 de 6 de febrero¹³.

¹³ La STS 835/2013 de 6 febrero (Rec. 245/2012) establece que: «La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en las mismas. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE».

Ya hemos dicho que el interés superior del menor debe ser ponderado con otros principios con los que puede entrar en conflicto. Al respecto, el art. 2.4 LOPJM establece que: «en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [...]». Con este precepto, el legislador intenta solucionar este problema que es muy frecuente en la práctica. Así, es habitual que este principio entre en colisión con el derecho del menor a permanecer en su familia natural. Cuando existe contradicción entre ambos principios, debe tenerse en cuenta la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor¹⁴.

III.6 ALGUNOS DATOS

Según los últimos datos publicados en el «Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia»¹⁵ en 2015, en España el número de menores de edad atendidos por la Administración fue de 42.628, sufriendo un leve descenso respecto a años anteriores (42.867 en 2014), «lo que calculado en relación con la población menor de 18 años (1/100.000) arroja una tasa de 511,3 en 2015»¹⁶. Se produjo una importante caída

¹⁴ Al respecto, es determinante –entre otras que se pronuncian al respecto- la STS 565/2009 de 31 julio, Rec. 247/2007: «Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»). Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe una contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»). Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación del interés del menor, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

¹⁵ «Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia», Boletín número 18, datos 2015. Informes, estudios e investigación, Gobierno de España, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, 2017.

¹⁶ En «Boletín de datos...» *cit.* pág., 20.

de las tutelas administrativas, situándose la cifra en 25.952 menores tutelados (311,3), mientras que el número de guardas se elevó a 4.724 (56,7). El número de menores en estudio o con una medida de apoyo previo a dictarse cualquier medida protectora fue de 11.952. Respecto al total de guardas, 3.384 eran guardas voluntarias. Con estas cifras, cabe decir que al final de año, 7.100 menores fueron dados de alta en el régimen de la tutela administrativa; 3.968 menores de los sometidos a guardas y 10.707 menores dejaron de estar en estudio o con una medida de apoyo.

Mientras Melilla y Ceuta fueron las regiones con las mayores tasas de menores atendidos (8.208,1 y 2.813,5 respectivamente); Cantabria, Cataluña y Aragón presentaron las tasas más bajas (249,2, 257,6 y 268,1).

El total de acogimientos residenciales sufrió un ligero incremento situándose en 13.596 los menores sometidos a este sistema. Ocurre lo mismo con los acogimientos familiares, que se incrementaron de 19.119 en 2014 a 20.172 en 2015. En cualquier caso, «en términos absolutos el acogimiento familiar sigue siendo la principal medida de protección adoptada por los servicios de protección de comunidades y ciudades autónomas. El predominio [...] señala, como en años anteriores, una baja estancia en centros y una preferencia, a medio y largo plazo, por las medidas que prescriben el mantenimiento de los menores de edad en entornos familiares¹⁷».

El mismo informe recoge que los principales factores de riesgo que se dan en la infancia se producen en el seno familiar debido a carencias afectivas, económicas y educativas, que acaban formando parte de un proceso de inadaptación social que pone en peligro el desarrollo físico, psicológico y social. Aunque el inicio del proceso de inadaptación social también se produce en la propia persona, en la escuela o en barrios catalogados como «marginales», donde los servicios sociales suelen encontrarse con varios casos de menores desatendidos.

¹⁷ En «Boletín de datos...» *cit.* pág., 29.

IV. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO Y SUS EFECTOS INMEDIATOS. LA TUTELA ADMINISTRATIVA.

IV.1 EL CONCEPTO DE DESAMPARO.

Hasta ahora hemos visto que la Administración actuará mediante el sistema de prevención ante una situación de riesgo. Sin embargo, hay supuestos en los que la gravedad de los hechos aconseja la salida –temporal o definitiva- del menor de su núcleo familiar. En estos casos nos encontramos ante una situación de desamparo, un concepto que desde 1987 está definido en el art. 172.1 Cc. de forma amplia: «Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Esta definición general se complementa con la admisión de ciertos indicadores a tener en cuenta como síntomas de desamparo. Al respecto, el art. 18.2 LOPJM enumera numerosos supuestos -aunque no son casos tasados-, en los que la Administración determinará la declaración de desamparo. Igualmente, las legislaciones autonómicas han desarrollado el precepto con el objeto de facilitar el reconocimiento de una situación de desamparo; así, en Aragón se regula en el art. 59 de la Ley 12/2001¹⁸ y en los arts. 102, 118 y 119 CDFa. Tras la reforma de la que fue objeto el art. 18 LOPJM con la Ley 26/2015, el concepto de desamparo quedó ampliamente definido en una norma estatal, lo que ha resultado útil para aquellas personas encargadas de apreciar la concurrencia de esta situación, al tiempo que ha aportado seguridad jurídica por instituir un modelo común y homogéneo para todo el territorio nacional.

¹⁸ Que establece: «En particular, se entiende que existe situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando [...] se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor. Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas. Malos tratos. [...] Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación. Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos. Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo».

De lo dispuesto en estos preceptos y siguiendo las líneas de UTRERA GUTIÉRREZ¹⁹, el desamparo se produce por «un incumplimiento de los deberes de protección a los que hace referencia el Código Civil, que genere privación de asistencia material o moral y que tenga cierta duración, además de que exista un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la falta de asistencia del menor».

La «necesaria asistencia moral o material» a la que hace referencia el art. 172.1 Cc., debe ser interpretada de forma restrictiva (así lo establecen los arts. 2 LOPJM y 18.2 CDFFA), de manera que únicamente debe recurrirse a esta institución cuando quede efectivamente acreditado que el menor carece de las atenciones mínimas necesarias, es decir, de los elementos o condiciones básicas para el adecuado desarrollo físico, psíquico o social. En el caso de realizarse una interpretación amplia del concepto, la Administración acabaría asumiendo la tutela de menores en realidad, padecen una situación de riesgo, y frente a los cuales deberían adoptarse medidas de asistencia y apoyo en el propio entorno familiar²⁰. En esta línea se ha pronunciado también la doctrina del TS²¹.

Sobre quién debe denunciar la posible situación de desamparo, el art. 13.1 LOPJM establece 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». Incluso el art. 10.2.a) LOPJM faculta al propio menor para «solicitar la protección y la tutela de la entidad pública competente».

La efectiva declaración de desamparo se hará mediante la correspondiente resolución administrativa, que se «notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas»²². Sin embargo, habrá casos que por especial gravedad o urgencia, no sea

¹⁹ UTRERA GUTIÉRREZ, J. Luis, “Protección de menores: acogimiento, adopción y tutela”, en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Thomson Aranzadi Madrid, 2005, *cit.*, págs. 304 y 305

²⁰ Ex. arts. 12 y 17 LOPJM.

²¹ En la STS 540/2015 de 15 octubre (Rec. 1161/2014): «La interpretación restrictiva que se ha de llevar a cabo para decidir sobre la situación de desamparo, buscando el equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, resaltando el derecho del menor y de los propios padres a que el niño crezca y sea educado en el seno de la familia natural».

²² En el art. 172.1, párr.1, *in fine*.

posible la tramitación del expediente que precede a la resolución administrativa que declara el desamparo, y resulte necesario que la Administración asuma de inmediato su guarda sin suspender –al menos de momento- la patria potestad o tutela a la que estuviera sometido el menor. Para solventar este problema, el art. 172.4 Cc.²³, recoge que «en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo». De esta manera, la entidad pública podrá prestar atención inmediata al menor hasta la adopción de la medida que proceda.

La resolución que declara el desamparo, por lo dispuesto en el art. 780 Lec., será recurrible en el plazo de dos meses ante la jurisdicción civil sin ser necesaria la reclamación previa en vía administrativa. Además, los padres que sigan ostentado la patria potestad o la tutela «podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron²⁴, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela», ello en virtud del art. 172.2 Cc., que otorga un plazo de dos años –a partir de la notificación de la situación de desamparo- para solicitar la oposición a la resolución o la revocación. Pasado este plazo, «únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública».

En relación con el desamparo, un tema que ha traído debate y controversia en la doctrina es si la guarda de hecho²⁵ de un menor puede producir la situación que caracteriza

²³ La mecanismo de la guarda provisional fue instaurado en el Cc. por medio de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁴ Respecto al retorno del menor desamparado, la STS 565/2009 de 31 julio (Rec. 247/2007) establece que: «para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se ha desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

²⁵ La guarda de hecho es una situación que se produce cuando una persona, que carece de la cualidad de tutor, desempeña la guarda de un menor no sometido a patria potestad o de alguien en quien concurra causa de incapacitación. Actualmente se regula en los arts. 303 y ss. Cc.

el desamparo. Autores como DE PALMA DEL TESO²⁶, consideran que aunque el menor «no carecería de los elementos esenciales para el desarrollo integral de su personalidad, [...] los responsables legales del menor faltarían, o no estarían cumpliendo sus deberes legales de protección [...]. De modo que concurriendo el elemento subjetivo del desamparo, faltaría el elemento objetivo. Se produce la causa que generalmente da lugar a la situación de desamparo pero no se produce efectivamente el resultado, debido a la intervención del guardador de hecho. [...] Sin embargo, el guardador de hecho no está legalmente obligado a asumir la guarda del menor. Por ello, en estos casos el menor no tiene debidamente garantizado su derecho a la asistencia y protección». En esta línea se decanta también la Circular 8/2011 emitida por la Fiscalía General del Estado, «Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores» o parte de la jurisprudencia²⁷. Por otro lado, autores como PÉREZ ÁLVAREZ²⁸ consideran, a mi juicio acertadamente, que «en tanto el menor no se encuentre privado de asistencia moral y material, la guarda de hecho excluye la posibilidad de apreciar situación de desamparo». Ello en virtud del art. 303.2 Cc.²⁹, y con respaldo de sentencias del TS³⁰. Si bien es cierto que debería distinguirse entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor³¹.

²⁶ DE PALMA DEL TESO, Ángeles, “La protección pública de los menores desamparados. La tutela de la Administración” en *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, cit. págs. 216 y 217.

²⁷ La Circular establece lo siguiente: «Debe partirse de que concurre causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad cuando el menor es abandonado por sus padres, aunque otra persona, desinteresadamente o no, pero sin obligación ni vínculo jurídico ni personal con el niño, lo recoja y cuide de él. Concurre causa [...] porque a esa persona no es exigible ninguna prestación con respecto al menor. No tiene por qué velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo o procurarle una formación integral, más allá de la obligación de auxilio inmediato. Puede ser obligado por los padres biológicos para entregar el menor en cualquier momento. El desamparo está presente al menos en sentido jurídico, suficiente para poner en marcha los mecanismos legales de protección». La jurisprudencia también defiende esta postura, y en este sentido se pronuncia por ejemplo la SAP de Burgos, sec.2, nº491/2012 de 28 de diciembre (JUR 2013\52968).

²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Ángel, “El sistema público de protección de menores...” cit. pág. 440.

²⁹ Que determina lo siguiente: «Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores [...] en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.».

³⁰ Cabe destacar la STS 582/2014 de 27 de octubre (Rec. 2762/2013): «Cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

³¹ La SAP de Córdoba, sec.1ª, 21 de marzo, nº132/2017 (Rec.205/2017) establece que la guarda de hecho «se contempla con cautela tanto por razones subjetivas de los concretos guardadores como por la debilidad del vínculo obligacional entre éstos y los menores objeto de su asistencia. Bajo tal denominación pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo (sería el caso de abuelos que con esfuerzo asumen la

Una excepción a lo visto hasta ahora, es que en ciertos casos, la Administración deberá proceder a declarar el desamparo sin esperar a que llegue a producirse la situación de hecho. Esto sucederá cuando sea posible o seguro que va a producir de forma inmediata la situación de falta de asistencia o protección. Se trata del denominado desamparo potencial, y se produce cuando el menor no se encuentra en ese preciso momento en desamparo pero es posible o seguro que esta privación acontecerá en cualquier momento posterior. Algunas sentencias recientes del TSJ de Aragón ponen de manifiesto esta práctica, declarando en situación de desamparo a recién nacidos que sus padres no quieren o no pueden atender, antes de que el menor llegue a quedar desprotegido. Cabe citar, por ejemplo, las sentencias del TSJ de Aragón de 4 de enero de 2010³² y de 4 de diciembre de 2012³³.

IV.2 LA TUTELA ADMINISTRATIVA.

La apreciación del desamparo implica la asunción automática por la entidad pública competente de la tutela del menor desamparado. Al mismo tiempo, esta tutela supone la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria a la que el menor estuviera sometido, e implica la salida del menor de su núcleo familiar. A partir de este momento, y en virtud del art. 19 LOPJM y en Aragón, en el art. 64 de la Ley 12/2001, la Administración deviene responsable de la guarda del menor, haciéndose titular de los derechos y deberes inherentes a la misma, y teniendo capacidad para «adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda» (*vid.* art. 172.1 Cc.).

En Aragón, los arts. 61 y ss. de la Ley 12/2001³⁴ regulan el ejercicio de la tutela. En cuanto a quién ostenta la titularidad de la misma, MURILLO JASO³⁵, escribe que,

crianza del nieto ante el abandono o imposibilidad de los progenitores) como otros sumamente peligrosos para el menor en los que se hacen cargo de estas personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución».

³² En El Derecho: EDJ 2010/102768

³³ En El Derecho: EDJ 2012/337986

³⁴ Según el cual «la Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, asume por ministerio de la Ley la tutela de los menores en situación de desamparo. La asunción de la tutela atribuida al Gobierno de Aragón lleva consigo la suspensión de la patria potestad o la autoridad familiar o la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él. El Gobierno de Aragón, a través del órgano competente por razón de la materia, formará inventario de los bienes y derechos de los menores sujetos a su tutela y administrará su patrimonio hasta la finalización de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón».

³⁵ MURILLO JASO, D. Luis, “El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón

aunque «el citado artículo [...] confunde Gobierno con Administración [...], el tutor es el IASS que, por ley de creación, goza de personalidad jurídica propia e independiente de la Diputación General de Aragón y ha de considerarse, por ello, como Entidad Pública con competencias de protección de menores en el territorio de la Comunidad Autónoma Aragonesa [...]. Hay que individualizar en un órgano dentro del IASS que ejerza la tutela en su nombre, dicho órgano es el Director Provincial que dicta la resolución de desamparo. Así pues, la tutela se ejercerá por la Dirección Provincial, las resoluciones se adoptarán por el Director Provincial y el tutor es la persona jurídica IASS».

En cuanto a las características de tutela administrativa es: primero, y por ministerio de la ley, automática una vez se constata y declarada la situación de desamparo. El art. 172.1 Cc. dispone que «cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constata que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo [...]». Ya en el preámbulo de la antigua Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que reformó el Cc., el legislador justificaba la asunción de la tutela automática asegurando que: «se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de menores». La aspiración de brindar atención inmediata a estos menores explica el carácter automático de la tutela administrativa. Esta característica constituye un importante rasgo de distinción frente a la tutela civil u ordinaria, que debe ser constituida judicialmente.

La tutela administrativa se caracteriza, asimismo, por su provisionalidad o transitoriedad, pues sólo se mantendrá mientras subsistan las causas que determinaron la declaración de desamparo. Por eso, las medidas adoptadas por la Administración deberán dirigirse siempre que sea posible a conseguir la reintegración del menor en su núcleo familiar o en su caso, en la incorporación en otra familia³⁶. En los casos que falten los padres del menor o éstos hubieran sido privados de la patria potestad, la Administración deberá promover el nombramiento de un tutor civil «cuando existan personas que, por

y soluciones jurídicas.” en *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Fuero de Derecho Aragonés*, el Justicia de Aragón, 2003.

³⁶ Así lo exige el derecho a la vida familiar, reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En Aragón, la Ley 12/2001 proclama este derecho del menor en los arts. 3.3.d, 46.f y 47.1.f.

sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste» (art. 239 Cc.). Sin embargo, la tutela administrativa sólo es relativamente provisional, ya que en ciertos casos podrá tener carácter definitivo. Así sucederá cuando no fuera posible la reintegración familiar y tampoco sea conveniente para el menor la constitución de la tutela civil o su posible adopción³⁷.

El objeto de la institución es perseguir la integración familiar de los menores desamparados mediante la reinserción, el acogimiento o en ultima instancia, la adopción. En efecto, la función transitoria de la tutela administrativa supone que ésta abocará en cualquiera de estas situaciones. Desde el momento en que la entidad pública tiene atribuida la tutela, ésta debe concretar qué medidas de protección promoverán esta integración. El retorno del menor a la propia familia es la medida prioritaria que debe procurar la entidad, así resulta del art. 172 ter.1 Cc., cuando dispone que «se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia [...]». El resto de medidas tienen carácter subsidiario. Por eso, y en caso de que la reinserción fuera imposible, la Administración procederá a la constitución de la tutela ordinaria «cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste» (art. 239.2 Cc.). La siguiente posibilidad es que se formalice el acogimiento familiar permanente «que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen». Finalmente, la adopción, que es la única medida de carácter irreversible. Esta última se regula en los art. 176 y ss. Cc.

Ya hemos dicho que la tutela administrativa es delegable; es decir, la Administración se hace responsable de la guarda del menor, pero no la ejerce por sí misma, sino que, al establecer la medida de protección y constituir el acogimiento familiar o residencial, delega las funciones inherentes a la guarda en la familia de acogida (que podría ser la familia extensa) o en el director del centro residencial; todo ello en virtud del art. 172 ter. Cc. La Administración en cuanto titular de la tutela, es responsable de vigilar, controlar y colaborar con las personas que ejercen la guarda en su nombre. Estas

³⁷ Esta situación suele producirse en el caso de menores desamparados próximos a la mayoría de edad.

facultades y deberes derivados de las funciones de guarda se ejercerán con la colaboración y bajo la vigilancia de la Administración responsable y siempre del Ministerio Fiscal³⁸.

IV.2.1 El contenido de la tutela administrativa.

En tanto la tutela administrativa suspende la patria potestad o la tutela, el art. 172.1 Cc. permite «los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste»³⁹. Por tanto, la tutela automática suspende el ejercicio de los deberes y funciones de carácter personal⁴⁰ de la guarda, pero no así los de contenido patrimonial, siendo éste carácter una manifestación más del interés superior del menor. Esta subsistencia de actuaciones favorables para el menor se justifica porque la representación se encuentra en estado de suspensión por el reconocimiento de las actuaciones de hecho, es decir, se crea una especie de guarda (o actuación) de hecho en lo económico. Ahora bien, «cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador»⁴¹. Además, si el menor tuviera suficiente madurez para realizar por sí mismo ciertas actuaciones patrimoniales o para administrar sus bienes, la administración que ejerce la tutela o incluso las personas responsables de su guarda, podrían aconsejar o asistir al menor en estas actuaciones, sin perjuicio de que pueda realizar determinadas actuaciones por sí solo. En este sentido se pronuncia el legislador aragonés en los arts. 26 y 27 CDFa⁴² para los menores mayores

³⁸ Ello en virtud del art. 174 Cc., pues establece que: «incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección».

³⁹ En Aragón, se regula en el art. 61.2 de la Ley 12/2001.

⁴⁰ Es decir, los enumerados en el art. 173.1 Cc., que son: «las obligaciones de velar por el, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral», siempre bajo la vigilancia de la Administración.

⁴¹ Este ha sido el camino seguido, de forma acertada, por el legislador nacional y autonómico. Al respecto: el art.167 Cc. y el art. 98 en el CDFa.

⁴² El art. 26 CDFa, sobre la «administración de los bienes» establece que: «el administrador administra los bienes del menor mayor de catorce años en representación suya, pero los actos de administración podrán ser realizados también por el menor con la debida asistencia. Compete exclusivamente al menor, sin necesidad de asistencia, la administración de: los bienes que adquiera con su trabajo o industria; los que se le hubieren confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos; y los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiere ordenado». Respecto a la prestación de asistencia, el art. 27 afirma que: «la prestación de asistencia requiere conocer el acto que el menor se propone realizar y significa considerarlo conforme a sus intereses. [...] en ningún caso puede ser genérica. Podrá, sin embargo,

de catorce años –que en el CDFA tienen mayor disposición sobre sus bien respecto a los menores de catorce años-.

Por otro lado, en cuanto a la representación legal de los menores, los arts. 154.2 y 267 Cc. atribuyen el deber de representación a quien ostenta la patria potestad y la tutela. Por tanto, de forma general, los padres o tutores tienen la facultad de actuar en nombre e interés de sus hijos en tanto éstos no adquieran plena capacidad de obrar. La cuestión que debemos plantearnos es si la Administración que tiene la tutela del menor ostenta, asimismo, su representación legal. En principio, y hasta donde hemos visto, ésta habría de tener la representación del menor en las actuaciones referidas a la esfera personal, pero no así la en las de contenido patrimonial, que mientras hagan un uso adecuado de la misma, podrá seguir correspondiendo a los padres o tutores civiles. En cuanto a la representación para la defensa de sus derechos y, en particular, la representación en juicio, correspondería, asimismo, a la Administración que tiene atribuida la tutela. Sin embargo, del mismo modo que ocurre cuando existe un conflicto entre los padres y el menor (arts. 162 y 163 Cc.), en aquellos casos donde exista un conflicto de intereses entre la Administración y el menor, deberá nombrarse un defensor judicial que represente al menor tanto en juicio, como fuera de él. Nombramiento que podría recaer sobre el Ministerio Fiscal, pues éste tiene facultades para «intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores [...] en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación». Además, el art. 10.2.b) LOPJM faculta a los menores «para la defensa y garantía de sus derechos [...] poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas».

Finalmente, la Administración puede ser responsable patrimonial por los daños y perjuicios causados por el menor tutelado. En este sentido, el art. 1903 Cc. establece que los tutores son responsables «de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». El problema de la tutela administrativa es que al delegar la función de la guarda, resulta necesario determinar

concederse para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad, cuyas circunstancias fundamentales habrán de especificarse».

quién se hará cargo de esa responsabilidad; si es titular o el guardador de la tutela. En estas circunstancias, y para determinar quién es responsable de los perjuicios causados por el menor, habrá que estarse a lo dispuesto en el documento de formalización del acogimiento⁴³.

IV.3 LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS INCAPACES

Desde la promulgación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, «de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad», se amplió el ámbito subjetivo de la tutela administrativa a las personas con la capacidad modificada judicialmente. En particular, el art. 239 bis. Cc. establece que la entidad pública «asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad». A estos efectos, se considera situación de desamparo «la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor». Mediante este precepto, la tutela administrativa deja de referirse sólo a los menores para extenderse también a los mayores de edad que, teniendo la capacidad modificada judicialmente, se encontrasen en desamparo. Hemos visto que el legislador se refiere exclusivamente a las «personas con la capacidad modificada judicialmente», dejando al margen, pues, al incapaz natural; de manera que a los incapaces naturales no se les podrá aplicar las mismas instituciones protectoras que al menor.

De manera similar al Cc., el CDFA extiende los instrumentos públicos de protección de menores a los incapacitados. Así resulta del tenor literal de los arts. 102.1.c,

⁴³ En los casos donde se adopta la medida de protección de acogimiento residencial, la Administración mantiene la responsabilidad patrimonial derivada de los daños y perjuicios causados por el menor. Ahora bien, si es menor está ingresado en un centro colaborador –y no público– la atribución del daño dependerá de lo que se hubiera establecido al respecto en el convenio de colaboración entre la Administración y la entidad colaboradora. En caso de menores acogidos por el sistema familiar, deberá estarse a lo dispuesto en el documento de formalización del acogimiento (art. 173.2 Cc.).

o de los arts. 118, 119 y 130.2⁴⁴ CDFA. Igualmente, el Título III del Libro I del CDFA regula la guarda y el acogimiento tanto de los menores como de los incapaces.

V. LA GUARDA ADMINISTRATIVA

V.1 GENERALIDADES DE LA GUARDA ADMINISTRATIVA

La guarda se regula en el art. 19 LOPJM, 172, 172 bis. y ter Cc. En Aragón se recoge en el los arts. 64 y ss. de la Ley 12/2001, en el art. 160 CDFA y de manera extensa en el Título VI «de la guarda» del Decreto 190/2008. Además de la tutela y correspondiente guarda de los menores desamparados, las entidades públicas deben asumir sólo la guarda de los menores bien cuando los padres lo soliciten; o bien cuando el juez así lo decrete. A diferencia de la tutela administrativa, la guarda administrativa no requiere la previa declaración de desamparo, ni suspende la patria potestad de los padres, pues sólo supone la asunción del cuidado del menor⁴⁵.

Con la nueva Ley 26/2015, se delimitó, con buen criterio, la duración de la guarda en dos años, improrrogables salvo que el interés del menor aconsejase, excepcionalmente, la prorroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (art. 19.2 LOPJM). De este modo se evita la perpetuación en el tiempo de la medida, que podría llevar a situaciones abusivas o de dejadez de funciones⁴⁶. Una vez finalizado el plazo de dos años, el menor tendrá que regresar con su familia de origen – siempre que los progenitores hayan superado las circunstancias que motivaron la salida del menor- o bien, se procederá a la declaración de desamparo y se decretará una medida de protección más estable⁴⁷. Para asegurar que el menor pueda volver con su familia de origen, «será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional» (art. 19.2 LOPJM).

⁴⁴ Este último establece que «los menores e incapacitados declarados en situación de desamparo estarán sujetos a tutela automática, salvo cuando la entidad pública haya asumido solo la guarda».

⁴⁵ En tanto los padres siguen ostentando la titularidad de la patria potestad, tienen poder de decisión respecto a las cuestiones importantes del menor, como las relativas a su educación o salud. Pero la suspensión de la custodia sobre el menor obliga a dejar por escrito las responsabilidades que siguen manteniendo respecto de ellos.

⁴⁶ Con anterioridad a la promulgación de la Ley 26/2015, en la guarda voluntaria no existía un límite temporal; de modo que podía llegar a durar años, evitando que se acordase una medida más estable.

⁴⁷ Por ello, y por su provisionalidad, la guarda administrativa es incompatible con la adopción, como puntualiza PÉREZ ÁLVAREZ, M. Ángel, en *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 102.

A través de la guarda, la entidad pública asume el cuidado del menor, ejerciéndola –como veremos en el apartado 3 de este epígrafe- por medio del acogimiento. En estos casos, igual que sucede para la tutela, la entidad pública elaborará un plan individual de protección que siempre que sea posible, incluirá un programa de reintegración familiar. Además, se procurará siempre que los hermanos no sean separados y que el menor, a través del régimen de visitas, no pierda contacto con su familia.

Señalar, la posibilidad que brinda el art. 172 ter.4 Cc. a la entidad pública para que, en los casos de desamparo o de asunción de guarda, establezca «la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos». De este modo se pone fin a un vacío legal que solía afectar a los procesos de familia, sobre quién sufraga los gastos del menor cuando queda bajo la guarda y custodia de la Administración.

V.2 LA GUARDA ADMINISTRATIVA A SOLICITUD DE LOS PADRES O TUTORES.

La denominada guarda voluntaria se produce «cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor», entonces, tendrán capacidad para «solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario» (art. 172 bis.1 Cc.). Se contempla como una medida de mayor transitoriedad que la tutela administrativa, pues está prevista para aquellos casos en que los padres no puedan cuidar de sus hijos por supuestos de enfermedad –tanto de padres como de hijos- , accidente, imposibilidad física, falta de autoridad sobre el hijo, entre otros.

En la practica se demuestra que los padres o tutores del menor solicitan su guarda por motivos muy diversos. En este sentido, por ejemplo, la SAP de Badajoz, sec.3ª, nº246/2016, de 14 de noviembre (Rec.379/2016) mantiene la guarda administrativa de unos menores que fueron sometidos a guarda voluntaria a petición del padre, como consecuencia de «la situación de riesgo en la que se encontraban los menores, por la situación del desahucio de la familia, careciendo de vivienda y de la posibilidad material

de tenerla de manera inmediata, la falta de implicación de la madre en el proceso educativo de los hijos, habiendo abandonado el domicilio familiar, dejando a éstos bajo los cuidados del padre y desentendiéndose de los mismos, y la escasez de recursos económicos del padre para cubrir las necesidades básicas de los menores».

Como hemos dicho, otro de los motivos frecuentes que llevan a los padres a solicitar la guarda es la de enfermedad. En este sentido, la SAP Madrid, sec.22ª, nº 452/2011 de 21 de junio (Rec. 51/2011), desestima el recurso de apelación de una madre que, antes de que se declarara mediante el mismo la situación de desamparo de su hijo menor, solicitó la guarda provisional del menor, alegando la imposibilidad de cuidar del mismo por la hospitalización de otro de sus hijos durante al menos seis meses.

Finalmente, la SAP de Granada, sec.5ª, nº565/2007 de 21 de diciembre (Rec. 505/2007), mantiene el acogimiento residencial de unos menores que fueron objeto de guarda administrativa a solicitud de la madre; que desde su separación del padre de sus hijos –motivada por los malos tratos que recibía-, se encontraba viviendo en un centro de acogida con los menores. En esta situación, la madre pidió ayuda a la Policía, y ésta puso en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación de la mujer, quien manifestó su imposibilidad de garantizar la cobertura de las necesidades de sus hijos, a la vez que manifestaba el carácter coyuntural de la situación y su voluntad de recuperar a los menores cuanto antes.

V.3 LA GUARDA ADMINISTRATIVA EN VIRTUD DE RESOLUCIÓN JUDICIAL.

En los mismos términos que la guarda administrativa a solicitud de los padres o tutores, debe entenderse la guarda que acuerda el juez en los casos en que legalmente proceda (art. 172 bis.2 Cc.). En este mismo sentido, el art. 158 Cc. también faculta al juez a dictar las «disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas». En este ámbito, las posibilidades de actuación judicial deben interpretarse con carácter amplio, para dotar de mejor protección al menor. Por eso, la resolución judicial que determina la guarda puede motivarse por amplios motivos.

Por ejemplo, la SAP de Zaragoza, sec.2ª, nº169/2013, de 26 de marzo (Rec.560/2012) desestima el recurso de apelación de un padre contra la sentencia por la

que se el IASS asumía la guarda administrativa de sus hijos. Una guarda que se adopta porque cuando «los menores están en compañía de su madre biológica, tal vez afectada por algún tipo de trastorno psiquiátrico sin diagnosticar, que resulta claramente problemática de cara a la estabilidad y seguridad de los niños, se les incluye en un Programa de Separación Provisional y Reunificación Familiar [...]». En estas circunstancias, se acuerda que los menores vivan con el padre, pero, viviendo con él, «se produce una etapa de conflictividad que hace necesario que se procure un apoyo a la familia con un Educador de Intervención Familiar, hasta que el propio padre de los menores solicita la guarda de la administración, ante la imposibilidad de atenderlos personalmente. A partir de entonces, el padre y su compañera manifiestan en algún momento su intención de que los menores vuelvan a convivir con ellos, aunque al parecer lo impiden sus circunstancias socioeconómicas [...]». En este caso, la guarda administrativa estará sujeta a revisión cada cinco meses, a la espera de que la situación económica del padre vuelva a mejorar y permita mantener adecuadamente a sus hijos. En el caso de que esa situación no se produzca en un periodo razonable de tiempo, se procederá a adoptar una medida más estable para los menores.

Igualmente, la SAP de Sevilla, sec.2ª, nº 172/2017 de 31 de marzo (Rec. 4773/2016) desestima el recurso de apelación de un padre contra la sentencia que estima la pretensión del Ministerio Fiscal de constituir la guarda administrativa de sus hijos. Como premisas básicas para la elección y adopción de la medida, cabe decir que los menores «han vivido situaciones de malos tratos hacia su madre y son víctimas desde su infancia de las disensiones de sus progenitores, y se encuentran atrapados en una dinámica conductual y emocional sumamente peligrosa; mientras el hijo menor había caído en un progresivo estado de depresión que desembocó en la negativa a comer con riesgo vital, el mayor de los hermanos había experimentado una paulatina desestabilización emocional con explosivas manifestaciones de agresividad hacia su madre y de intensa ansiedad [...]». La figura paterna es frontalmente rechazada por ambos menores [...]. La madre, que nunca ha dejado de atender a sus hijos, carece de recursos para afrontar la problemática familiar, pues ha perdido su autoridad, no puede resolver el conflicto, está desbordada y no sabe imponerse a sus hijos, de manera que los menores toman las decisiones que les afectan, sin límites ni control de clase alguna, y utilizan la agresividad o la anorexia para imponer su voluntad y alcanzar sus objetivos y propósitos [...]».

V.4 EL EJERCICIO DE LA GUARDA.

Tanto la tutela administrativa como la mera guarda se ejercen mediante el acogimiento. Aunque el Cc. no lo define como tal, sí señala algunos rasgos concretos. En este sentido, arts. como el 18.1 LOPJM o 172 ter.1 y 173 Cc., señalan que la Administración debe «intervenir» cuando el menor se encuentre en situación de desamparo. El acogimiento debe entenderse como esa medida de protección que intenta reintegrar al menor con su familia o bien, prepararle para la adopción. La guarda del menor se realizará en una familia diferente a la suya siempre que sea posible –a no ser que exista posibilidad de formalizar el acogimiento en la familia extensa del menor, ya que se considera que es beneficioso para el mismo- y en su defecto, se le insertará temporalmente en un centro, de manera revocable.

El acogimiento supone la plena participación del menor en la vida familiar de la persona a quien se le ha encomendado. Los acogedores son quienes asumen los deberes propios de la patria potestad o tutela⁴⁸, pero esta institución no crea vínculos jurídicos; los padres tienen suspendida la patria potestad, pero siguen manteniendo su titularidad.

Este acogimiento puede ser familiar o residencial. En virtud del art. 172 ter.1, «el acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor [...]».

V.4.1 Acogimiento familiar

En cuanto a su contenido, el art. 173.1 Cc., establece que «el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo». Esta institución se regula igualmente, y de manera ampliada en el art. 20 LOPJM y a nivel autonómico, en Aragón, en los arts. 165 y ss. CDFA, en el art. 70 y ss. de la Ley 12/2001⁴⁹ y finalmente, en los

⁴⁸ Que de acuerdo con el art. 154 Cc., son: «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

⁴⁹ El art. 70 de la Ley define el acogimiento familiar como «una medida de protección que proporciona al menor un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma

arts. 71 y ss. del Decreto 190/2008.

Como hemos hecho mención, se hará prioritario formalizar el acogimiento con la familia extensa del menor, tales como tíos o abuelos, para evitar la separación entre el menor y su familia biológica. Sólo cuando el menor no cuente con tal posibilidad, se formalizará el acogimiento en familia ajena, es decir, el acogimiento desempeñado por una familia que no tiene ningún parentesco con el menor y que puede llegar a ser especializado⁵⁰, si se desarrolla en una familia que posee formación específica para desarrollar la función.

El acogimiento familiar tiene diferentes modalidades en función de su duración: acogimiento familiar de urgencia⁵¹, acogimiento familiar temporal⁵² y acogimiento familiar permanente⁵³. A nivel autonómico, en Aragón, y de acuerdo con el art. 168 CDFA, el acogimiento familiar puede ser simple, permanente o preadoptivo⁵⁴. El legislador contempla la posibilidad de que los acogedores perciban una compensación

temporal, para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, o bien de forma permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requiera».

⁵⁰ En efecto, el art. 20.1 LOPJM posibilita un acogimiento especializado, «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».

⁵¹ En el art. 173 bis.2.a) Cc., que se reserva especialmente a «menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda».

⁵² Esta medida se considera oportuna cuando se determina que es posible la reunificación familiar. Recogida en el art. 173 bis.2.b) Cc.: «tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable [...]. Tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida [...]».

⁵³ Instaurado en el art.173 bis.2.c) Cc., se constituye una vez hayan pasado los dos años del acogimiento temporal y tendrá lugar cuando no fuera posible el retorno del menor con su familia biológica. La duración del acogimiento es indefinida y en principio, prolongada salvo que cambien las circunstancias. En este caso, la entidad pública puede solicitar al juez que le otorgue las facultades de la tutela que le faciliten el desempeño de sus responsabilidades.

⁵⁴ El artículo recoge las modalidades de acogimiento familiar: el simple tendrá «carácter transitorio, bien porque de la situación del menor o incapacitado se prevea la reinserción de este en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable». El acogimiento familiar permanente tendrá lugar cuando «la edad u otras circunstancias del menor o incapacitado y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor o incapacitado. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades [...]». Finalmente, el preadoptivo «se formalizará por la entidad pública cuando esta eleve la propuesta de adopción del menor [...], siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar [...]. Asimismo, cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año».

económica⁵⁵, sin perjuicio de los pactos entre las partes. Así, el art. 20.1 d) LOPJM regula el derecho de los acogedores a percibir una compensación económica (no remuneración) que cubra los gastos derivados del cuidado del menor acogido. Por tanto esta medida no debe interpretarse con la idea de lucro o beneficio, sino en la línea de solidaridad social.

Finalmente, y con independencia del tipo de acogimiento familiar que se hubiera constituido, el art. 173.3 Cc. faculta al «menor, acogedor, Ministerio Fiscal, progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada» para solicitar a la entidad pública la remoción de la guarda cuando surgieran problemas de convivencia entre el menor y los acogedores.

V.4.2 El acogimiento residencial.

Regulado en el art. 21 LOPJM, y en Aragón, en los arts. 66 y ss. de la Ley 12/2001 y en los arts. 64 y ss. del Decreto 190/2008; el acogimiento residencial como medida de protección de menores, sólo se aplica, en principio, cuando no existe solución alternativa o sea favorable para el interés superior del menor. A pesar de acordar esta medida, siempre se continúa trabajando para reinsertar al menor en una familia. De acuerdo con el art. 20.2 LOPJM, la autoridad pública será la encargada de autorizar y acreditar el centro, hogar funcional⁵⁶ o servicio; además, se le encomienda la supervisión y control de los centros y servicios. Por su parte, el Ministerio Fiscal controla las decisiones efectuadas por la Administración sobre la adopción del acogimiento residencial.

Para que este acogimiento sea capaz de cubrir las necesidades básicas del menor, la Administración desarrollará un plan individual de protección que tenga en cuenta las necesidades concretas del menor y especifique cuál es la finalidad del ingreso del menor, así como los objetivos a lograr y el plazo de tiempo para ello. El plan individual será revisado periódicamente con el objetivo de valorar la funcionalidad del mismo.

Aunque el menor se encuentre en un centro u hogar funcional, podrá relacionarse

⁵⁵ Esta ayuda puede llegar a ser imprescindible para que se desarrolle la medida de protección, por ejemplo, en los supuestos en que los miembros de la familia extensa deciden acoger al menor pero les es imposible por motivos económicos.

⁵⁶ El acogimiento en hogar funcional se asemeja más al acogimiento residencial que al familiar, ya que carecen del elemento afectivo característico de las familias. Se trata de emular la estructura familiar en un hogar donde viven entre 6 y 8 niños junto a un equipo de educadores. Los acogedores que se dedican de forma habitual al acogimiento de menores reciben por ello una remuneración económica.

con sus padres o bien con otras familias; pues será óptimo para el menor que, pudiendo ser reintegrado con su familia biológica, mantenga un régimen de visitas con ellos. Esta modalidad de acogimiento, en principio, no está prevista que se formalice para menores de tres años, salvo en supuestos en los que sea favorable a su interés superior o no sea posible adoptar otra medida (art. 21.3 LOPJM). Para los menores de seis años, el acogimiento residencial no tendrá una duración superior a tres meses. Con esto, el legislador trata de proteger a los niños de más temprana edad debido a su mayor vulnerabilidad, puesto que la entrada tan prematura en un centro les afectaría para su desarrollo social y personal.

Finalmente, cabe decir que la finalidad del acogimiento residencial es instrumental, ya que se encuentra al servicio del denominado «Plan de Caso», una herramienta cuyo fin es el mayor bienestar del menor; en un primer momento busca la reunificación familiar, y en caso de que ésta fuera imposible, la integración estable en una familia alternativa. Ante la imposibilidad de encontrar una familia de acogida para el menor, se procederá a su integración estable en un centro residencial especializado. Y por último, se prepara al menor para la vida independiente.

VI. CONCLUSIONES

Constatada la situación de menores desprotegidos, las sociedades modernas han establecido mecanismos de sustitución de esta labor que normalmente y de forma genérica corresponde a los progenitores. A tal efecto, el texto constitucional establece un modelo de protección a la infancia «mixto», donde la familia es la primera responsable de la tutela y guarda del menor y sólo el mal ejercicio de estas funciones legitimará la actuación subsidiaria de los poderes públicos. En caso de detectarse una situación de desprotección que no requiera separar al menor de su familia, se procederá a declarar una situación de riesgo, en la que la Administración intervendrá para ayudar a la familia a superar los problemas existentes. Sin embargo, si la situación de desprotección es muy grave y para proteger al menor se hace necesario separarlo de su familia, se declarará al menor en desamparo.

La función de protección se delegada a las CCAA, que tienen competencia en materia de asistencia social. En concreto, en Aragón, corresponde al IASS iniciar los mecanismos de protección, así como asumir la tutela del menor que ha sido declarado en desamparo. Esta intervención de la Administración en el ámbito de la familia se inserta en un tema de política social, y es un ejemplo más de la administrativización del derecho civil en determinadas materias. En cualquier caso, la actividad de la entidad pública en materia de tutela o guarda está sometida al derecho privado; el sistema público de protección de menores es materia de derecho de familia, regulado por el Derecho civil y por tanto, de carácter privado pero que cede competencias públicas.

Volviendo al punto anterior, la declaración de desamparo de un menor supone la asunción automática de su tutela por parte de la entidad pública, al tiempo que suspende la patria potestad a los titulares de la misma. Que la tutela administrativa sea automática, y no necesite de autorización judicial previa, se justifica en la atención inmediata que se debe prestar al menor desamparado. La tutela debe guiarse por los principios de provisionalidad y transitoriedad, pues siempre debe buscar la reintegración o integración del menor en su familia natural, o en familia ajena. Aunque la Administración es titular de la tutela del menor, ésta no ejerce su guarda por sí misma, sino que delega las funciones inherentes a la guarda a través del acogimiento. En la actualidad, el ámbito subjetivo de la tutela administrativa se ha ampliado a las personas con la capacidad modificada judicialmente.

Además de la tutela administrativa, la entidad pública asumirá sólo la guarda del menor cuando así lo soliciten sus progenitores o cuando así lo determine un juez, por existir imposibilidad manifiesta y transitoria de cubrir las necesidades básicas del menor. Tanto la tutela como la guarda, se ejercen mediante la figura del acogimiento, que puede ser familiar o residencial, y que tiene como finalidad intentar reintegrar al menor con su familia de origen o bien, prepararle para la adopción. Se procurará, acertadamente, y siempre que sea posible, que el acogimiento sea familiar y no residencial. A pesar de esto, el número de menores sometidos al acogimiento residencial sigue siendo demasiado elevado (los últimos datos arrojan una cifra de 13.596) para las devastadoras consecuencias psicológicas que este modelo de internamiento puede suponer, sobre todo para los niños y niñas de corta edad.

Finalmente, cabe decir que a lo largo de todo el procedimiento, se presta especial atención al principio rector del interés superior del menor, principio inspirador de todo el sistema de protección de menores. A razón del mismo, y como consideración primordial, siempre deberán quedar cubiertas las necesidades básicas del menor, así como sus deseos, sentimientos y opiniones. Por ello, ante cualquier decisión que deba tomarse sobre un menor, se habrá de ponderar su edad y madurez, además de respetar, fundamentalmente, su derecho a ser oído en la toma de decisiones que puedan afectarle directa o indirectamente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- DE PABLO CONTRERAS, P. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Código Civil comentado*, Volumen I, VV.AA., Aranzadi, Navarra, 2011.
- 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.
- DE PALMA DEL TESO, Á., “El derecho de los menores El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº15, 2011. Versión electrónica en www.dialnet.unirioja.es.
- DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el derecho de familia: análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia*, Rialp, Madrid, 1996.
- MAYOR DEL HOYO, M.V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- MURILLO JASO, D. L., “El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas” en *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Fuero de Derecho Aragonés*, el Justicia de Aragón, 2003.
- MUÑOZ GARCÍA, C., “Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme (1)”, *Diario la Ley*, nº8342, 2014. En www.laleydigital.es (Fecha última de

consulta: 21/09/2017).

- ORDÁS ALONSO, M., *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Subdirección General de Información, Madrid, 2008.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, A., *El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., “El sistema público de protección de menores e incapaces” en *Curso de Derecho civil (IV), Derecho de Familia*, 5º edición, Martínez de Aguirre (coord.), de Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Edisofer, Madrid, 2016.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., en *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, nº30, 2, 2012.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “Protección de menores: acogimiento, adopción y tutela”, en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Thomson Aranzadi Madrid, 2005.
- YZQUIERDO TOSLADA, M./ CUENA CASAS, M., *Tratado de derecho de la familia, Vol. VI, Las relaciones paterno-filiales (II), la protección penal de la familia*, Civitas, Navarra, 2011.