



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El desamparo de menores: la respuesta del
ordenamiento jurídico ante la desprotección real

Autora

Miriam Julián Buendía

Directora

Dra. D. M.^a Victoria Mayor del Hoyo

Facultad de Derecho
2018

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO	5
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	5
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	6
II. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DEL MENOR	8
1. MODELO INSTITUCIONAL.....	8
2. LOS FALLOS EN LA PRÁCTICA DEL MODELO INSTITUCIONAL Y SU SOLUCIÓN.....	9
III. SITUACIÓN DE DESAMPARO	10
1. ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DESAMPARO	11
2. CAUSAS DEL DESAMPARO.....	12
2.1.Causas que originan desamparo	12
2.2.Situaciones que no originan desamparo.....	14
3. INCUMPLIMIENTO, IMPOSIBILIDAD E INADECUACIÓN.....	16
4. EL DESAMPARO COMO SITUACIÓN DE HECHO	18
4.1.Una figura de hecho.....	18
4.2.Causa, nexo causal y resultado	19
4.3. El desamparo como hecho en nuestra ley.....	20
5. GRAVEDAD Y APRECIACIÓN.....	22
IV. LA GUARDA DE HECHO	23
V. GUARDA DE HECHO Y DESAMPARO EN LA REFORMA DE 2015	24
1. STS 4243/2014 DE 27 DE OCTUBRE DE 2014.....	24
2. EL ARTÍCULO 303.2 DEL CÓDIGO CIVIL.....	27

3. MARGEN APRECIATIVO VS. DISCRECIONALIDAD.....	29
VI. LA INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA.....	30
1. LA SITUACIÓN DE RIESGO.....	30
2. LA GUARDA ADMINISTRATIVA.....	32
3. DECLARACIÓN DE DESAMPARO	33
4. TUTELA <i>EX LEGE</i>	33
VII. EXTINCIÓN DEL DESAMPARO Y DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA	34
1. REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO A PETICIÓN DE LOS PADRES.....	35
2. EL PLAZO DE LA REVOCACIÓN: INTERESES CONFRONTADOS	35
VIII. CONCLUSIONES.....	39
BIBLIOGRAFÍA.....	41
JURISPRUDENCIA CITADA.....	44

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP.: Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

Cc.: Código Civil

CE: Constitución Española

Coord.: coordinador

Dir.: director

Et al: y otros

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

VS.: versus

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO

Hace algunos años, en la década de los noventa, multitud de autores trataron el tema del desamparo; sin embargo, ahora pese a seguir siendo de vital importancia parece estar en el olvido. En realidad debería ser al revés, en años duros económicamente necesitaría acaparar más atención, pues incrementa el número de casos en los que podemos encontrar desamparo. Triste prueba de ello son las escasísimas obras actuales que he encontrado para elaborar este trabajo.

Nos encontramos ante una institución de protección, que solo entrará en juego cuando el resto de instituciones hayan fallado en la práctica, así, por resolver esta un problema que se da en la realidad, se considera que el desamparo es una figura de hecho. Esta condición de figura de hecho hace que solo podamos hablar de él cuando realmente haya un menor desasistido. Algo que parece tan simple crea diversas opiniones, sobre todo cuando dicho resultado de desprotección no se produce por encontrarse el menor bajo una guarda de hecho.

Aunque su elemento subjetivo no plantea dudas, hablar de sus causas es más complejo, pues no podemos hablar de una lista cerrada, razón por la cual una buena apreciación aquí jugará un papel fundamental. Más que en las causas es en el porqué de estas, donde hay que detenerse a analizar, reflexionando sobre los términos: incumplimiento, imposibilidad e inadecuación, así como, en su caso, si estos influyen a la hora de determinar las medidas necesarias.

Al fundamentarse y basarse en la realidad, la imprevisibilidad de esta hace necesario que hablemos de un término abstracto. Junto a él y no menos abstracto aparece el principio de interés superior del menor, pues es el norte que nos debe orientar a la hora de tomar decisiones sobre un menor. Dicho principio tiene una gran relevancia sobre todo al tratar el plazo de revocación de la tutela *ex lege* y el desamparo, pues cada minuto que pasa puede ser perjudicial para el menor.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Normalmente a la hora de elegir un tema uno se suele decantar por uno novedoso, e incluso mediático. La figura del desamparo, por desgracia no goza de dichas

características. Prueba de ello es el desconocimiento propio que tenía hacia esta figura, incluso después de haber cursado numerosas asignaturas de derecho civil.

Vivimos momentos difíciles económicamente y las Administraciones Públicas no cuentan con los fondos necesarios para resolver estas situaciones tan complejas. Frente a eso no podemos hacer nada, pero está en manos del legislador dotar a este tema tan delicado de la mejor regulación posible. Lo cual, solo puede conseguirse en mi opinión, con conocimiento de lo que se va a regular, porque el desamparo debe existir para resolver problemas, no para conformar él mismo un problema jurídico. Pues la sensación que tengo después de estos meses es de opiniones múltiples y dispares, doctrinas completamente contrapuestas, y todo ello por un legislador que deja cabos sueltos y del cual cabría esperar una mejor regulación. No me olvido del Tribunal Supremo, que, aunque cuestiono su intervención, reconozco que interpretar dicha ley que nos ocupa es sumamente complicado.

Cuando mi tutora, M.^a Victoria Mayor del Hoyo, me comentó este tema, el cual después de tantos años sigue teniendo tanto contenido sobre el que trabajar, no dudé de que podía ser un tema muy satisfactorio. Pues al ser complicado, requiere de esfuerzo, procesamiento y sobre todo reflexión. Además, qué puede haber mejor que tratar de buscar soluciones, aunque solo teóricas, sobre la situación que viven las personas que más nos necesitan, los menores y dentro de estos, los más vulnerables por carecer de protección y asistencia.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Este trabajo analiza la figura del desamparo desde su origen hasta su extinción, pasando por cada una de las cuestiones que en torno a él se plantean. Profundizaré sobre todo en aspectos confusos e incluso contradictorios, intentando siempre dotar al contenido de cierta subjetividad tras las oportunas argumentaciones.

En primer lugar, hay un estudio muy global sobre el tema de las instituciones de protección al menor, obteniendo así una visión global de todas ellas, a la vez que se explica y se comprende el origen de la figura del desamparo. Pues es fundamental conocer su origen para poder entenderla. Posteriormente se van desgranando cada uno de sus elementos, se estudia el elemento subjetivo, pero sobre todo me detengo en sus causas, así como en la razón de estas.

Defenderé de forma muy detallada su condición de situación de hecho, apoyándome en la doctrina y en la ley. La situación de desamparo como hecho, constituye el eje argumental de este trabajo y a mi juicio de toda la institución, pues sobre ella penden las demás cuestiones. El hecho de ver esta institución desde un punto de vista objetivo influye a la hora de ser tratado de una forma u otra, influye hasta el punto de determinar si nos encontrarnos ante ella o no.

Una vez explicado el desamparo se aborda el conflicto de este con la guarda de hecho, tras una brevísima mención de esta. Pues considero fundamental antes de tratar un problema conocer bien sus componentes. Dicho conflicto se analiza a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero también desde la ley, concretamente desde el art. 303.2 Cc. modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Se explica la intervención por parte de la Administración, principalmente en este tema, pero también mencionando una situación similar de menor gravedad, la situación de riesgo. Así como su intervención también en otra situación de desasistencia, pero esta vez a petición de los padres. Por último, considero que la mejor forma de concluir este trabajo es con el fin del desamparo y en consecuencia con la extinción de la solución que este comporta, explicándose, la posibilidad de revocación por parte de los padres y analizando el plazo para ello.

Durante el trabajo he intentado que se refleje la evolución que ha tenido dicho tema, mencionando cada una de las aportaciones y modificaciones que han surgido a través de la reforma del 2015 mediante la Ley 26/2015 de 28 de julio. Sin olvidarme de la importantísima STS 4243/2014 de 27 de octubre de 2014, que podría haber sido la solución a nuestro conflicto, pero nuestro Tribunal Supremo optó por seguir dejando las puertas abiertas a todas las cuestiones que se van a tratar.

II. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DEL MENOR

Nuestro derecho otorga una especial protección a los menores de edad al carecer estos de capacidad de obrar. No tienen la necesaria aptitud natural para asistirse ellos mismos, ni pueden cuidar de su propia persona o bienes, siendo esta ausencia de capacidad natural la que recibe el nombre de falta capacidad de autogobierno. Esta protección emana de la Constitución española, concretamente en su art. 39, no solo al garantizar la asistencia debida por parte de los padres hacia sus hijos, sino disponiendo que tanto los poderes públicos como los padres tienen el deber de velar por ellos.¹

1. MODELO INSTITUCIONAL

Partiendo de esta base, de la incapacidad natural del menor para hacerse cargo de sí mismo y del deber de protección por parte de los poderes públicos, se desarrollaron unas figuras tuitivas cuya función era y es, conseguir que el menor este asistido por tener cubiertas todas sus necesidades. La primera figura, automática por derivarse de la relación de filiación entre padres e hijos, es la patria potestad. Los padres tienen el deber de cuidar, alimentar, educar, representar... en definitiva, proteger y asistir a sus hijos. No obstante, habrá ocasiones en las que los padres no puedan hacerse cargo del menor, y para dar solución a este problema, nació con la finalidad de suplir a la patria potestad, la tutela, sirviendo igualmente que aquella, para la guarda y protección de los menores no emancipados. Estas dos figuras son las más importantes, por su contenido y uso; sin embargo, no podemos olvidarnos de la asistencia paterna o curatela. La primera constituye un complemento de capacidad de obrar para el menor emancipado que, aunque tiene cierta capacidad se le mantienen algunas restricciones, salvándolas mediante este consentimiento paterno. Con el mismo fin de complementariedad hablamos de la curatela, la cual también asiste la capacidad de obrar limitada de algunas personas judicialmente incapacitadas. Y por último el legislador contempló como posibilidad la confrontación entre los intereses de quienes ejercen dichas figuras y de quienes están sujetos a ellas, para solventar dichos problemas, eventuales, aparece la figura del defensor judicial.²

1 MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en «La protección jurídico- civil de la persona por razón de la menor edad», en *Anuario de derecho civil*, Vol. 45, nº 4, 1992, p. 1399 y, MAYOR DEL HOYO, M.V., en «Sistema tuitivo del menor en el Código Civil español: acogimiento y otras medidas de protección», en *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, -Padiá Albás (coord.)-, Edicions de la Universitat de Lleida, Lerida, 2012, p. 51.

2 Sobre estas medidas, vid.-por ejemplo, de modo general- LASARTE, C. en *Derecho de familia. Principios de derecho civil*, tomo VI, séptima edición, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.383 y ss. -LACRUZ

Mediante esta breve explicación de las figuras tuitivas se pretende transmitir que nuestro Código Civil estableció un sistema jurídico de protección al menor con diversas instituciones alternativas y subsidiarias entre sí como hemos visto, si no hay patria potestad, entrará en juego la tutela, y así nos encontramos con un sistema hermético, en el que todas piezas encajan perfectamente entre sí. Este sistema o modelo conformado por las figuras tuitivas lo denominaré a partir de ahora modelo institucional, término que acuñó MARTÍNEZ DE AGUIRRE. A priori podía parecer que este siempre garantizaba la protección del menor, pues siempre se iba a encontrar bajo alguna de estas instituciones; sin embargo y como veremos, aunque es un sistema formalmente completo e incluso perfecto, es muchas veces ineficaz en la práctica. ³

2. LOS FALLOS EN LA PRÁCTICA DEL MODELO INSTITUCIONAL Y SU SOLUCIÓN

Cuando afirmamos que un menor estando bajo alguna de estas instituciones puede encontrarse desasistido, se quiere decir que, aunque formalmente tenga padres o tutor y estos tengan la obligación de protegerles, el Código Civil *de facto* no puede conseguir que estos desempeñen sus deberes conforme a la diligencia que cabría esperar, y, en consecuencia, el menor puede encontrarse en situaciones problemáticas, de abandono e incluso peligro, sin tener cubiertas las especiales necesidades que por su edad este demanda aun estando bajo una patria potestad. Esta situación que se acaba de describir, donde el menor se encuentra privado de la asistencia necesaria recibirá el nombre de situación de desamparo. Está regulada en el art. 172 Cc. y será objeto de estudio en el apartado siguiente.

Para paliar la ineficacia en la práctica de estas instituciones, aparece la tutela administrativa. Esta no es otra alternativa más del modelo institucional, sino que

BERDEJO, J.L *Elementos de Derecho Civil.*, t. IV familia, 4^o edición -revisada por RAMS ALBESA J-, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 422 y 444. -LACRUZ MANTECÓN, M.L en *Síntesis del Derecho Civil español I Persona y bienes*, t I, 2^o edición, Kronos editorial, Zaragoza, 2017, p. 84.

³ Fue MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C, quien clasificó por primera vez en dos las instituciones de protección de menores, originándose así el modelo institucional y el modelo funcional, quien además expuso la idea de modelo con criterios de supletoriedad y complementariedad a la que se hace referencia en este párrafo; todo ello en MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en «La protección jurídico- civil de la persona por razón de la menor edad», en *Anuario de derecho civil*, Vol. 45, n^o 4, 1992, pp. 1463 y 1464. Además, dicha teoría ha sido desarrollada por otros autores como MAYOR DEL HOYO, M.V., en *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999, pp. 104 y ss., o MAYOR DEL HOYO, M.V., en «Sistema tuitivo del menor en... cit., pp. 51, 52 y 54, donde al explicar la guarda administrativa como mecanismo que forma parte del modelo funcional, también se desarrolla dicho modelo.

conforma el suyo propio, modelo funcional. Puesto que la tutela administrativa es la solución a los problemas de hecho que el modelo institucional ocasiona en la práctica y que el mismo no puede subsanar. De esta manera, al ser la Administración quien llevará a cabo dicha protección nos aseguramos que los menores sí estarán asistidos.⁴

II. SITUACIÓN DE DESAMPARO

Para que un menor se encuentre en situación de desamparo, el Código Civil precisa que se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material, puesto que los responsables de este, padres o tutores, no cumplen los deberes que les disponen las leyes, ocasionando, en consecuencia, que el menor este «abandonado»⁵. Será parte fundamental la Administración, pues investiga y analiza la situación concreta y, en el caso de revestir esta la gravedad suficiente, deberá declarar ella misma mediante resolución administrativa, y sin necesidad de autorización judicial previa⁶, la situación de desamparo. Porque el desamparo no es otra cosa que, la afirmación por parte de la Administración de que un menor se encuentra gravemente desasistido y en unas condiciones las cuales no le van a permitir su desarrollo personal, tanto físico como psíquico⁷. La situación de desamparo aparece recogida en el Código Civil, concretamente en el art. 172.2 Cc., donde se determina qué se debe considerar como tal:

⁴ Así lo han puesto de manifiesto MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en «La protección... cit., pp. 1474 y 1475 y, MAYOR DEL HOYO, M.V., en «Sistema tuitivo...cit., p..54.

⁵ IGLESIAS REDONDO. J.I., en *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996 pp. 160 y ss. El autor explica el origen (desde la Ley de reforma de 24 de abril de 1958, y sus nuevas conceptualizaciones mediante la Ley 7/1979 de 4 de julio y la Ley de 11/1981, de 13 de mayo) de dicho termino en el Código Civil, así como su desaparición por la implantación del concepto legal de situación de desamparo (mediante la Ley de 4 de febrero de 1987). Definiéndose menor abandonado como el que sufre la falta de asistencia por parte de quienes están legalmente obligados a ello, de forma absoluta y permanente, independientemente de la voluntad o involuntariedad del abandono. Y es que, aunque ahora, nuestro Código Civil, no recoja el concepto de abandono, creo que es interesante conocerlo, por lo menos en su sentido amplio, para hacernos una idea más completa de a que se refiere el concepto situación de desamparo.

⁶ DE PABLO CONTRERAS P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015* -MAYOR DEL HOYO (dir.)-, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p.124 donde se exponen las notas definitorias de, lo que él considera la privatización de la tutela administrativa.

⁷ BALLESTEROS DE LOS RIOS M., en *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p 28. Este libro al que se hará referencia en numerosas ocasiones, es un estudio detallado de la situación de desamparo, donde minuciosamente se explican todas cuestiones que giran en torno a él.

«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».

1. ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DESAMPARO

Las personas en torno a las que gira esta situación serán siempre los menores y los responsables de estos. Respecto a los responsables del desamparo, les otorgaremos la denominación de sujetos activos por ser estos los que originan dicha situación.⁸ Hay que tener en cuenta que al ser diversas las personas que deben asistir a los menores, no solo los padres, serán varios los sujetos que puedan «desamparar».⁹ Pues podrán ser todos aquellos a los que el Código Civil les otorga el deber de guardar al menor: tanto padres biológicos como adoptivos cuando la figura institucional que rige es la patria potestad; los tutores ordinarios por encontrarse el menor bajo el amparo de una tutela a pesar de que puedan no convivir juntos; el defensor judicial o incluso los acogedores de un menor, por ejemplo, por estar este en acogimiento familiar permanente.¹⁰

Si los responsables conforman el sujeto activo, serán los menores nuestro sujeto pasivo, concretamente, los menores no emancipados: los emancipados ya no se encuentran bajo una guarda que pueda ser incumplida.¹¹ Hay, sin embargo, autores que consideran que cabe el desamparo de menores emancipados, por no ser la cuestión si hay alguien obligado a una asistencia que incumple, sino por el hecho de que hay un menor careciendo de la asistencia necesaria¹². Me decanto por la primera opción, al considerar igual de importantes ambos elementos, tanto el necesario incumplimiento de los deberes por parte

⁸ BALLESTEROS DE LOS RIOS M. en *El desamparo...* cit., p. 73, donde se desarrolla el sujeto activo del desamparo.

⁹ BOCCIO SERRANO, J. en *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tesis doctoral inédita, Sevilla, 2014 1015, p.180, utiliza el término «desamparar» como verbo para reflejar la acción de incumplimiento que se produce por parte de padres, tutores, acogedores... citando a SERRANO GARCÍA, en *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 578 y 579, quien lo había utilizado anteriormente.

¹⁰ BALLESTEROS DE LOS RIOS M., en *El desamparo...* cit., pp. 73 y 74.

¹¹ BALLESTEROS DE LOS RIOS M., en *El desamparo...* cit., pp. 68 y 69, explica al menor como sujeto pasivo, adentrándose también en la cuestión de los menores incapacitados y decantándose por su no aceptación en dicho precepto.

¹² DE PABLO CONTRERAS. P. «Comentario al art. 172 del Código civil» en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, -BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO. R.(coord.)-, Tecnos, Madrid, 1993, p. 55, considera que lo importante es que el menor este desasistido, aunque este sea un menor emancipado.

de los sujetos activos, como el efectivo resultado que padece el menor. Pues si no hay obligación de prestar una asistencia, difícilmente se puede incumplir esta. Además, quien no necesita protección no puede quedar desprotegido.

Aunque el art. 172 Cc. no nombra a los incapacitados, se introdujo en el año 2003 mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre¹³, la posibilidad de que una persona con la capacidad judicialmente modificada pueda encontrarse desamparada; y ahora, en consecuencia, son sujetos pasivos tanto el menor no emancipado, como el mayor incapacitado. Resulta obvio, pues solo las personas cuya guarda depende de otros podrán encontrarse en dicha situación.

2. CAUSAS DEL DESAMPARO

2.1. Causas que originan desamparo

El Código Civil no especifica las situaciones o causas que llevan al desamparo. Por esta y otras cuestiones, que se acometerán más adelante, algunos autores califican dicho concepto de abstracto;¹⁴ sin embargo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, -en adelante, LOPJM- sí que recoge múltiples y diversas situaciones que nos pueden conducir a dicha declaración.

Concretamente es en el art. 18 de la LOPJM, donde ahora aparece de forma detallada una enumeración de causas. Esta lista, que se ha incorporado con la reforma de 2015, mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y de la adolescencia; describe las situaciones susceptibles de encuadrarse en el concepto del Código Civil «privación de la asistencia moral o material» y que básicamente suponen maltrato y desatención hacia el niño¹⁵. Dicha lista se desprende de toda la legislación autonómica que existe al respecto ya que para su

¹³ Fue mediante 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 (BOE. 19 de noviembre de 2003), con la que fueron reconocidos los discapacitados como sujetos pasivos de desamparo. Además, en el año 2015 con la importante reforma en el código civil, a través de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, 29 de julio de 2015), se incorporó un art 239 bis al código civil, regulando *ex novo* la situación de desamparo sobre las personas discapacitadas.

¹⁴ Véase notas al pie 24 y 25.

¹⁵ DIEZ GARCÍA H., «De la adopción y otras formas de protección de menores», en *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* -BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.)-, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pp. 518 a 523, recoge y explica las causas que se recogen en la LOPJM y en las diversas normas autonómicas, de donde derivan.

elaboración se llevó a cabo un análisis comparado de sus legislaciones en la materia, quedando así recogidas muchas de las situaciones que entendieron los legisladores autonómicos abrían las puertas a la declaración de desamparo.¹⁶

- La inexistencia de personas obligadas legalmente a ejercer la guarda del menor (esta causa no aparece directamente regulada en nuestra LOPJM, pero sí en leyes autonómicas).¹⁷ Posteriormente se retomará la argumentación de esta situación como posible causa de desamparo.¹⁸
- El abandono voluntario o involuntario del niño por parte de las personas legalmente obligadas a su guarda.
- El riesgo a la vida, salud e integridad física del menor (art.15 CE), entrarían aquí problemas de diversa índole como los malos tratos; abusos sexuales; la negligencia grave en el incumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud; la inducción al consumo reiterado de sustancias potencialmente adictivas o la simple tolerancia por los padres al no haber tomado las medidas necesarias.
- El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda que perjudique al menor como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares.
- También el riesgo para su salud, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico.
- La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la prostitución.
- La ausencia de escolarización o la falta de asistencia reiterada y no justificada.
- Simplemente el transcurso de los dos años, que recoge el art. 172 bis Cc. Por no resultar posible la reinserción familiar.

¹⁶ En ADROHER BIOSCA S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración, y principales novedades», en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015 -MAYOR DEL HOYO (dir.)-*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p.47, se explica el origen de dicho listado, en el cual se tuvo muy presente la referencia de la legislación autonómica.

¹⁷ Leyes autonómicas como la de Islas Baleares, art 63.2b) ley 17/2006 de 13 de noviembre o en Castilla y León, art 56 a) de la Ley 14/2002 de 25 de julio. Así lo pone de manifiesto DIEZ GARCÍA H., en «De la adopción... cit., pp. 518 y ss.

¹⁸ Véase página 20.

Aunque no aparece en dicho artículo, considero que por la importancia que tiene al ser un tema de actualidad, debo mencionar la situación de desamparo que se origina en familias donde se produce violencia de género. Estas situaciones provocan problemas psicológicos en personas tan vulnerables como son los niños, su integridad moral se lesiona, pues estos ven y escuchan lo que sucede en su entorno. Esta desatención y sufrimiento que padece el menor queda reflejado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de marzo de 2014 «la convivencia de unos menores como los que nos ocupan en un ambiente de violencia doméstica resulta totalmente perjudicial tanto para ellos como para su madre, víctimas todos en definitiva de los malos tratos sufridos personalmente por ésta».¹⁹

Estas y otras más, ya que no se trata de una lista cerrada o tasada, son las causas habilitantes para la declaración de desamparo. Para BALLESTEROS es de vital importancia, incluso inevitable, definir de forma abstracta el desamparo; lo que se pretende mediante el último apartado de dicho artículo²⁰ es tener un catálogo abierto, «puesto que un catálogo de situaciones de desamparo difícilmente sería eficaz, dada la dificultad para aprehender en definiciones los conceptos básicos implicados, y porque los catálogos legislativos siempre se dejan algo fuera».²¹

2.2. Situaciones que no originan desamparo

Aunque no aparecen reguladas con dicha denominación en nuestro art. 18. 2 LOPJM, el legislador en la reforma mencionada del 2015, consideró necesario hacer mención expresa de que determinadas situaciones, no deben ser suficientes *per se* para desencadenar el desamparo. Estas situaciones, que no originan desamparo engloban tanto la situación de pobreza como la minusvalía de los progenitores. Me detendré en la situación de pobreza, más que por su relevancia por ser la que más curiosidad me produce.

La situación de pobreza de los titulares no puede ser tenida en cuenta para la valoración de desamparo, por lo que según la ley nunca será causa de desamparo. Sin embargo,

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4, de 21 de marzo de 2014. En dicha sentencia se reconoce como causa de desamparo de unos menores, las agresiones sufridas por la madre por parte de sus diferentes parejas a lo largo del tiempo, ambos padres de los menores, también es cierto que el tribunal menciona la inestabilidad de la madre por circunstancias laborales.

²⁰ Art. 18. 2 h) LOPJM «Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia»

²¹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, en *El desamparo ... cit.*, p. 16.

considero que habrá veces que si un menor no recibe una adecuada alimentación o las condiciones de higiene necesarias probablemente se deba a la grave situación de pobreza que se vive en el hogar. Es cierto que, en estos casos, la solución idónea puede consistir en la puesta en marcha de medidas de apoyo familiar, sin que sea necesario suspender la patria potestad o tutela. No obstante, no dejará de haber veces, en que la situación sea tan extrema que el menor se encuentre gravemente privado de sus necesidades y debamos hablar de situación de desamparo, situación que derivará, aunque de forma indirecta de la situación de pobreza. Menciona SANTAMARIA, que la situación de pobreza debe ser resuelta por parte de las Administraciones Públicas y, una vez sofocada dicha situación, en la que ya no tendremos pobreza, deberíamos entrar a valorar si esta se produjo por pura despreocupación de los padres.²² Aunque sería lo mejor, porque el menor seguiría en su familia de origen, creo que en la realidad es muy difícil que la Administración Pública pueda sacar de la situación de pobreza a las familias que en ella se encuentran, por lo que entrar a valorar el desamparo una vez resuelta dicha cuestión creo que sería imposible.

Cabe mencionar una sentencia del Tribunal Supremo, en la que se desestima un recurso frente a una sentencia, por considerar que esta podía atentar frente al art. 18.2 LOPJM.²³ Los padres del menor en desamparo, se encontraban en niveles muy altos de pobreza, lo cual desencadenaba en unas condiciones de asistencia muy precarias. El Tribunal Supremo considera que dicho precepto no se infringe pues «la sentencia recurrida no habría devenido contraria a él, pues no califica, aisladamente considerados, como causa del desamparo la pobreza de los progenitores o la deficiencia de la madre, sino la desatención moral y material del menor tras la valoración de la prueba practicada». En consecuencia, la pobreza no se puede tener en cuenta, pero lo que esta normalmente va a conllevar será causa de desamparo.

Por otra parte, considero que es necesario que conste dicho apartado para evitar que la baja capacidad económica pudiera suponer una automática consideración de desamparo. Deberá llevar unida la pobreza, alguna otra circunstancia, que puede ser consecuencia de esta, para entrar a valorar el desamparo de un menor.

²² Después de analizar esta cuestión, encontré en otros autores ideas similares, concretamente SANTAMARIA M.L., «Acogimiento y anteproyecto estatal sobre infancia», en *Quaderns de polítiques familiars Revista de l'Institut d'Estudis Superiors de la Família*, UIC, Barcelona, número 01, 2015, pp. 27 y 28.

²³ STS 4159/2015 de 15 de octubre de 2015.

3. INCUMPLIMIENTO, IMPOSIBILIDAD E INADECUACIÓN

Se acaban de analizar las causas o situaciones que pueden llevar al desamparo. Aunque son muy diversas, en realidad, no son otra cosa que la materialización de la imposibilidad, inadecuación, e incumplimiento de realizar los deberes de protección que se derivan del art. 39 de la CE donde se declara el deber de asistencia por parte de los padres. Esta vulneración de la asistencia paterna o tutelar se recoge en el art.172.1 Cc., donde establece que el desamparo se produce por incumplimiento, imposibilidad e inadecuación. El Código Civil menciona las tres posibilidades, aunque luego este no diferencia entre las consecuencias de que se produzca desamparo por una u otra. Analizaré a continuación cuál será el sentido de la expresión utilizada en este precepto en estudio.

Lo primero que hay que tener en cuenta, es que los deberes de protección, son muy abstractos. Determinar cuál es el nivel de exigencia que cabe esperar de los padres, tutores o acogedores, es lo que debe guiarnos a la hora de hablar de incumplimiento. Pero como acabo de mencionar dicha cuestión no goza de gran determinación, que además disminuirá en figuras como la del acogimiento, pues en la tutela y patria potestad resultará más sencillo de determinar.²⁴ Lo que si que está claro es que cuando los titulares de una patria potestad o tutela, no actúen con la diligencia debida estaremos hablando del incumplimiento del contenido de dichas figuras, pero en qué punto debemos empezar a hablar de incumplimiento derivará de lo que fijemos como nivel que deben cumplir. Aquí tenemos otra de las razones por las que generalmente se considera al desamparo como un concepto abstracto. En este sentido, DE PABLO CONTRERAS afirma que la necesaria asistencia moral o material, que deben prestar los padres a sus hijos es igual de abstracta que el nivel de incumplimiento.²⁵

Para SANCHO REBULLIDA siempre debemos hablar de incumplimiento por ser este la consecuencia de que haya imposibilidad o inadecuación. Si unos padres no actúan hablaremos de ausencia (imposibilidad) de cumplimiento de los deberes de protección. Mientras que, si los padres ejercen los deberes, pero no de la forma correcta, ya sea porque

²⁴ IGLESIAS REDONDO, J.I, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial SL, Barcelona, 1996, p 170. Este autor considera que no hay dudas sobre los deberes inherentes de padres o tutores; sin embargo, si que admite cierta abstracción con el resto de figuras institucionales.

²⁵ Cfr. DE PABLO CONTRERAS que aparece reflejada en «El sistema público de protección de menores e incapaces» PERÉZ ÁLVAREZ M.A en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, -MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.)-, 4ª Edición, Colex, Madrid, 2013, p. 409.

no quieren o no pueden, cuestión que abordaremos a continuación, deberemos hablar de inadecuación y, en consecuencia, también de un incumplimiento de dichos deberes²⁶.

Antes de seguir hablando de esto, debemos recordar las diversas posturas que se dieron en la doctrina durante los años 90's. Por un lado, la postura objetivista consideraba -y considera- que el desamparo es una situación de hecho, en la que lo decisivo es la falta de asistencia al menor, sin entrar a valorar las causas que han provocado la desasistencia o las intenciones de los progenitores o tutores. La otra postura, la subjetivista, por el contrario, tiene en cuenta quiénes son las personas y las causas que han originado el desamparo.²⁷

Señala BALLESTEROS DE LOS RÍOS²⁸ que el art. 172. 1 Cc., pone de manifiesto el carácter objetivo del concepto de desamparo al no diferenciar si la conducta de los padres, tutores, o guardadores del menor es culposa o no²⁹. En el caso de una actitud despreocupada, en la que los padres si quisiesen podrían actuar con la diligencia debida hablamos de desamparo culposo y por lo tanto se considera que el incumplimiento es imputable; sin embargo, si por mucho que quieran los progenitores atender a sus hijos, estos no lo logran porque la situación no se lo permite, hay inimputabilidad, suele ocurrir ante casos de fuerza mayor y en consecuencia debemos hablar de desamparo forzoso.

En mi opinión, la postura más correcta sería la objetiva porque lo que se pretende con el desamparo es velar por el menor: velar por su interés debe ser el fin y no debemos restarle importancia a dicho principio con alegatos a favor de padres que no lo hacen de mala fe. En el mismo sentido defendió BALLESTEROS DE LOS RÍOS -y a ella se remiten

²⁶ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, en *El desamparo ... cit.*, pp. 33 y 34, citando a SANCHO REBULLIDA "El nuevo régimen de la familia", IV Acogimiento y adopción, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, p.35 en relación con el incumplimiento imputable e incumplimiento inimputable.

²⁷ BALLESTEROS DE LOS RÍOS M., en *El desamparo... cit.* pp. 61 y ss., explica las diferencias entre una postura y otra. Aunque expone por qué se decanta más por la postura objetiva, no niega, como más adelante se explicará, la importancia de la voluntad de los padres a la hora de adoptar las medidas por parte de la Administración.

²⁸ BALLESTEROS DE LOS RÍOS M., *El desamparo... cit.*, pp. 33 y 34. Explica por qué se puede distinguir entre dos tipos de desamparo, culposo o forzoso, según la intención y conducta de los responsables del menor.

²⁹ También MAYOR DEL HOYO, M.V., destaca el carácter objetivo del desamparo en *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Ed. Comares, 1999, pp. 104 y ss. y 128 y ss. Señala la autora que el ordenamiento viene a atenuar ese carácter objetivo con la introducción de la guarda administrativa: cuando los padres no pueden cuidar al menor tienen la posibilidad de evitar el desamparo solicitando a la Administración que asuma su guarda.

diversos autores como GARRIDO CHAMORRO-³⁰ que «el desamparo no se aprecia en atención a la situación subjetiva de los progenitores, sino en relación a la situación objetiva del menor, siendo el interés de este el elemento determinante en base al art. 172 del Código Civil»³¹. Una nota definitoria de la postura objetiva es que esta no nos lleva al desamparo como una sanción al comportamiento de los progenitores: no es por tanto la suspensión de la patria potestad, que se produce con la tutela administrativa, una sanción. La realidad es, que hayan actuado con buena o mala intención, la suspensión se produce igualmente; en definitiva, no depende de la voluntad de los padres. Entrar a valorar la culpabilidad o no, será relevante en el orden penal pero no en el civil; porque lo que a este debe importar es que hay un menor desatendido, falta de asistencia material o moral.³²

Ahora bien, tomar una postura objetivista no conlleva no apreciar la postura de los padres pues no es menos cierto que hay diferencias entre una y otra situación. No podemos olvidarnos de un principio fundamental, y es que el propio interés del menor debe hacernos tener en cuenta las circunstancias de la familia y la tendencia a que este permanezca en ella. Así, si los padres actúan con buena voluntad, sin negligencia, debiéndose el incumplimiento a razones externas, probablemente, se recuperen en el futuro o puede que esas carencias queden solventadas a través de un simple apoyo a la familia por parte de la Administración Pública. Cosa que más difícilmente sucederá en caso contrario. Y sin tener que adoptar una postura subjetivista, la propia situación, diferente a la de unos padres «culpables» será la que aconsejará que las medidas sean menos drásticas, al no ser estas definitivas.³³

4. EL DESAMPARO COMO SITUACIÓN DE HECHO

4.1. Una figura de hecho

Vamos a continuar construyendo el concepto de desamparo. El art. 172 Cc. establece que este es una situación de hecho. Que el menor se encuentre privado de la asistencia moral

³⁰ GARRIDO CHAMORRO P., «Protección de menores y la adopción» en *Instituciones de derecho privado*, -DELGADO DE MIGUEL J.F (coord.)- Tomo IV, volumen 2º familia, Europa Notario y Civitas, Madrid, 2002, p.724.

³¹ BALLESTEROS DE LOS RIOS M., *El desamparo...* cit., pp. 62 y ss., donde queda perfectamente reflejada la importancia de la objetividad por interés del menor.

³² BALLESTEROS DE LOS RIOS M., *El desamparo...* cit., pp. 62 y ss.

³³ GARRIDO CHAMORRO P., «Protección de... cit., p. 724.

o material que necesita, por el incumplimiento de los que tienen dicha responsabilidad, es una situación que se manifiesta en la realidad, es decir, hay un resultado tras dicho incumplimiento, tenemos un menor abandonado y esto es una situación de hecho. Esta afirmación aparece en el propio art. 172 Cc.: «la situación de desamparo es la que se produce de hecho», así que para hablar de desamparo debemos observar en la realidad una manifestación patente de que el menor está privado de la necesaria asistencia moral y material.

4.2. Causa, nexo causal y resultado

Es muy importante entender el desamparo como resultado y por eso señala PÉREZ ÁLVAREZ, que para que tenga lugar la situación de desamparo se precisa que el incumplimiento de los deberes de protección produzca en la realidad la desatención moral o material del menor.³⁴ Si analizamos esto detalladamente, nos damos cuenta de que necesitaremos por tanto que se den dos requisitos para apreciar desamparo, primero tendremos que tener una causa habilitante, que será alguna de las del art. 18 LOPJM, las cuales conforman, el incumplimiento de los deberes de protección y que esta a su vez manifieste sus consecuencias en la realidad, es decir, nuestro segundo requisito es el resultado, que consiste en que el menor se encuentra privado de la necesaria asistencia moral o material, encontrándose el menor abandonado. Entre causa y resultado, nace un tercer requisito, el nexo causal, que es la vinculación y relación entre el incumplimiento y la privación.³⁵

Que exista un nexo causal supone que quedan excluidos del concepto de desamparo aquellos supuestos en que no exista dicha relación de causalidad, ya sea porque tenemos una guarda de hecho, que se analizará seguidamente, o, todo lo contrario, cuando un menor está desatendido, sufriendo un perjuicio, pero sin ser esto consecuencia del incumplimiento de los padres. Puede ocurrir que el menor esté desasistido por sus propias características, si por ejemplo, este padece alguna patología que le haga necesitar una asistencia especial; habrá casos en los que por mucho que la conducta de los padres sea positiva bastará una mera distracción para que se ocasione el perjuicio. Aquí, es la

³⁴ PÉREZ ÁLVAREZ M.A., «Capítulo V de la adopción y otras formas de protección de menores, sección 1ª, de la guarda y acogimiento de menores» en *Código Civil Comentado Volumen I*, CAÑIZARES LASO, A. et. Al (dir.), 2ª edición de PABLO CONTRERAS. P., Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2016 p. 875.

³⁵ GARCÍA LLORENTE M.A., «Capítulo 6, protección pública del menor» Memento práctico. Francis Lefebvre. Familia y Sucesiones, TRINCHANT BLASCO C (coord.), ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p. 326.

conducta del propio menor la que causa el daño, sucede ante niños hiperactivos o con determinadas enfermedades.³⁶ Teniendo un resultado negativo carecemos de nexo, pues la consecuencia no ha sido originada por un incumplimiento paterno.

Al principio del trabajo se han expuesto las diversas situaciones que desencadenan el desamparo. Ahora, diferenciando entre unas y otras, voy a explicar por qué estas pueden llevarnos al desamparo, que es muy distinto a hacerlo directamente. Además, dicha cuestión está íntimamente relacionada con el desamparo como figura de hecho. Está claro que el riesgo a la vida, el maltrato psicológico o malos tratos en general, crean un peligro y una auténtica privación del bienestar del menor. En estos casos, este se encontrará *de facto* desamparado; no obstante, algunas de las causas que también se han contemplado (inexistencia de personas obligadas legalmente, abandono voluntario o involuntario o la falta de alimentos) son a mi modo de entender, una situación que, aunque fáctica, porque la tutela o patria potestad no se cumple, no origina necesariamente una desprotección *de facto* también. Puede que, aunque el padre o madre no se hagan cargo, ese niño no se encuentre privado de la asistencia moral o material que necesita porque otra persona, que, aunque legalmente no tenga la obligación de hacerse cargo de él, lo está haciendo. En este caso no hay resultado, porque la presencia de esta asistencia, que recibe el nombre de guarda de hecho, figura que posteriormente se explicará, enerva que el incumplimiento de los deberes de asistencia desencadene en la realidad en una situación de desamparo.³⁷

En este sentido, GARRIDO CHAMORRO, explica con gran atino dicha idea «el hecho de que los padres o el tutor estén incumpliendo patentemente sus deberes de atención y asistencia al menor no permitirá declarar el desamparo si no están ocasionando la privación de esa necesaria asistencia porque existan otras personas (normalmente de su entorno próximo, que es donde esa existencia puede darse más eficazmente) que la preste: un guardador de hecho o una persona que la asuma, incluso teniendo al menor en su compañía».³⁸

4.3. El desamparo como hecho en nuestra ley.

Ahora que he explicado, sobre todo apoyándome en la doctrina, por qué consideramos la situación de desamparo como situación de hecho, creo que es el momento de seguir

³⁶ BOCCIO SERRANO, J., *El derecho del niño a...* cit., pp. 178 y 179.

³⁷ Así lo pone de relieve, MAYOR DEL HOYO, M.V., «Sistema tuitivo... cit., p. 55.

³⁸ GARRIDO CHAMORRO P., «protección de...», cit., p.725.

argumentando dicha exposición, pero ahora en base a los preceptos de esta materia que se contienen en nuestras leyes.

Ya se ha hecho referencia al art. 172 Cc., que parte directamente, del desamparo como la situación que se produce de hecho, pero no podemos olvidarnos del art. 18 LOPJM, en el que, a mi juicio, se desprenden muchas connotaciones de corte objetivista, es decir, del desamparo como hecho. Empecemos por el apartado 2, letra h,³⁹ donde se hace referencia de forma explícita a «situaciones cuyas consecuencias no puedan ser evitadas», es decir, que el incumplimiento del contenido de las figuras institucionales debe tener consecuencias, un resultado. Aquí queda perfectamente ejemplificada la necesidad de que a las causas habilitantes les siga un resultado, porque esto no habrá podido ser evitado, por ejemplo, con una guarda de hecho.

Del mismo art. 18 apartado 2 pero en el segundo párrafo⁴⁰, en mi opinión, se reitera lo que se acaba de explicar, la necesidad de que haya un resultado de efectiva desprotección junto con la causa que lo motiva, ya que se matiza con «supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor». Con este «suponga», lo que se requiere es que tenga lugar un resultado; la situación debe ser causa y resultado.

Pero no acaba aquí este análisis de desamparo como hecho. Hay que recordar que su nacimiento es consecuencia, de la vocación de solventar los fallos que se dan en el modelo institucional. Ya se vió que este es un perfecto engranaje con características de supletoriedad y complementariedad, pero en el cual, al aplicarlo a la práctica se originaban fallos. Estos errores que el mismo no podía subsanar, se van a intentar paliar mediante la declaración de desamparo y la consiguiente intervención de la Administración. Podríamos decir que esta declaración, que conllevara la tutela administrativa o *ex lege*, es el «parche» a un problema fáctico de la patria potestad o tutela. Es concretamente un problema de hecho que el modelo institucional cuando falla en su aplicación crea y que por sus limitaciones no puede subsanar. Necesitando de un

³⁹ Art. 18.2.h LOPJM: «Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia».

⁴⁰ Art 18.2 LOPJM: «Se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor».

segundo modelo, nuestro modelo funcional, que sea la solución a esos problemas a los que él no llega, a través de la Administración Pública.⁴¹

Quiero concluir esta argumentación con que el Código Civil ha -o por lo menos había (cuestión que se tratará posteriormente al hablar de la reforma del 2015)- puesto el acento en el hecho de que los deberes inherentes a la guarda del menor se cumplan o incumplan con el resultado de la desasistencia, no en quien los cumple, por lo que cabe a mí juicio el cumplimiento por un tercero.⁴²

5. GRAVEDAD Y APRECIACIÓN

Siguiendo con el concepto de desamparo y adentrándonos también en su apreciación creo conveniente tratar ahora el tema de la gravedad que se requiere para poder ser declarado. El art. 18 de la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor establece que estas causas o circunstancias tienen que ser consideradas como tales cuando cuenten con la suficiente gravedad; siendo valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Debe quedar claro que el desamparo es la privación de la asistencia necesaria, no basta, como señala VARGAS CABRERA, que el ambiente familiar no sea perfecto e inidóneo sino que se tiene que dar «una situación de bastante mayor intensidad por sus perjuicios para el menor y determinante de enormes efectos jurídicos en el mundo de las relaciones paterno filiales y tuitivas».⁴³ La consecuencia de declararse el desamparo es la tutela *ex lege*, y con ella se produce la suspensión de la patria potestad, lo cual, no podemos olvidarnos, son medidas de gran calado y magnitud. Por lo tanto, dicha suspensión no puede abarcar situaciones de mera inidoneidad en el ámbito familiar puesto que lo normal es que en todas familias se den pequeños problemas, por ser estos característicos de la vida social, y cometer errores ser una condición humana.⁴⁴ La clave está, en que los errores sean de tal magnitud que afecten gravemente al menor ocasionándole un perjuicio, y será entonces cuando deberán intervenir las Entidades Públicas, porque si pudiéramos

⁴¹ Ideas que se mencionaron al principio y que derivan de los ya nombrados: MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección ... cit., pp. 1474 y ss. Así como de MAYOR DEL HOYO, M.V., «Sistema tuitivo... cit., p. 54.

⁴² GARRIDO CHAMORRO P., «Protección de..., cit., p.725.

⁴³VARGAS CABRERA B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87» en *Anuario de Derecho Civil*, año 1991, número 2, BOE, pp.623 y 624.

⁴⁴VARGAS CABRERA B. «El desamparo de... cit., pp. 623 y 624.

en marcha todo el mecanismo administrativo por una mera inidoneidad sería una solución completamente desmesurada.

Debemos recordar que la situación de desamparo es la medida más grave e intervencionista que puede realizar la Administración Pública; y, en consecuencia, debe ser la última medida que debe adoptarse. Solo cuando con medidas menos «intervencionistas» y de menor repercusión no se hayan podido solucionar los problemas, deberá valorarse si cabe declarar el desamparo y asumir por parte de la Administración la tutela del menor. Hay que tener en cuenta, que el hecho de separar a un menor de su familia de origen es una actuación muy delicada y que, suponiendo un perjuicio para él, es mejor que el propio perjuicio que le ocasionaría seguir en su familia, por encontrarse en su entorno familiar realmente desasistido. Solo cabe declarar desamparo en supuestos que no van a poder ser solucionados con una mera intervención de la Administración, como por ejemplo sucede en la situación de riesgo. Si la Administración Pública tiene que actuar tan drásticamente y el hecho de separar al menor de su familia lo es, será por tratarse de situaciones muy graves para el menor.⁴⁵

En conclusión, y en palabras de Vargas Cabrera «solo las situaciones urgentes basadas en graves incumplimientos de los deberes de protección deben incardinarse en el término desamparo».⁴⁶

IV.LA GUARDA DE HECHO

Dejando a un lado el desamparo, debemos abordar la figura de la guarda de hecho. Se ha hecho alusión a que la asistencia al menor por un tercero impide que se produzca el desamparo. Pues bien, esta asistencia y cuidado que proporciona protección al menor es la guarda de hecho.

El art. 303 del Código Civil no da una definición del concepto de guarda de hecho. En opinión de algún autor,⁴⁷ por la complejidad de esta, se limita a fijarle un control judicial y a otorgarle facultades propias de la tutela.

⁴⁵ BOCCIO SERRANO, J., en *El derecho...* cit., p. 181.

⁴⁶ VARGAS CABRERA B. «El desamparo de... cit., pp. 623 y 624.

⁴⁷ SUAREZ SÁNCHEZ-VENTURA. J.M. «La institución titular», *Instituciones de derecho privado* Juan Francisco Delgado de Miguel (coord.), tomo iv familia, volumen 2º, Civitas, Madrid, 2002, p. 568.

DIEZ- PICAZO⁴⁸ considera al guardador de hecho como «aquella persona que careciendo de potestad legal sobre un menor o incapaz o susceptible de serlo, ejerce respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses».

Tras lo expuesto lo que entiendo es, que hay guarda de hecho cuando un menor es atendido y protegido por un tercero que no tiene obligación legal de hacerlo. Ya sea una persona que conviva con él, un familiar o un auténtico tercero. Lo que me interesa resaltar de esta figura es que se trata de la asistencia material hacia un menor por alguien, ya que el que formalmente y legalmente debería hacerlo no lo hace.

V.GUARDA DE HECHO Y DESAMPARO EN LA REFORMA DE 2015

Una vez definido y analizado el concepto de desamparo y guarda de hecho, es el momento de hablar de la modificación que el legislador llevó a cabo en el año 2015 a través de Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.⁴⁹ Se modificaron muchos artículos, entre ellos los correspondientes al título VIII, capítulo V «de la adopción y otras formas de protección de menores», capítulo donde se encuentran los artículos que nos conciernen.

1. STS 4243/2014 DE 27 DE OCTUBRE DE 2014.

La doctrina, como antes he explicado, estaba y está dividida. Por un lado, la corriente objetivista y por el otro, la corriente subjetivista. Ante esta situación, el Tribunal Supremo, en vez de solucionar la cuestión y decantarse, se inspiró en el «abstracto»⁵⁰

⁴⁸ SUAREZ SÁNCHEZ-VENTURA. J.M. «la institución... cit., p. 568 hace referencia al concepto de guarda de hecho que da DIEZ-PICAZO. L. en *Estudio para la Reforma de Código Civil en materia de Tutela*, Fundación General Mediterránea y Dirección General de Servicios Sociales, Madrid, 1977 pp. 28 y 29.

⁴⁹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE n°.180, de 29 de julio).

⁵⁰ La nueva Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su exposición de motivos describe dicho principio desde 3 dimensiones: «el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral».

principio del superior interés del menor para seguir dejando la puerta abierta a ambas corrientes. El propio Tribunal, en la STS 4243/2014 de 27 de octubre de 2014,⁵¹ a la interrogante de si puede ser declarado desamparo, cumpliéndose el primer requisito (incumplimiento) sin darse el segundo (privación) por existir un guardador de hecho que presta al menor una efectiva asistencia material y moral, responde: «La respuesta a ello es que la Sala no puede fijar doctrina con una fórmula tan cerrada y contundente como la pretendida por la recurrente».

A continuación en dicha sentencia, el Tribunal fijará la siguiente doctrina, «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».

Efectivamente es lo que sucede, y con la frase «ni se excluye ni se impone» habrá veces que no se deba declarar desamparo y otras en las que existiendo una guarda de hecho quepa declararlo. Dependerá de cuál sea la situación del menor bajo esa guarda, concretamente por quién y cómo es ejercida. Además de la interpretación que haga de cada caso la Administración, algo a mi juicio un poco arbitrario por lo que se explicará enseguida. Es por esto que, la sentencia diferencia entre situaciones de encomiable altruismo y situaciones peligrosas para el menor. Considerándose peligrosas aquellas en las que se hacen cargo de estas personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución. La cuestión se solucionaría, a mi juicio, si este tercero «peligroso» que ejerce una guarda de hecho, está verdaderamente

GUILLARTE MARTÍN-CALERO, «El interés del menor, la configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta» en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015* -MAYOR DEL HOYO (dir.)-, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 493,494,y 503, expone que aunque con la nueva Ley quede mejor explicado dicho principio «por haberse incluido criterios de concreción y ponderación para su toma en consideración» sigue siendo un concepto jurídico indeterminado que debe completarse con las circunstancias de cada caso, ajustándose de forma individual a cada situación y necesidades concretas del menor. Siempre habrá que mirar por su interés, teniendo prioridad la medida que mejor garantice sus derechos, esta es a mi juicio, la parte más abstracta, cuando se produce conflictos de intereses del propio menor; sin embargo, queda claro que cuando interés del menor choque con cualquier otro interés legítimo, y no todos puedan ser respetados debe prevalecer el del menor por encima de cualquier otro.

⁵¹ STS 4243/2014 de 27 de octubre de 2014.

ejerciéndola, si como dice la propia sentencia está prestándole la necesaria asistencia. Quiero decir, una persona que aparentemente cuida del menor pero que realmente no mira por el interés de este, sino por intereses propios e incluso opuestos ¿puede ser considerada guarda de hecho? En mi opinión este tercero, que no vela por el interés del menor, no está, en realidad, ejerciendo una guarda de hecho.

Además, cuando se hace alusión en la sentencia a las características concretas de cada guarda, parece que se pueda diferenciar entre guarda de hecho bien desempeñada, en la que se cubren las necesidades del menor, o guarda en la que hay un tercero que no cubre las necesidades. La guarda de hecho no puede ser buena o mala en función de que el guardador desempeñe bien esta protección, pues solo hay guarda de hecho cuando alguien se hace cargo del menor, desarrollando de forma correcta el contenido de las figuras institucionales.

Esta sentencia va a permitir estar en situación de guarda de hecho y declarar la situación de desamparo. Si el menor está bajo una guarda de hecho es porque hay una auténtica y real asistencia, pues la característica principal de la guarda como su propio nombre indica es que es de hecho, no es una figura que nazca por su contenido formal como puede ser la tutela. Hay que recordar que esta se recogió en el Código Civil a través de la Ley de 24 de octubre de 1983⁵², para brindar cobertura jurídica a dicha figura, ya que venía ejerciéndose en la práctica, pues había personas que realizaban las actividades propias del contenido de una tutela, sin contar con regulación jurídica.⁵³ La guarda de hecho nació de una situación de hecho, su fundamento y su existencia dependen de que haya un menor siendo asistido de verdad, por alguien.

Por lo tanto, afirmar que una persona que se encuentre bajo guarda de hecho (lo que necesariamente conlleva una asistencia real, porque si no la hay no podemos hablar ya de guarda de hecho) pueda ser declarada en situación de desamparo; supone ir a mi juicio, en contra de la afirmación que hace el art. 172.2 Cc. cuando establece que el desamparo es una situación de hecho, en la que el menor tiene que estar desatendido. Este art. 172

⁵² Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

⁵³ SUAREZ SÁNCHEZ-VENTURA. J.M. «La institución... cit., p. 567, donde explica el origen de la figura de la guarda de hecho, esta se recogió en el Código civil «para regular jurídicamente a aquellas personas que venían desarrollando funciones propias de la tutela, careciendo de nombramiento formal como tutor».

Cc. es redactado por la misma reforma y mismo legislador que el art. 303.2 Cc., artículo que a continuación se analizará y que entiende, cabe desamparo en la guarda de hecho.

2. EL ARTÍCULO 303.2 DEL CÓDIGO CIVIL

El art.303.2 Cc. establece «procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente 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». Posibilita lo mismo que la sentencia, pero en él, se permite de forma expresa, pues menciona que, si hay guarda de hecho y alguna de las causas habilitante que se vieron al principio, se deberá declarar situación de desamparo. Este artículo tira por la borda, toda la teoría que se ha construido sobre el desamparo como hecho, empezando por los propios preceptos de su misma ley, la jurisprudencia que existe al respecto y la doctrina objetivista.

De manera conceptual, si guarda de hecho significa un menor asistido por quien no debe, se pueden dar las siguientes fórmulas:

- Unos padres que incumplen sus deberes (causa habilitante), origina (nexo causal) una situación desfavorable del menor (resultado). Esto es la situación de desamparo.
- Pero si tenemos unos padres que incumplen sus deberes (causa habilitante) y una abuela que se encarga del menor, cubriendo sus necesidades (guarda de hecho) no se produce un resultado desfavorable del menor, la realidad es que el menor está asistido.
- Ahora si en vez de tener el menor una abuela o familiar asistiéndole, lo que hay es un familiar que dice que se hace cargo de él, que está un poco pendiente del menor, pero en realidad no cubre sus necesidades aquí no hay guarda de hecho, y efectivamente la causa habilitante se materializara en el resultado de desprotección teniendo lugar el desamparo.

Sin embargo, hay autores que, aunque aparentemente objetivistas, opinan que la reforma del 2015, basándose en la nueva redacción del art. 303.2 Cc., refrenda la idea de desamparo como hecho. Así expone DÍEZ GARCÍA que:

«En la actualidad, la reforma del art. 303 operada por el art. 2.28 de la Ley 26/2015 no parece impedir esta interpretación, sino, al contrario, la refrenda. El apartado dos de este

precepto declara procedente la declaración de desamparo de los menores en guarda de hecho, cuando además, se den los presupuestos objetivos de desatención del art. 172». ⁵⁴

Si entendiésemos que pese a estar asistido el menor, ya sea por cualquier familiar o persona interesada en su bienestar, este pudiese ser declarado en desamparo por darse una de las causas del art. 18 LOPJM, le estaríamos negando al desamparo su base fáctica. Puesto que si se permite declarar desamparo cuando de hecho el niño está asistido yo me pregunto ¿nos está queriendo decir el legislador que basta una de las causas habilitantes, aunque estas no causen una real privación de la necesaria asistencia moral o material? Y en consiguiente olvidémonos del desamparo como hecho, negando así la característica que origina a la tutela *ex lege*, que no es otra que solucionar problemas de hecho en los que el menor está realmente desatendido.

Es a mi juicio, peligrosa esta concepción del art. 303.2. Cc. En la práctica un menor que es abandonado por sus padres puede tener perfectamente cubiertas sus necesidades porque, por ejemplo, un familiar se hace cargo de él. Este nuevo precepto posibilita que ese menor quede en situación de desamparo y se ponga en marcha todo el mecanismo que esta conlleva, la automática tutela por la Administración Pública; cuando lo más adecuado en este caso sería simplemente como permite el art. 303 Cc. promover por parte del guardador la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela. Esta figura, es cierto que tiene carácter provisional pues su «desenlace natural será la constitución formal de la tutela (ordinaria)» ⁵⁵ por eso mismo, su vocación es desencadenar en que las personas que verdaderamente cuidan al menor pasen a tener una regulación legal.

De esta manera pasará a ser ejercitada la tutela por, el hasta entonces guardador, sin necesidad de que la Administración ejerza la tutela administrativa. Pues de lo contrario,

⁵⁴ DIEZ GARCÍA H., «De la adopción y otras... ci., pp. 525 y 526.

«Por este motivo, ya con anterioridad a las reformas legislativas de 2015, resultaba posible interpretar que cuando el menor estuviera asistido, aunque lo estuviera por quien no estuviera obligado a procurar su atención y/o existiera ese incumplimiento o inadecuado ejercicio, no concurría ninguna situación de desamparo. Por tanto, una guarda de hecho satisfactoria al bienestar del menor excluiría la apreciación de una situación de desamparo. Por tanto, cabía entender que, en tal hipótesis, en principio, habría de procederse a la constitución de la tutela ordinaria, pudiéndose otorgar al guardador una potestad legal o forma en atención a lo dispuesto en el art. 158. En la actualidad, la reforma del art. 303 operada por el art. 2.28 de la Ley 26/2015 no parece impedir esta interpretación, sino, al contrario, la refrenda. El apartado dos de este precepto declara procedente la declaración de desamparo de los menores en guarda de hecho, cuando además, se den los presupuestos objetivos de desatención del art. 172. Ergo, a contrario, si el menor no está privado de la necesaria asistencia moral y/o material a los que alude este precepto, aunque este bajo una guarda de hecho, no podrá ser declarado en desamparo».

⁵⁵ Cita textual en Sentencia nº 183/2004 de AP Cádiz, sección 1ª, 22 de diciembre de 2004.

el menor probablemente abandonaría el hogar que le proporciona la guarda de hecho para adentrarse en el mundo del acogimiento residencial. Esta idea queda perfectamente reflejada en la sentencia de la AP. De Cádiz, de 22 de diciembre de 2004,⁵⁶ donde se optó por otorgar al guardador de hecho la condición de tutor, evitando así la actuación de la Administración, con el siguiente fundamento:

La «separación del menor del núcleo que ya se siente como propio para imponerle un nuevo proceso de adaptación, primero en un centro de menores y luego en una nueva familia, que nada garantiza que sea mejor que la presente».

3. MARGEN APRECIATIVO VS. DISCRECIONALIDAD.

Ya se ha hecho referencia a la abstracción que acompaña al término desamparo, pero señala TENA PIAZUELO⁵⁷, que la intención del legislador de otorgar este carácter, compuesto por nociones muy indeterminadas tiene un fin positivo, dejar margen a la Administración autonómica para apreciar situación de desamparo cuando realmente quepa. Se alude a «inadecuado», «necesaria asistencia» y en este sentido no puedo estar más de acuerdo con dicho autor, pues comparto fielmente su idea; no obstante, creo que el término situación de hecho que como señala es contrario a situación de derecho, no es un término abstracto.

La STS 4243/2014 de 27 de octubre de 2014 no utiliza términos indeterminados, permite expresamente dos posibilidades, dos doctrinas antagónicas. Puede que muchos vean aquí los buenos resultados a los que puede conducir esta discrecionalidad; sin embargo, creo que para tener unos buenos márgenes de apreciación la discrecionalidad no es imprescindible. La realidad es la que es, y a lo que el desamparo se debe ceñir. Se debe apreciar la situación concreta, y en ella el menor tendrá cubiertas sus necesidades o no las tendrá, no caben medias tintas. Ahora bien, esto no quiere decir que por la gravedad y aquí es donde juega la apreciación podamos tener situaciones de riesgo. La realidad se encarga de tener mil matices, por ello el desamparo es un concepto indeterminado, porque «cae en el a consecuencia de una situación fáctica»⁵⁸ que puede ser cualquiera, de ahí la

⁵⁶ Sentencia nº 183/2004 de AP Cádiz, sección 1ª, 22 de diciembre de 2004.

⁵⁷ TENA PIAZUELO, I., «Panorama de la guarda administrativa de menores tras la ley de protección jurídica de 1996», en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 24, julio-diciembre, 1997, p. 249.

⁵⁸ GARCÍA LLORENTE M.A., «Capítulo 6, Protección... cit., p. 326 utiliza dicha expresión para explicar la indeterminación con base en la pluralidad de situaciones que la realidad nos puede ofrecer.

indeterminación y ahora atendiendo a esta cabe hacerse la pregunta que ha de ser nuestra estrella polar: ¿está realmente el menor privado de la asistencia necesaria? En definitiva, creo que las Entidades Públicas tienen que apreciar la realidad como lo que es, siendo el desamparo un concepto indeterminado que se debe determinar con la situación real del menor, porque tiene que atender a los hechos actuales y no a la situación de derecho que se incumple. Si se admitiese la discrecionalidad, y aceptásemos la vulneración de un deber, sin atender a la realidad en mi opinión tendríamos eso, un incumplimiento de derecho, pero no una situación de desamparo.

VI. LA INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA.

Dispone el art. 172 Cc. que será la Entidad Pública que tenga encomendada la protección de los menores en su respectivo territorio, la que deba constatar la situación desamparo, obteniendo de forma automática la tutela del menor y adoptando las medidas necesarias. Para determinar qué Entidad Pública será la encargada de apreciar dicha situación, y en consecuencia ostente la tutela *ex lege*, tenemos que ir a la Constitución Española, donde el art. 148.1.20 atribuye la materia de asistencia social a las Comunidades autónomas. Con base en este precepto, los Estatutos autonómicos han asumido, sin excepción, esta competencia. Así que, dentro de cada comunidad autónoma, habrá unos organismos cuya función sea la protección de menores y son estos a los que hace mención el art. 172 Cc. cuando habla de «entidades públicas».⁵⁹

1. LA SITUACIÓN DE RIESGO.

Antes de seguir explicando el papel de la Administración Pública en materia de protección de menores, hay que distinguir las diversas situaciones que se dan en la realidad, las cuales determinarán la actuación a seguir por las Entidades Públicas. La más importante y de mayor gravedad es la que se ha explicado, la situación de desamparo; no obstante, habrá veces que, aunque la situación del menor no es la idónea, por no contar con la gravedad suficiente, no constituirá desamparo. Dicha situación de menor gravedad, aparece recogida en el art.17 de LOPJM,⁶⁰ y recibe el nombre de situación de riesgo, en ella, el

⁵⁹ BALLESTEROS DE LOS RIOS M., en *El desamparo...* cit., pp. 165 y 166, explica cuáles son las entidades públicas del art.172, nombrando además la situación de cada Comunidad Autónoma.

⁶⁰ Art 17, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil: «Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea

menor sufre un perjuicio por determinadas circunstancias que pueden ser paliadas a través de la intervención administrativa, no siendo necesario separar al menor de su familia ni asumir la tutela *ex lege*.

Antes, solo se recogía la declaración de desamparo, porque el sistema de protección de menores estaba encaminado a subsanarlo, a intentar solucionar el problema que ya se había producido. Ahora con vocación preventiva, nuestro sistema de protección recoge la figura de situación de riesgo, que pretende evitar que se llegue al desamparo y no tener que separar al menor de su familia.⁶¹ Así lo puso de manifiesto el legislador estatal en el art. 11.2.d.h) LOPJM, al considerar principio rector de la acción administrativa la prevención y detección precoz de las situaciones que puedan perjudicar al menor; y, más concretamente, en el art. 12 de dicha ley, al establecerse que dicha actuación debe tener prioridad sobre la declaración de desamparo, que resulta aplicable de forma subsidiaria para los casos en los que la situación de riesgo y sus consiguientes medidas no hayan podido evitar que la situación desencadene en desasistencia y el menor solo pueda ser ya protegido a través de medidas irreversibles.⁶² En la situación de riesgo, el papel de la Administración Pública consiste en eliminar o reducir las dificultades o inadaptaciones que afectan al menor, permaneciendo este con su familia, precisamente porque las medidas que se adopten irán encaminadas a la preservación del entorno familiar. Así, suelen ser medidas psicoterapéuticas, ayudas económicas, asistencia a centros de día, o de carácter educativo.⁶³

perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar».

⁶¹ PÉREZ ÁLVAREZ., «Intervención de la administración en la protección del menor, consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015* -MAYOR DEL HOYO M.V. (dir.)-, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 102 y 103 donde se exponen las notas definitorias de lo que él considera la privatización de la tutela administrativa. Considera que nuestro sistema de protección de menores ha evolucionado de un carácter paliativo a un sistema de protección.

⁶² PÉREZ ÁLVAREZ., «Intervención... cit., pp.103 y 106.

⁶³ DURÁN RUIZ. F.J., en *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Tesis doctoral inédita, editorial de la Universidad de Granada, 2008, p.300.

2. LA GUARDA ADMINISTRATIVA

Hasta ahora se ha contemplado que el menor pueda padecer una situación gravísima, donde se suspende la patria potestad o tutela y este es arrancado de su entorno familiar; o, sin embargo, se encuentra en una situación ciertamente perjudicial a la cual la Administración con medidas de apoyo puede poner fin. Pero atendiendo al sinfín de matices de cada situación, se hace necesaria otra figura, la llamada guarda administrativa, a la que el legislador le dedica el art. 172 bis del Cc. En mi opinión, ocuparía un puesto intermedio entre las dos anteriores por la intervención que respecto a ella desarrolla la Administración. No podemos olvidarnos que nuestro modelo funcional se origina y nutre de la realidad, por lo que, habrá casos en los que se pueda prever que si el menor continúa en su esfera familiar este se encontrará en desamparo⁶⁴. Serán los casos en los que por cualquier razón, e independientemente de la culpa o no, los padres o tutores no puedan asistir temporalmente al menor por encontrarse imposibilitados; siendo ellos mismos como recoge el art. 172. bis 1 Cc., los que deberán solicitar a la Entidad Pública que asuma la guarda del menor, temporalmente, hasta que las circunstancias que la motivaron cesen.⁶⁵

La principal diferencia de la guarda administrativa con respecto a la declaración de desamparo señala MAYOR DEL HOYO, que radica en que la patria potestad continúa estando vigente, siendo la tendencia natural el regreso del menor a su entorno familiar.⁶⁶ Mientras que se diferencia de la situación de riesgo, en que el menor, aunque con fines preventivos, sale de su familia para poder evitar el desamparo.

A modo de precisión, la guarda administrativa del art. 172 bis, es la figura que se acaba de explicar y que nace por petición voluntaria de los padres o por decisión judicial. No debe confundirse ni con la guarda de hecho ejercitada por un tercero, ni con la guarda como parte del contenido que tienen que desarrollar las Entidades Públicas que ostentan la tutela *ex lege*,⁶⁷ pues en este caso, la patria potestad ha quedado en suspenso y la

⁶⁴ MAYOR DEL HOYO, M.V., en *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, editorial Comares, Granada, 1999, pp. 105 a 109, en ellas se explica el origen y función de la guarda administrativa, encuadrándola dentro del modelo funcional de MARTINEZ DE AGUIRRE.

⁶⁵ MAYOR DEL HOYO, M.V., «Sistema... cit., pp. 56 y 57.

⁶⁶ *Ibid.* pp. 56 y 57.

⁶⁷ BALLESTEROS DE LOS RIOS M., en *El desamparo...* cit., p. 201, y MAYOR DEL HOYO, M.V., en *La guarda administrativa...* cit., pp. 133 y ss., diferencian con gran nitidez el concepto de guarda y tutela,

Administración Pública al asumir la tutela tendrá que hacerse cargo tanto de la guarda como de la representación y administración de los bienes del menor. Obviamente la guarda de la tutela se desempeñará igual que la guarda administrativa, pues es en realidad lo mismo, pero una es parte de la figura de la tutela y otra conforma una figura ella misma.

3. DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Una vez, que la Administración autonómica ha tenido conocimiento sobre una posible situación de desamparo, normalmente a través de los servicios sociales prestados por las administraciones locales, deberá seguir un procedimiento administrativo de verificación que culminará con la declaración de desamparo. Durante la instrucción del procedimiento se dará audiencia a los padres o tutores, o incluso al propio menor por contar este con doce años o con el juicio suficiente. En esta fase se requerirá información sanitaria, educativa, social para poder elaborar un diagnóstico sobre cuál es la situación actual del menor. Se debe mencionar que, aunque dicho procedimiento debe darse con la mayor brevedad posible tienen cabida las medidas provisionales. Tras una fase de prueba y de alegación por parte de los padres, y después de ser oído el menor, se dictará de formar motivada la resolución administrativa que declare desamparo y en la que se recoja toda la información sobre las medidas que se van a adoptar, tanto forma de ejercer la guarda como el régimen de relaciones del menor con sus familiares. Dicha resolución deberá ser notificada no solo a los interesados (padres, tutores, acogedores) sino que también al Ministerio Fiscal, disponiéndose todo ello en el art. 172.1 Cc.⁶⁸

4. TUTELA *EX LEGE*.

Respecto a la *tutela ex lege*, recibe su nombre de la automaticidad de su obtención, pues es inmediata y entra en juego nada más constatarse por la Administración Pública que el supuesto de hecho de desamparo ha tenido lugar. El art. 172.1 Cc. establece que la Entidad Pública que constate que un menor está en situación de desamparo tiene su tutela *ministerio legis*. De la expresión que tiene lugar por ministerio de Ley, se deriva la no

explicando que son figuras distintas, y que además hay que discernir entre el concepto de guarda como parte del contenido de la tutela *ex lege* y la figura de la guarda.

⁶⁸ DURÁN RUIZ. F.J., en *La protección...* cit., pp. 318 a 334, se expone de forma detallada todo el procedimiento y las actuaciones que este conlleva para poder dictar la resolución administrativa de desamparo.

necesidad de intervención judicial, como ocurre en la constitución de la tutela ordinaria, puesto que no requiere forma especial para constituirse.

De esta manera, automáticamente se suspende la figura institucional bajo la que se encontraba el menor, pasando a ser ostentada ahora por la Entidad Pública correspondiente. El objetivo de la tutela administrativa es asistir al menor, por lo que su contenido vendrá marcado por las medidas que se deban tomar con el fin garantizar dicha asistencia. Debido a este fin de protección, se equipará el contenido de la tutela administrativa al de la ordinaria pues se debe velar por el menor, educarle, alimentarle y procurarle una formación integral como establece el art. 269 Cc. que, además, no distingue entre tipos de tutela. Así, como administrar sus bienes -art.170 Cc.- y su representación -art. 267 Cc.- Aunque la Entidad Pública ejerce la tutela, y en consecuencia también la guarda, en realidad esta se lleva a cabo mediante el acogimiento familiar y de no ser este posible mediante el acogimiento residencial.

VII. EXTINCIÓN DEL DESAMPARO Y DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA.

El principio de integración familiar debe guiar la actuación de la Administración promoviendo esta que el menor en desamparo vuelva a residir en un núcleo familiar, ya sea bien mediante el retorno a su propia familia, opción prioritaria, o por ser dado este en adopción.⁶⁹ Si ninguna de estas dos vías es posible o adecuada se contempla la posibilidad de un acogimiento permanente, en el que los acogedores sin asumir la patria potestad llevaran a cabo una fiel reproducción de esta.⁷⁰ Tanto si el menor retorna a su familia, o es adoptado, sus progenitores pasaran a ejercer la patria potestad cesando de este modo la tutela *ex lege*. Así lo dispone el art. 172 Cc. en su párrafo quinto que remite a los artículos 276 y 277.1 Cc. referentes a la tutela ordinaria, puesto que esta última comparte causas de extinción con la tutela administrativa. Para que dicho cese tenga lugar, será necesario un expediente administrativo, en el que de modo fehaciente se deberá constatar

⁶⁹ PÉREZ ÁLVAREZ M.A., «De la adopción y otras formas de protección a menores», en *Código civil comentado*, volumen I, II edición de De Pablo Contreras(coord.), Thomson Reuters y Civitas, Navarra, 2015, p.877.

⁷⁰ PÉREZ ÁLVAREZ M.A., «De la adopción. cit., p. 877.

que se da alguna de las causas de extinción por haber desaparecido las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo.⁷¹

1. REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO A PETICIÓN DE LOS PADRES

Cabe resaltar, por ser además la opción prioritaria -como se ha mencionado-, la posibilidad de que los padres recuperen la patria potestad en plenitud, si la situación que desencadenó la declaración de desamparo ha remitido, pudiendo ahora padres o tutores ofrecer una adecuada asistencia al menor. Una de las vías por la que los padres pueden poner de manifiesto dicha recuperación la contempla el art. 172 en su apartado segundo, permitiendo que los padres en el plazo de dos años desde que se notificó la resolución de desamparo, puedan solicitar que se levante la suspensión de su patria potestad por un cambio, en el sentido de mejoría, de las circunstancias familiares, ahora aptas para el menor. Igual posibilidad cabe en el caso de la tutela ordinaria, siempre y cuando esta esté en suspenso y no haya sido el tutor removido de su cargo, pues de encontrarse padres o tutores privados de esta, ya no cabe la revocación, pues señala expresamente el art. 172. 2 Cc. la necesidad de seguir ostentando dicho cargo. Esta revocación, señala PÉREZ ÁLVAREZ⁷² no debe ser entendida como un recurso para examinar si procedía la declaración de desamparo, sino que el fin de este instrumento que se pone al alcance de los padres, debe servir únicamente para que estos puedan acreditar que las circunstancias que motivaron desamparo se han subsanado.

En el mismo sentido, y en el apartado siguiente, posibilita el art. 172 Cc. que sea de oficio la Entidad Pública, o esta a instancia del Ministerio Fiscal la que revoque la declaración de desamparo por considerar que lo adecuado para el interés del menor es que este vuelva a su núcleo familiar. La gran diferencia entre ambos párrafos radica en el tiempo, puesto que mientras los padres solo gozan de dos años para solicitar el retorno del menor, la Administración no tiene límite de plazo. Esta cuestión que acaba de presentarse, es objeto de una gran confrontación de intereses en mi opinión, la cual se va a proceder a exponer.

2. EL PLAZO DE LA REVOCACIÓN: INTERESES CONFRONTADOS.

⁷¹ DIEZ GARCÍA H., «De la adopción y otras... cit., p. 528.

⁷² PÉREZ ÁLVAREZ M.A. «De la adopción... cit., p.880.

Es fundamental en estas cuestiones que nos atañen la importancia y papel que desempeña el principio de interés superior del menor. Dicho principio que ya fue brevemente analizado⁷³, se considera ciertamente abstracto debido a que deja gran protagonismo a la interpretación de quien debe aplicarlo. Partiendo de la supremacía que considero tiene el primer elemento⁷⁴ que se define en el art. 2.2 de la LOPJM, concretamente letra a), donde se hace referencia al bienestar, protección a la vida, y desarrollo de menor, llego a la duda de si realmente el plazo de dos años que nuestro derecho otorga a los padres para solicitar la revocación mira cómo debería, por el interés superior del menor.

Siguiendo en el mismo artículo 2 apartado 2 de la LOPJM, al igual que el bienestar del menor, se recoge el derecho a permanecer este en su propia familia. Será aquí, cuando encontrándonos en situación de desamparo colisionaran dichos derechos del menor, haciendo realmente difícil una adecuada interpretación de las circunstancias y del grado de superioridad de uno frente al otro, si la hay. Tengo muy claro, pues así entiendo se deriva del art. 2. 1 LOPJM, que el interés del menor prevalece frente a los intereses legítimos de otros; sin embargo, la gran cuestión gira en torno a los diversos y propios intereses del menor, como son su bienestar⁷⁵ y la primacía de que este permanece en su entorno familiar, y en el caso que nos encontramos, una vez separado de este, su reingreso al mismo.

Señala DIEZ GARCÍA⁷⁶ que las resoluciones judiciales de retorno son escasas, pues por haber transcurrido el tiempo se ha consumado el alejamiento entre el menor y la familia de origen, dificultándose así su retorno, motivo por el cual los jueces son reacios a favorecer el reingreso. En este sentido la STS de 31 de julio de 2009⁷⁷, expone los

⁷³ Véase nota al pie 50, en la que se explica dicho principio. Cabe añadir ahora a aquella explicación una serie de criterios para su aplicación que se recogen en el nuevo art.2.2 de la LOPJM. Siguiendo a GUILARTE MARTÍN-CALERO «La configuración... cit., pp. 498 y ss., vamos a considerar el primero que se expone: «la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales físicas y educativas como emocionales y efectivas» como el más importante y en consecuencia al que el intérprete debe otorgarle carácter prevalente frente a los que le seguirán. La autora hace hincapié en que el bienestar material del menor no puede ser fundamento para apartar al menor de su familia, optando por medidas menos drásticas que permitan su continuidad en dicho núcleo familiar.

⁷⁴ Véase nota al pie anterior.

⁷⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La configuración... cit., pp. 498 Y 499, considera que debe ser el término bienestar el que englobe todos derechos que conforman el apartado a, del art 2.2 de la LOPJM.

⁷⁶ DIEZ GARCÍA H., «de la adopción y otras... cit., pp. 546 y 547.

⁷⁷ STS 5817/2009, de 31 de julio de 2009: «En conclusión, esta Sala sienta la doctrina de 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

requisitos que deben darse para acordar dicho regreso: en primer lugar, una evolución positiva de las circunstancias que junto con el ánimo de los padres sean suficientes para restablecer la unidad familiar eliminando cualquier riesgo. Pero además, y esto escapa del control de los padres, se debe tener en cuenta el tiempo transcurrido e integración del menor en la familia de acogida, así como los vínculos afectivos en ella desarrollados. Por último, el tribunal hace mención de los posibles riesgos que supondría para el menor el retorno al entorno familiar biológico, puesto que volvería a ser un cambio drástico para este.

Lo mejor para el menor, aun habiéndose producido una mejoría en la familia de origen, no siempre será su regreso. Puesto que durante el desamparo el menor ha continuado viviendo, ha ido desarrollándose en un nuevo entorno que muy probablemente sentirá como propio. Por esto, considero no solo excesivos dos años, pues es tiempo suficiente para que el menor se haya adaptado a esa nueva realidad, sino que en mi opinión dicho plazo de dos años solo debería tener sentido en los casos en los que los padres tienen un ánimo de recuperación, muestran colaboración y cuyo fin es evolucionar positivamente, además de que dicha recuperación sea previsiblemente posible. Si un progenitor desde el principio no muestra interés en una mejoría, su derecho a cambiar en dos años y poder, si algún día lo considera oportuno, recuperar a su hijo, no debe ser óbice para que el menor cuanto antes empiece a sentir un entorno familiar propio y adecuado, donde si se mire por su bienestar y reciba la estabilidad que necesita.

En otro sentido completamente opuesto opina BOCCIO SERRANO,⁷⁸ al considerar que el plazo de dos años debería respetarse siempre, aunque las posibilidades de recuperación sean escasas. Defendiendo que no hay motivos para precipitarse y formalizar una adopción. Como he puesto de manifiesto, considero que la celeridad es necesaria, pues está en juego el adecuado desarrollo de un menor, y este necesita estar en un entorno adecuado, lo cual será más factible en una nueva familia adoptiva que no en un centro

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 han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia».

⁷⁸BOCCIO SERRANO, J., El derecho... cit., p. 388.

residencial de menores. Por otro lado, hay que tener en cuenta la importancia del transcurso del tiempo en un menor, pues cuanto más mayor sea este, menores son las posibilidades de encontrar una familia adoptiva y mayor tiempo estará en una situación inestable. No hay que olvidar lo significativos que pueden ser dos años en un menor.

Ahora bien, no puedo estar más de acuerdo con BOCCIO SERRANO⁷⁹, quien siguiendo a DIEZ GARCÍA, considera necesaria la privación de la patria potestad para poder adoptar una medida definitiva como es la adopción, cuando lo más probable es que no pueda darse una mejoría en la familia biológica.

La Ley 26/2015 ha venido a suavizar el carácter estricto del plazo de dos años que establecía el art. 172, dadas las críticas que el mismo había recibido: ha introducido un último inciso en el art. 172.2 Cc. que establece que «Durante ese 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».

⁷⁹BOCCIO SERRANO, J., El derecho... cit., p.389, en referencia a la autora DÍEZ GARCÍA en *Comentarios al Código Civil*.

VIII. CONCLUSIONES

El desamparo es -y debe- continuar siendo un concepto abstracto. Sus causas deben ser todas las situaciones que la realidad sea capaz de reproducir, pues solo de esta manera, dando las pautas para determinarlo conseguirá abarcar la multitud de diversas cuestiones que se pueden plantear. Por eso no tenemos una lista cerrada, porque lo que importa es que la causa, sea la que sea, sea capaz de materializarse en una situación perjudicial para el menor. Nos importa el resultado, independientemente de la voluntad de los padres, apreciando solo así, la situación objetiva del menor.

Cuando un menor se encuentra en desamparo es que carece de la asistencia moral o material necesaria, está desasistido, sufre en definitiva un problema de hecho. De esta manera el problema de derecho no será más que la razón para poder encontrarnos con dicho problema de hecho, porque la desatención de los padres no siempre supondrá que el menor este desprotegido. La guarda de hecho interfiere en esta relación causa-consecuencia, impidiendo así el resultado que debería apreciar la Administración Pública. Pues si no hay resultado difícilmente tenemos la base sobre la que declarar desamparo. Ahora bien, para que esto sea así, la guarda de hecho deber ser considerada como lo que realmente es, como lo que nació, una situación real de asistencia por quien no viene estando obligado a ello.

A pesar de esto, tanto el Tribunal Supremo como el legislador, consideran que guarda de hecho y desamparo son compatibles, y pueden darse ambas en la misma situación. Si vagamente una es sinónimo de protección y otra de desprotección, cómo es posible tener dos elementos tan antagónicos juntos, o lo que es lo mismo, cómo puede estar un menor asistido en la realidad y ser tildada dicha situación de desasistencia.

Considero que el problema es de conocimiento, al no delimitar correctamente cada figura se le resta fuerza a su contenido, y así acabamos desvirtuándolas, llegando a encontramos contradicciones como las presentes. De lo contrario, si un menor asistido pudiese encontrarse en desamparo, cabría entender que se posibilita actuar a la Administración Pública a su libre albedrío, pues, aunque alguien le asista, podrá decir que esta desasistido. Pero además, me pregunto qué se consigue mediante esta posibilidad. Si nuestro fin es el interés del menor para qué vamos a negarle una guarda de hecho en la que se vela por él, para adentrarlo en el mundo del acogimiento, que en el mejor de los casos será familiar.

Hay que ser a mi juicio más restrictivo con el concepto de guarda de hecho, y el legislador en el art. 303. 2 Cc. debió tener en cuenta lo que esta realmente significa. Así, con este criterio, entendiendo la guarda de hecho solo cómo lo que es, podríamos solucionar los casos que se planteen y que sean susceptibles de aplicárseles el art. 303.2 Cc. Cuando alguien aparentemente se haga cargo del menor, pero en realidad no sea así por encontrarse este desasistido, no debemos hablar de guarda de hecho, y en este caso sí que cabría aplicar el desamparo.

Durante el trabajo, me he planteado varias veces si realmente nos creemos el interés superior del menor. Aún a día de hoy, me resulta complicado imaginarme dichas situaciones sin que influya mínimamente el derecho de los padres a criar a sus hijos. Pero todavía es más complejo determinar qué favorece más a un menor: un desarrollo positivo o uno peor pero llevado a cabo en su ámbito familiar. Esto es en lo que consiste el complejo principio de interés superior del menor, buscar solo lo que más puede beneficiarle. Aunque hay que valorar las circunstancias de cada caso, tiene más peso a mi juicio el mejor bienestar del menor, y es en base a esto, por lo que considero perjudicial para este, la automaticidad de los dos años de plazo que tienen los padres para poder recuperarlo.

Debería permanecer la puerta abierta al regreso del menor, solo en los casos en los que los padres intenten y tengan ánimo de mejoría inmediatamente tras la declaración de desamparo. Pues de lo contrario, dejaremos de seguir el principio del interés superior del menor por compadecernos de unos padres que puede que en un futuro se arrepientan de no haber asistido al menor. Lo cuál sería perfectamente entendible si no estuviera en juego la vida de un menor.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

Obras consultadas por orden alfabético.

- ADROHER BIOSCA S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración, y principales novedades», en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015* -MAYOR DEL HOYO (dir.)-, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- BALLESTEROS DE LOS RIOS M., en *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BOCCIO SERRANO, J., en *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tesis doctoral inédita, Sevilla, 2014-2015.
- DE PABLO CONTRERAS. P., «Comentario al art. 172 del Código civil» en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, -BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO. R.(coord.)-, Tecnos, Madrid, 1993.
- DE PABLO CONTRERAS P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015* -MAYOR DEL HOYO (dir.)-, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- DIEZ GARCÍA H., «De la adopción y otras formas de protección de menores», en *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* -BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.)- Tirant lo blanch, Valencia, 2016.
- DURÁN RUIZ. F.J., en *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Tesis doctoral inédita, editorial de la Universidad de Granada, 2008.
- GARCÍA LLORENTE M.A., «Capítulo 6, protección pública del menor», en *Memento práctico*, Francis Lefebvre. Familia y Sucesiones, -TRINCHANT BLASCO C. (coord.)-, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012.
- GARRIDO CHAMORRO P., «Protección de menores y la adopción», en *Instituciones de derecho privado*, -DELGADO DE MIGUEL J.F (coord.)- t. IV, volumen 2º familia, Europa Notario y Civitas, Madrid, 2002.

- GUILLARTE MARTÍN-CALERO, «El interés del menor, la configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta», en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015* -MAYOR DEL HOYO (dir.)-, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- IGLESIAS REDONDO. J.I., en *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., «La guarda de los menores e incapacitados», en *Elementos de Derecho Civil*, -revisado por RAMS ALBESA J.-, t. IV familia, Dykinson, Madrid, 2010.
- LACRUZ MANTECÓN, M.L., en *Síntesis del Derecho Civil español I Persona y bienes*, t I, 2ª edición, Kronos editorial, Zaragoza, 2017.
- LASARTE, C., en *Derecho de familia. Principios de derecho civil*, t. VI, séptima edición, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- PÉREZ ÁLVAREZ M.A., «Capítulo V de la adopción y otras formas de protección de menores, sección 1ª, de la guarda y acogimiento de menores», en *Código Civil Comentado Volumen I*, -CAÑIZARES LASO, A., et. Al (dir.)-, 2ª edición de PABLO CONTRERAS. P., Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2016.
- PÉREZ ÁLVAREZ M.A., «De la adopción y otras formas de protección a menores», en *Código civil comentado*, volumen I, II edición, -De Pablo Contreras (coord.)-, Thomson Reuters y Civitas, Navarra, 2015.
- PÉREZ ÁLVAREZ M.A., «El sistema público de protección de menores e incapaces», en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, -MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.)-, 4ª Edición, Colex, Madrid, 2013.
- PÉREZ ÁLVAREZ., «Intervención de la administración en la protección del menor, consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015* -MAYOR DEL HOYO M.V. (dir.)-, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección jurídico- civil de la persona por razón de la menor edad», en *Anuario de derecho civil*, Vol. 45, nº 4, 1992.
- MAYOR DEL HOYO, M.V., en *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.

- MAYOR DEL HOYO, M.V., «Sistema tuitivo del menor en el Código civil español: acogimiento y otras medidas de protección», en *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, -Padial Albás (coord.)-, Edicions de la Universitat de Lleida, Lérida, 2012.
- SANTAMARIA M.L., «Acogimiento y anteproyecto estatal sobre infancia» en *Quaderns de polítiques familiars Revista de l'Institut d'Estudis Superiors de la Família*, UIC, Barcelona, Número 01, 2015.
- SUAREZ SÁNCHEZ-VENTURA. J.M., «La institución titular», en *Instituciones de derecho privado* -Juan Francisco Delgado de Miguel (coord.)-, t. IV, familia, volumen 2º, Civitas, Madrid, 2002.
- TENA PIAZUELO, I., «Panorama de la guarda administrativa de menores tras la ley de protección jurídica de 1996», en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 24, julio-diciembre, 1997.
- VARGAS CABRERA B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», en *Anuario de Derecho Civil*, número 2, BOE, 1991.

JURISPRUDENCIA CITADA

Obtenidas de CENDOJ, Centro de documentación judicial.

(<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>)

Audiencias Provinciales.

- SAP BI 304/2014 (Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4), de 21 de marzo de 2014.
- SAP CA 1787/2004 (Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1), 22 de diciembre de 2004.

Tribunal Supremo.

- STS 4159/2015, de 15 de octubre de 2015.
- STS 4243/2014, de 27 de octubre de 2014.
- STS 5817/2009, de 31 de julio de 2009.