

**TRABAJO FIN DE GRADO**  
**Grado en Derecho**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad de La Laguna**  
**Curso 2019/2020**  
**Convocatoria: Junio.**

EL DESAMPARO DE MENORES.

Minors helplessness.

Realizado por el alumno/a Dña. Annia Hernández Felipe.

Tutorizado por el Profesor/a D. Juan Antonio García García.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Civil.

## ABSTRACT

The aim of this final thesis project is an analysis of helplessness, the most serious proposal in terms of measures for the protection of minors, which must be applied as a last appeal. Within this study, we will look over different autonomous regulations that deal with this content and highlight a special situation, that is that of foreign minors in a situation of helplessness. Also, we will see the procedure of the declaration of helplessness along with its effects and opposition to it and how the Public Administration is answerable to the families for those cases of helplessness that was later dismissed by the justice system.

### **Key Words:**

Minors, helplessness, minor's interest, child protection, risk situation, Administrative tutelage, family reintegration.

## RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es un análisis del desamparo, la propuesta más grave dentro de las medidas de protección de menores, debiendo aplicarse como último recurso. Dentro de este estudio, haremos un recorrido por distintas normativas autonómicas que versen sobre este contenido y destacaremos una situación especial, que es la de los menores extranjeros en situación de desamparo. Además, veremos el procedimiento

de la declaración de desamparo junto a sus efectos y la oposición a la misma y de que forma la Administración Pública responde ante las familias por aquellos casos de desamparo que luego la justicia desestimó.

**Palabras clave**

Menores de edad, desamparo, interés del menor, protección de la infancia, situación de riesgo, tutela administrativa, reinserción familiar.

# ÍNDICE.

<b>1. Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>2. El desamparo.....</b>	<b>6</b>
<b>2.1. El desamparo dentro de la normativa autonómica.....</b>	<b>9</b>
<b>3. Los menores extranjeros inmigrantes no acompañados en situación de riesgo o desamparo en territorio español.....</b>	<b>13</b>
<b>3.1. La regulación del menor no acompañado en la LO 4/2000 y en su Reglamento de aplicación.....</b>	<b>16</b>
<b>4. El procedimiento de la resolución administrativa de desamparo.....</b>	<b>18</b>
<b>4.1. Efectos inmediatos de la declaración de desamparo.....</b>	<b>23</b>
<b>5. Oposición a la resolución administrativa de desamparo.....</b>	<b>24</b>
<b>5.1. El procedimiento de oposición a la resolución de desamparo.....</b>	<b>26</b>
<b>5.2. Posibles recursos ante la resolución administrativa de desamparo.....</b>	<b>30</b>
<b>6. El cambio de circunstancias de los opositores.....</b>	<b>32</b>
<b>6.1. La revocación de la declaración de desamparo y la reintegración del menor a su familia de origen.....</b>	<b>35</b>
<b>7. Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de desamparo.....</b>	<b>37</b>
<b>8. Ley orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.....</b>	<b>41</b>
<b>9. Conclusiones.....</b>	<b>44</b>
<b>10. Bibliografía.....</b>	<b>50</b>

## 1. Introducción.

La Administración Pública tiene como deber constitucional su intervención en la protección del menor, al ser una necesidad social.

La protección de los menores por parte de los poderes públicos abarca una gran variedad de medidas dirigidas a prevenir y corregir situaciones de desprotección de los mismos. Existen una gran cantidad de opciones porque la intervención administrativa deberá ser proporcional y adaptable a cada situación, además todas ellas deben llevarse a cabo bajo la tutela del interés superior del menor.

En el caso de que fracasen las medidas de detección y prevención de la situación de riesgo, es cuando entra a actuar la figura del desamparo. Está configurada como la última medida que debe adoptarse, es decir, se aplica de manera subsidiaria cuando las medidas anteriores no han podido evitar ni paliar la situación de desprotección del menor, es en este momento, cuando se aplica el desamparo, la medida con más gravedad y repercusión para el entorno del menor y su familia, puesto que supone separar al menor de su familia de origen.

Como íbamos diciendo, tanto la situación de riesgo como la situación de desamparo son dos medidas que justifican la intervención de la Entidad Pública para proteger al menor, pero la gravedad de la desprotección del menor será la determinante de establecer si hay que adoptar una u otra. Por ello, debemos aclarar las diferencias entre situación de riesgo y situación de desamparo, la primera de ellas es la concurrencia de circunstancias en las que el menor está privado de la necesaria asistencia moral y material, pero que no revisten de la gravedad suficiente para separar al menor de su familia, por lo que los poderes públicos responsables elaboran un plan individualizado para cada situación y lo llevan a su ejecución. Lo distintivo del desamparo, es que la Entidad pública competente asume la tutela automática o ex lege del menor, ya que el menor es víctima de una inasistencia que perjudican a su adecuado desarrollo o seguridad del mismo. A modo de ejemplo, exponemos el caso de un menor que había sido declarado en desamparo por detectarse en él los siguientes indicadores de riesgo: *“una importante inhibición comportamental, un grave retraso en la adquisición del lenguaje, y en la madre una problemática que debía ser valorada por una Unidad de Salud mental, grave inestabilidad emocional percepción distorsionada de la realidad y comportamiento verbalmente agresivo, sin conciencia de su situación y rechazo a las propuestas de*

*apoyo*<sup>1</sup>”, pero la STS (Sala de lo Civil) de 2 de octubre de 2017, rec. núm 4096/2016 consideró que el menor se encontraba en situación de riesgo <sup>2</sup>y no de desamparo, por lo que estimó que cesase el desamparo y el acogimiento residencial del menor con la condición de que el SEAFI (Servicio Especializado de Atención a Familia e Infancia) intervenga con la madre a través de un plan adaptado a la situación en concreto, ya que *“los aspectos negativos que se dicen de la progenitora, como estilo sobreprotector y rechazo al apoyo por no tener conciencia del problema, cabe considerarlos como corregibles pero además serían controlables en caso de persistir”*

## **2. El desamparo.**

El concepto de desamparo, es realmente indeterminado, debiendo ajustarse a las circunstancias fácticas de cada momento. Además, es un término relativamente nuevo en nuestro sistema de Derecho civil, siendo introducido por la Ley 21/1987<sup>3</sup>, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de

---

<sup>1</sup> STS (Sala de lo Civil) de 2 de octubre de 2017, rec. núm 4096/2016.

<sup>2</sup> STS (Sala de lo Civil) de 2 de octubre de 2017, rec. núm 4096/2016; “En fin no tiene duda del compromiso parental de la progenitora ni de capacidad para las funciones propias tratándose de una persona seria, sin adiciones y adaptada altruista y con buena disposición (así consta en el informe del Taller de FIL, folio 84 tomo II) que se ha procurado vivienda en propiedad por sus propios medios que ha demostrado apego emocional a su hijo al que procura esparcimientos propios de la edad, le proporciona alimentación adecuada y pasa los controles médicos ordinarios sin ser sabedora de los rasgos autistas. Es decir, es capaz a pesar de las dificultades que le acucian y posiblemente algo afectada por las mismas, de proporcionar al menor el ambiente familiar y de emocional, que la Consellería está deseando procurar para el menor.”

<sup>3</sup> MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *El desamparo de menores*, Aranzadi SA, Navarra, 2005, página 23. A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo.

Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (en adelante Ley 21/1987) al cambiar el concepto de “abandono de menores” por el de “desamparo”, lo que permitió la asunción automática, por parte de la Entidad pública competente, de la tutela del menor en la situación de desprotección.

Respecto a las causas que motivan el desamparo, las disposiciones legales guardan silencio, lo que si podemos afirmar es que el desamparo tiene su causa en ciertas situaciones que tienen lugar en el ámbito familiar. Es más la regla general es que se trate de núcleos familiares que suelen repetir un mismo patrón, tales como la convivencia en un entorno socio-familiar en el que se reiteran conductas de maltrato, de agresividad y de violencia y todo en ello en presencia de los menores, inducción a la prostitución, a la mendicidad o a la delincuencia, ausencia de escolarización habitual del menor, malos tratos tanto físicos como psíquicos y abusos sexuales por parte de la familia o con el consentimiento de estos hacia terceras personas, ausencia constante del domicilio de los progenitores, la drogadicción o el alcoholismo de los familiares, el trastorno mental grave de lo padres que impiden el normal ejercicio de la patria potestad, o estos mismos ingresados en prisión. Esta impresión inicial da a entender que la declaración de desamparo es provocada por el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de los padres de los deberes de protección que las leyes determinan para la guarda de los menores.

Lo cierto es que el desamparo no es un concepto pacífico, para esclarecer su definición acudimos al artículo 172 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC) que determina lo siguiente: *“la situación de desamparo 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 estos queden privados de la necesaria asistencia moral o materia”*. De esta definición legal, se entiende que el desamparo es una situación fáctica, provocada de manera voluntaria o no, por los progenitores en el ejercicio de los deberes de protección hacia sus hijos, derivando en la inasistencia moral o material de los mismos. Añadiendo además como tercer motivo que desemboca en desamparo el imposible ejercicio de los deberes de protección como por el fallecimiento de los progenitores quedando el menor sin la protección de un adulto, aparte de los ya anteriormente contemplados (por incumplimiento o por inadecuado ejercicio).

Y en la misma línea, siguiendo la definición del magistrado UTRERA GUTIÉRREZ<sup>4</sup>, el concepto legal de desamparo requiere de tres elementos básicos:

1. Un incumplimiento de los deberes de protección a los que hace referencia el art. 154 CC como contenido normal de la patria potestad (es decir, velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarles y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes). Dicho incumplimiento puede ser total o parcial; derivar de una actitud culposa de los padres o incluso tener una causa ajena a su voluntad.
2. Que dicho incumplimiento genera una privación de asistencia material (alimentos en el sentido amplio del art. 142 CC) o moral (afectividad, relaciones interpersonales) y que tenga cierta duración
3. Que exista un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la falta de asistencia al menor, quedando excluidos del concepto de desamparo aquellos supuestos en que no exista dicha relación de causalidad.

Es importante señalar, que la insuficiencia de recursos económicos por parte de los padres no serán motivo suficiente para declarar el desamparo, tampoco lo será el que uno o ambos de los progenitores o el propio menor de edad presente una discapacidad, siempre y cuando sea el único motivo a valorar para aplicar la medida de desamparo, así lo establece el artículo 18.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley 26/2015). Esta idea también queda respaldada por la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños del año 2010, concretamente en el Punto II B apartado 14, que textualmente establece que: *“La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado.”* Y con respecto al

---

<sup>4</sup>BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 181.



tema de la discapacidad en el menor o en los progenitores la jurisprudencia hace hincapié en este sentido como por ejemplo, la Sentencia núm. 69/2015 de 13 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia de la Provincia de Málaga <sup>5</sup>que revocó la declaración de desamparo por haberse basado únicamente en la enfermedad mental de la madre, provocando la inmediata reintegración del menor con su madre.

Las principales consecuencias de la declaración de la situación de desamparo por resolución administrativa, son las que señalaremos a continuación, siendo desarrolladas más adelante durante el estudio de este trabajo:

- Extracción del menor del ámbito familiar en que el desamparo se produjo.
- Asunción por parte de la entidad pública de la guarda sobre el desamparado.
- Suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria a que estuviese sometido (art. 172.1 CC).

### **2.1. El desamparo dentro de la normativa autonómica.**

La problemática del concepto normativo de desamparo es que es indeterminado, por ello las CCAA de manera complementaria han regulado de un modo más exhaustivo las causas y circunstancias que pueden desembocar en la declaración de desamparo, partiendo eso sí de la base del CC. En esta línea, las distintas CCAA han ido creando su propia legislación en materia de protección de menores, creando diferentes leyes como la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor en Andalucía, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores en la CCAA de Canarias, la

---

<sup>5</sup>SJPI 69/2015 de 13 de julio cuando la situación de desprotección tiene su origen en limitaciones psíquicas de los progenitores se ha de ser especialmente cuidadoso en la adopción de las medidas de protección respecto a los menores, a fin de no vulnerar la Convención de 13 de diciembre de 2.006 hecha en Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad y ratificado con el Estado Español el 21-IV-2008, cuyo artículo 23.4 establece expresamente que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de la discapacidad de uno de los progenitores, todo ello sin perjuicio del seguimiento y apoyo que la persona discapacitada pueda necesitar y que habrán de prestarle los servicios de protección de menores para un correcto desempeño de sus funciones, tal y como exige el precitado artículo 23.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor corresponde a la CCAA asturiana o la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción en la Comunidad Autónoma de Cataluña, entre otras.

Ahora bien, todos los menores de edad de los distintitos territorios son susceptibles de protección en semejante medida, tanto residan en las CCAA que ya nombramos o en cualquiera de las otras pertenecientes al territorio español<sup>6</sup>. A partir de este momento, nos centraremos en la normativa de alguna de las CCAA en concreto, que como ya explicamos en el párrafo anterior, las leyes autonómicas parten del mismo CC aunque entre ellas existen pequeñas diferencias, algunas de ellas tratan la situación de riesgo junto a la de desamparo como Cataluña y Canarias mientras que otras como Galicia o Murcia no la recogen, además la mayoría de ellas enumeran de manera propia las circunstancias que se consideran que pueden desembocar en la declaración de desamparo.

Comenzamos con la CCAA de Cataluña concretamente con la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña que recoge de manera amplia y precisa en su art. 105.1 el concepto de desamparo; *“Se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar”*. El legislador catalán establece en ese mismo artículo, pero en su apartado 2 una lista abierta de las situaciones que se deben dar para declarar el desamparo, no puede ser una lista cerrada, porque existe la posibilidad de que los jueces y tribunales a la hora de resolver sobre un desamparo aprecien nuevas circunstancias constitutivas de una situación de desprotección. Es más, lo último que venimos comentando queda refutado en el último supuesto del art. 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y la LEC (en adelante LOPJM), al determinar que *“cualquier*

---

<sup>6</sup> ARCE FERNÁNDEZ I, ARCE FLÓREZ VALDÉS J: *El desamparo de menores: normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011, página 53. Las CCAA se han ido dotando de una legislación propia en materia de protección de menores. Las correspondientes normas autonómicas presentan algunas diferencias, más bien formales que regulares.

*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.”*

Esta ley catalana, está revestida de singularidades, pues entre las causas que se contemplan para la declaración de desamparo incluye *“los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. A tales efectos, se entiende por maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación”* (artículo 105.2.c). Asimismo, el legislador autonómico en la regulación sobre las situaciones de riesgo introduce algunas que revisten cierta originalidad, como la recogida en el precepto 102.2.h); *“las prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra las niñas o las jóvenes, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas”*. Otro artículo importante a destacar es el 107<sup>7</sup>, y es que la ley catalana regula un procedimiento simplificado para la declaración de desamparo distintivo al procedimiento ordinario y urgente cuando los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda manifiestan la conformidad con la declaración.

En la misma línea, la normativa del Principado de Asturias en la Ley 1/1995, recoge de forma enumerada en su artículo 31 una serie de situaciones que actúan de

---

<sup>7</sup> Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña: Artículo 107. “Procedimiento simplificado. El organismo competente en materia de protección de los niños o los adolescentes desamparados puede dictar, sin más trámites, la resolución que declara la situación de desamparo, si los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda manifiestan la conformidad con la declaración, y una vez escuchado el adolescente, o el niño, si tiene suficiente conocimiento.”

suplemento de la definición de desamparo del CC, evitando así la arbitrariedad<sup>8</sup>. Son circunstancias de distinta naturaleza que permite a la Administración declarar la situación de desamparo y asumir la tutela del niño, tales como: *“abandono voluntario del menor por parte de su familia, ausencia de escolarización habitual, malos tratos físicos, psíquicos o trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores, drogadicción habitual o abusos sexuales en el ambiente familiar, inducción a la mendicidad, a la delincuencia, la prostitución o cualquier otra explotación económica del menor de edad”*. Es necesario destacar que la insuficiencia de recursos económicos del entorno familiar como consecuencia de enfermedad o por pérdida del empleo no podrán tomarse en cuenta como indicadores suficientes para declarar el desamparo, en este tipo de casos se realizará intervenciones adaptadas a las necesidades y circunstancias de la familia, evitando tomar la medida más grave, el desamparo.

Nuestra CCAA, la canaria, realiza una regulación de la protección al menor de edad prácticamente semejante a las ya vistas, recogiendo las mismas situaciones que conllevan a la declaración del desamparo, exceptuando pequeños matices. Al no haber definido aún el concepto de situación de riesgo, (únicamente hemos señalado en la ley catalana una de las causas que podrían dar lugar a la misma), aprovecharemos la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores para darla a conocer, estableciendo en su artículo 41 lo siguiente: *“se considera que el menor se encuentra en situación de riesgo cuando, a causa de sus circunstancias personales, familiares o por influencias de su entorno, se está perjudicando su desarrollo personal o social, sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar la declaración de desamparo y la separación del menor de su familia.”* Como podemos ver, en este caso se realiza una definición general y de manera amplia de la situación de riesgo, sin entrar a enumerar una lista de las situaciones que se identifican con la situación de riesgo tal y como ocurre con en la ley catalana.

Por último, debemos destacar, que en el marco normativo de la CCAA canaria, no se prevé la posibilidad de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita, como

---

<sup>8</sup> ARCE FERNÁNDEZ I, ARCE FLÓREZ VALDÉS J: *El desamparo de menores: normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011, página 44.

garantía de los derechos de los progenitores dada la delicadeza y gravedad de los efectos que provoca la resolución administrativa de declaración de desamparo de un niño. Mientras que otros territorios autonómicos desarrollan la asistencia jurídica gratuita a través de la propia ley de cada CCAA o mediante decretos.

### **3. Los menores extranjeros inmigrantes no acompañados en situación de riesgo o desamparo en territorio español.**

Una situación peculiar dentro del desamparo, es la de los menores extranjeros no acompañados (en adelante MENAS) como consecuencia del problema de la inmigración de niños y jóvenes solos en Europa, que no responde a una circunstancia temporal si no a una realidad crónica que va en incremento<sup>9</sup>. Es un colectivo extremadamente vulnerable en cuanto a la protección de sus Derechos Fundamentales, ya que aparte de ser niños que se encuentran solos, son además extranjeros, y a ello se le suma la complejidad en el marco normativo español, pues dada su condición de menor e inmigrante las actuaciones de las entidades responsables han venido marcadas por el desconocimiento y la ambigüedad legal.

En la misma línea Begoña Fernández González<sup>10</sup> indica que esta objetividad y la no determinación del concepto de desamparo es aún más evidente en los menores inmigrantes, sienten totalmente provocado y voluntario, hasta en algunos casos empujados por los propios progenitores a colocarse en esa situación.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) los define como, niños y adolescentes menores de 18 años que migran fuera de su país de origen, solo o acompañados (porque algunos de ellos no viajan solos, sin embargo, al llegar al país de destino, son abandonados), que están separados de las personas que por

---

<sup>9</sup> MONTERO M: *Dieciocho años y un día*, España, 2020, disponible en: <https://www.rtve.es/television/20190129/18-anos-1-dia/1875781.shtml>.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B, *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Thomson, colección monografías Aranzadi, Navarra, 2007, página 31.

ley o por costumbre los tienen a cargo y que acceden al territorio solicitando asilo, o de forma irregular.

En España al principio únicamente se consideraba como MENAS, a aquellos menores solos o sin padres o tutores legales, pero la práctica ha provocado que se amplíe la definición e incluya a los extranjeros menores que se encuentran en territorio español en situación de desamparo.

Atendiendo a la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la Situación de los Menores No Acompañados en la UE (2012/2263), <sup>11</sup>establece que *“un menor no acompañado, es, ante todo, un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño.”*

Previas las investigaciones oportunas, en caso de tener conocimiento del país de origen del menor y del domicilio familiar, únicamente hay que plantearse el expediente de repatriación del menor a su lugar de origen o residencia de su familia, con las suficientes garantías, en cuyo caso procedería ejecutar la repatriación, y, en consecuencia, cesaría la obligación de protección que la legislación atribuye a los poderes públicos de nuestro país, en cuanto a ofrecer tutela, guarda y custodia al MENA. En caso contrario, a raíz del desconocimiento de su familia de origen y de su país de origen, la residencia habitual viene determinada por la presencia en el nuevo lugar. Una vez identificado como menor de edad, solo puede (y debe ser) retornado/repatriado a su país, si tras una investigación y valoración, teniendo en cuenta su mejor interés, se concluye que el niño tiene una familia con capacidad e interés para cuidarlo o el país tiene servicios sociales que garanticen el disfrute de sus derechos.

---

<sup>11</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI)): “subraya que los menores no acompañados, especialmente las niñas, son dos veces más susceptibles a los problemas y dificultades que el resto de los menores; señala que son especialmente vulnerables en la medida en que tienen las mismas necesidades que el resto de los menores y otros refugiados, con los que comparten experiencias similares”.

En España existe un Registro de Menores Extranjeros No Acompañados<sup>12</sup>, los datos se hacen públicos una vez al año, y según la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en el año 2018 fueron localizados 7.026 MENAS, que llegaron al país por vía marítima a través de patera y otras embarcaciones, por lo que esta cantidad no muestra la realidad, ya que no contabiliza a los menores que entraron a España por Ceuta y Melilla venciendo la frontera. Con fecha de 31 de diciembre de 2018 constataban como inscritos un total de 13.796 menores inmigrantes bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección, estando la mayoría en la CCAA de Andalucía con un total de 6.294 menores, con respecto a los 175 de la CCAA canaria.

Otro problema que se ha generado por la llegada masiva de inmigrantes es cuando alegan ser menores de edad y resulta difícil determinarlo por la falta de técnicas actuales que permitan determinar de manera precisa la edad de una persona. Para ello, se les realizan las pruebas de determinación de la edad que consisten en una radiografía de la boca, otra de la muñeca y una exploración física, aunque CCAA como Andalucía se limitan a la prueba radiológica de la muñeca<sup>13</sup>, y aquí se presenta el verdadero peligro pues esas pruebas tienen un margen de error importante, de más o menos dos años, y siempre se deberán valorar en favor del niño, pero en la práctica es algo que no siempre ocurre. En teoría estas pruebas solo deben realizarse cuando la edad del menor no concuerda con su apariencia física y siempre que la Fiscalía que es el órgano competente para establecer si el niño es mayor o menor de edad considere que esté indocumentado. Con respecto a esto último, el Comité de Derechos del Niño de la ONU ha sido duro con España, denunciando la utilización de métodos invasivos para determinar la edad, incluso en casos que los niños presentaban documentos que demostraban su minoría de edad.

Las siguientes sentencias ejemplifican lo que acabamos de ver, por un lado la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013 (Núm. 4353/2012) determina que el método de Greulich y Pyle, por el cual se realiza una radiología del carpo de la muñeca izquierda para medir la edad cronológica a través de la edad ósea, no es un método fiable, ya que no da resultados exactos debido a que presenta desviaciones. Se justifica apoyándose en sentencias como la Núm. 55/2010 de la Sala de

---

<sup>12</sup> Disponible en: <https://url2.cl/s43We> (fecha de última consulta: 28 de abril de 2020).

<sup>13</sup> MONTERO M: *Dieciocho años y un día*, España, 2020.

lo Contencioso, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de enero de 2010, que establece que el método de Greulich y Pyle se basa en la comparación con los resultados estándares de maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad, que tiene como base las mediciones realizadas en niños de raza blanca de Estados Unidos y Europa. El problema es que no tiene en cuenta las características éticas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales que tienen una importante influencia sobre el desarrollo y madurez física y psíquica de los menores y que son sustancialmente diferentes a las de los menores africanos. Y por otro lado, la STS del Tribunal Supremo del 23 de septiembre de 2014 (nº 453/2014, recurso nº 1382/2013), en el punto cuarto del fallo establece como doctrina jurisprudencial una presunción en favor del menor al determinar que *“En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas o indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente”, por lo que “cualquier presunción sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física deberá resolverse a favor del menor”*.

Otro contratiempo es cuando se determina la mayoría de edad, a una persona que en su pasaporte consta que es menor de edad. Como consecuencia de ello termina en la calle con un decreto del Ministerio Fiscal que determina que es mayor de edad y a su vez con su pasaporte que establece que es menor de edad, para más inri dicho pasaporte es el documento que el resto de administraciones de España toman como válido, por lo que entre otras cosas, no podrá solicitar permiso de trabajo y tampoco permiso de residencia ya que sólo tiene el derecho a solicitarlo si tiene la condición de tutelado. Para mayor incongruencia aún, al portar el pasaporte que indica que es menor de edad, no podrá ser expulsado de nuestro país, así que se le condena a permanecer en España hasta que cumpla la mayoría de edad en su pasaporte (ese mismo que el Fiscal determinó que no es válido).

### **3.1.La regulación del menor no acompañado en la LO 4/2000 y en su Reglamento de aplicación.**

El procedimiento a seguir según el art. 35.3 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LO 4/2000), es que en el momento en el que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no puede ser



establecida con seguridad, se le prestará por las autoridades competentes de protección de menores la atención necesaria, además poniendo en conocimiento de inmediato al Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, junto a la colaboración de las instituciones sanitarias que de manera prioritaria y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

Del mismo modo, se deberá comunicar al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio, la localización de un menor o de un supuesto menor. Asimismo, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados<sup>14</sup> destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o posible menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

Por otro lado, la Administración del Estado solicitará<sup>15</sup> a la representación diplomática del país de origen un informe sobre las circunstancias familiares del menor, antes de tomarse una decisión sobre si iniciar el procedimiento de repatriación o no. En el caso de iniciarse dicho procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá sobre su repatriación a su país de origen, o al país donde se encuentren sus familiares, o bien su permanencia en España.

Para aquellos casos que resulte imposible la repatriación del menor se otorgará al menor una autorización de residencia<sup>16</sup>, cuyos efectos son retroactivos al momento en el que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores. De esta

---

<sup>14</sup> Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

<sup>15</sup> Disponible en: <https://url2.cl/B7Ka1> (fecha de última consulta 29 de abril de 2020).

<sup>16</sup> BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 241.

manera, se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial por cualquier otra entidad.

La Administración General del Estado y las CCAA podrán realizar convenios con entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los MENA. El número de menores cuya tutela asume la entidad, el lugar de residencia y los medios materiales destinados a la atención de los mismos se especificarán en cada convenio. LA CCAA bajo cuya custodia se encuentre el niño, es la legitimada para promover la constitución de la tutela, para ello, debe dirigirse al juzgado competente, que será el del lugar en el que va a residir el menor, aportando el convenio junto a la conformidad de la entidad que va a asumir la tutela, siendo el régimen de la misma el establecido en el CC y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

#### **4. El procedimiento de la resolución administrativa de desamparo.**

La Ley 26/2015 introduce como novedad, la desjudicialización de la declaración de desamparo pasando a realizarse a través de un procedimiento administrativo<sup>17</sup>, para aportar celeridad al procedimiento, que explicaremos a continuación:

El Estado atribuye la competencia en materia de protección de menores a las CCAA, por ello, el inicio del proceso de la declaración de desamparo le corresponde a la Administración Autónoma del territorio en que nos encontremos. En el en caso de que la Entidad Pública haya detectado una situación de desamparo una vez realizadas las comprobaciones oportunas, la misma deberá incoar y tramitar el correspondiente procedimiento administrativo. Al tener las CCAA la competencia sobre la protección de

---

<sup>17</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, artículo 18.1. “cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.”

menores<sup>18</sup>, la declaración de desamparo ha de realizarse conforme a las disposiciones del territorio autonómico del que se trate, las cuales se someten a la previsión general contenida en la LOPJM (concretamente, artículos 12 a 22).

De manera especial, vamos a centrarnos en el proceso de declaración de desamparo de la CCAA de Canarias, debido a que es el territorio en el que nos encontramos. La Ley 1/1997, de Atención Integral a los Menores, en su artículo 17 establece lo anteriormente expuesto, y es que las Administraciones Públicas Canarias<sup>19</sup> son las responsables de realizar las actividades correspondientes para detectar las situaciones de riesgo o de desamparo. En la misma línea el artículo 41, nos da la interpretación que hace el legislador sobre que es encontrarse en situación de riesgo: *“Se considera que el menor se encuentra en situación de riesgo cuando, a causa de sus circunstancias personales, familiares o por influencias de su entorno, se está*

---

<sup>18</sup> ARCE FERNÁNDEZ I, ARCE FLÓREZ VALDÉS J: *El desamparo de menores: normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011, página 60.

<sup>19</sup> Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, artículo 17: “1. Las Administraciones Públicas canarias, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, deberán desarrollar las actuaciones necesarias para la detección de situaciones de riesgo y desamparo de los menores. 2.Las mismas deberán mantener un contacto directo con los entornos sociofamiliares, realizar los estudios, recogida de datos e investigaciones que se determinen en los respectivos planes y programas de atención, así como ejecutar o promover las actuaciones precisas para concienciar a la población de la necesidad de comunicar y denunciar la existencia de factores de riesgo o de situaciones de desamparo que afecten a los menores. 3.Las autoridades, funcionarios y personas que, por sus responsabilidades públicas o profesionales, tengan conocimiento de situaciones de riesgo o desamparo de los menores tienen la obligación de comunicar su existencia a las Administraciones Públicas canarias, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precisen y del deber de denunciar los hechos al Ministerio Fiscal y a los órganos judiciales competentes.”

*perjudicando su desarrollo personal o social, sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar la declaración de desamparo y la separación del menor de su familia.”*

En consonancia con lo expuesto, como el legislador canario no especifica que situaciones podrían ser indicadores de riesgo, acudimos a la legislación estatal concretamente a la Ley 26/2015, en su artículo 17.1 que prevé como indicadores de riesgo los siguientes: *“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”*, entre otros. Incluso en ese mismo artículo podemos ver una serie de casos que podrían ser susceptibles de declaración de riesgo o de desamparo según fuese necesario: *“A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección”* (artículo 17.9) y en el caso de *“la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor”* (artículo 17.10 de la misma ley).

Y retomando la legislación canaria, para el procedimiento de declaración, establece el artículo 44, es el órgano municipal competente el responsable de comprobar la situación del menor, iniciando para ello un expediente y comunicándoselo a su vez al órgano competente de la Administración autonómica. Del mismo modo, el artículo 48 establece que el procedimiento para la declaración de desamparo se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente de la Administración autonómica, en los siguientes casos:

*“a) Por propia iniciativa, cuando tenga conocimiento de cualquier menor que se encuentre en situación de desamparo, b) A solicitud del menor que ponga de manifiesto su situación, c) A instancia del Ministerio Fiscal d) Por denuncia de cualquier persona que ponga en conocimiento el posible desamparo de un menor, garantizándose al denunciante la absoluta reserva y confidencialidad.”* En aquellos supuestos que se considere que existe un grave riesgo para el menor, el órgano competente declarará la situación provisional de desamparo y asumirá su tutela. Este órgano competente al que nos venimos refiriendo es la Dirección General de Protección a la Infancia y a la Familia<sup>20</sup>, así lo establece el art. 3 y 6 del Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (en adelante Decreto 54/1998).

Para la notificación y comunicación de la resolución, el artículo 49 de la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores establece que deberá ser en un plazo de 48 horas, a los padres, tutores o guardadores de forma presencial, o a través de cualquiera de los medios admitidos en Derecho. También deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal en ese mismo plazo.

Es importante destacar, el artículo 51 de la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores, que define la Comisión de Atención al Menor, *“como un órgano colegiado integrado por profesionales responsables de las distintas áreas relacionadas con la atención y formación de los menores, cuya composición y funcionamiento deberán ser objeto de desarrollo reglamentario. Cuyas competencias son las siguientes: a) Emitir los informes, con propuestas concretas, solicitados por el órgano competente, relativos*

---

<sup>20</sup> Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, artículo 3; *“La Dirección General de Protección del Menor y la Familia adoptará las resoluciones necesarias para la declaración, constitución y cese de las medidas de amparo previstas en la Ley de Atención Integral a los Menores, sin perjuicio de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal y a los órganos jurisdiccionales competentes en materia de menores. Su actuación buscará siempre el interés del menor, y, por tanto, se dirigirá a cumplir el derecho del menor a ser atendido en el ámbito de su propia familia y, en su caso, a obtener la reinserción en su núcleo familiar, salvo que no resultase conveniente para sus intereses primordiales.”*

*a las medidas de amparo que se consideren más idóneas en interés de un menor, b) Informar las medidas de amparo adoptadas en supuestos de urgencia, proponiendo su confirmación, modificación o revocación, c) Informar las propuestas relativas a la idoneidad de los solicitantes de acogimiento o adopción, d) Recabar informes de los organismos, órganos y profesionales que desempeñen tareas de atención a los menores.”*

Y para finalizar, acudimos de nuevo al Decreto 54/1998, que en su artículo 6 y en su artículo 11 regula dos vías distintas para la declaración de desamparo. Por un lado, el artículo 6 establece el método común <sup>21</sup>en que la Dirección General de Protección del Menor y la Familia inicia de oficio el procedimiento para comprobar la situación detectada o denunciada, acordando las medidas necesarias, incluso apartarlo del núcleo familiar si fuese necesario. Y por el otro lado, el artículo 11 regula la vía urgente<sup>22</sup>, que ocurre cuando la integridad física y psíquica del menor están en riesgo, de esta manera la Dirección General de Protección del Menor y la Familia, declarará de manera

---

<sup>21</sup> Artículo 6 del Decreto 54/1998; “Cuando la Dirección General de Protección del Menor y la Familia tenga conocimiento, por cualquiera de los medios previstos en la Ley de Atención Integral a los Menores, de que algún menor se encuentre en situación de desamparo, iniciará de oficio el oportuno procedimiento tendente a la verificación de la situación detectada o denunciada y a la adopción de las medidas necesarias para asegurar la asistencia moral y material del menor, así como para apartarlo de la situación de desprotección en que pudiera encontrarse.”

<sup>22</sup> Artículo 11 del Decreto 54/1998; “Artículo 11. 1. De forma excepcional, en aquellos casos en los que se aprecie que los atentados contra la integridad física o psíquica de un menor no permiten la instrucción del procedimiento de declaración de desamparo, la Dirección General de Protección del Menor y la Familia procederá, mediante resolución motivada, a declarar, de un modo provisional, la situación de desamparo del menor y la asunción de su tutela, adoptando cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar su asistencia material y moral y para apartarlo de la situación de desprotección en que pudiera encontrarse.”

provisional y mediante resolución motivada el desamparo del menor, con la consiguiente asunción automática de su tutela.

#### **4.1.Efectos inmediatos de la declaración de desamparo.**

La resolución administrativa que declara la situación de desamparo de un menor, produce efectos de naturaleza pública (la asunción automática de la tutela por parte de la Administración) <sup>23</sup>y también de naturaleza privada o civil, como es la suspensión de la patria potestad o de la tutela civil u ordinaria.

A partir de este momento, la Administración está legitimada para adoptar las medidas de protección que sean necesarias para el desarrollo integral de un menor en situación de desamparo, así como para garantizarle sus derechos.

Ciertos territorios autonómicos han previsto como medida cautelar, que la Administración pueda realizar la declaración provisional de desamparo, antes de iniciar el procedimiento, como vimos anteriormente la CCAA de Canarias prevé esta situación en el artículo 11 del Decreto 54/1998 para aquellos supuestos en los que se detecte un inminente peligro para la integridad del menor, la Administración pueda adoptar las medidas de auxilio que precise.

La Administración al asumir la tutela del menor, es responsable de su guarda pero no la ejerce por sí misma<sup>24</sup>, si no que delega responsabilidades a la familia de acogida o al Director del centro residencial, aunque la Administración mantiene su responsabilidad de colaborar y controlar con las personas e instituciones que ejercen en su nombre. Por todo ello, mientras una resolución de desamparo se encuentre vigente y no esté contradicha judicialmente, o estando en curso el correspondiente proceso de oposición, los Jueces y Tribunales no pueden adoptar medidas sobre la guarda y custodia de los menores que estén bajo la tutela de la Administración. E incluso en caso de haber tomado

---

<sup>23</sup> BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 289.

<sup>24</sup> BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 290.

alguna decisión sobre ella, es inoponible frente a la Administración y a los acogedores en su caso, por lo que, las medidas judiciales relativas a la patria potestad, guarda, custodia o régimen de visitas, quedan sin efectos mientras se mantenga vigente la tutela administrativa.

Al tratarse de una resolución administrativa en un principio podría pensarse que la competencia le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero la realidad es que eso no es así. El conocimiento de esta materia queda bajo la tutela de la jurisdicción civil, a razón de los efectos civiles que derivan de la resolución de desamparo, tales como la suspensión de la patria potestad o la tutela civil u ordinaria, es la explicación del porque se atribuye al orden jurisdiccional civil la competencia para conocer los recursos que se interponen a las resoluciones administrativas de desamparo del menor.<sup>25</sup>

En definitiva, la resolución de desamparo del menor produce que la Administración asuma de manera automática la tutela del mismo, por lo que los progenitores son retirados de la guarda del menor, así como suspendidos de la patria potestad, siendo la Administración a través de varias medidas quien ejerce la guardia y custodia del niño. Pese a ello, los padres siguen teniendo la obligación de alimentar a sus hijos menores de edad, y en ciertos casos siempre que no resulte perjudicial para el menor se podrá establecer un régimen de relaciones personales entre el niño y sus familiares. Cabe decir, que la familia biológica tiene la posibilidad de iniciar los trámites de oposición a esa declaración de desamparo, para recuperar los derechos sobre el menor que ahora pertenecen a la Administración.

## **5. Oposición a la resolución administrativa de desamparo.**

Como nombramos anteriormente en el supuesto de que existiera algún interesado en impugnar la resolución de la declaración de desamparo deberá acudir al órgano

---

<sup>25</sup> EGEA FERNÁNDEZ J: “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública”, *Derecho Privado y Constitución*, número 5, 1995, página 260.



jurisdiccional civil debido a que es el competente para conocer de las impugnaciones de las decisiones administrativas en materia de protección de menores.

El legislador prevé que los padres al oponerse a la resolución, pretenden impedir los efectos de suspensión de la patria potestad o la tutela, que son los actos que afectan al contenido del Derecho privado, derechos que el propio CC les atribuye. Esto podría ser una explicación más de porque se ha optado a atribuir al orden jurisdiccional civil en materia de protección de menores la función revisora en vía judicial de la previa actuación de la Administración.

Como afirma DE PALMA DEL TESO<sup>26</sup>, el motivo final que explica que finalmente se haya atribuido su control a los Tribunales del orden civil, es la incidencia de estos actos administrativos en el Derecho privado.

Sin embargo, como la actividad de las Entidades Públicas en la protección de los menores es muy variada, debido a que puede ir desde la detección de situaciones de desprotección o la prevención y la intervención en el entorno familiar del niño, debemos distinguir entre resoluciones administrativas con efectos indirectamente protectores y resoluciones administrativas directamente protectores. Las primeras de ellas consisten en la colaboración de la Administración con la familia del menor, mientras que en el otro supuesto se basan en controlar el entorno socio-familiar para que las obligaciones familiares sean satisfechas, afectando a las relaciones de Derecho privado, y es por ello que las resoluciones administrativas de este ámbito quedan bajo la competencia de los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil.

Se entiende que los procedimientos de oposición a las resoluciones en materia de protección de menores no podrán dilatarse en el tiempo, es más tendrán carácter preferente, para así poder asegurar un procedimiento sencillo y ágil para el menor de edad.

---

<sup>26</sup> BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 305.

Para ese fin, encontramos el procedimiento verbal <sup>27</sup>regulado en el precepto 753 de la LEC, los cuales exigen una tramitación diferente a la propia de los procedimientos ordinarios.

Como hemos podido ver, es la Administración Pública la responsable de garantizar los derechos del niño, así lo regula el artículo 17.2 de la Ley 26/2015, añadiendo además que su actuación debe ir dirigida a disminuir los indicadores de riesgo que afecten a la situación personal, familiar y social en la que se encuentran los menores de edad, así como promover medidas para su protección en el ámbito familiar. De modo que, la declaración de riesgo de un menor no sólo es compatible con su permanencia en el entorno familiar, sino que las Entidades Públicas deberán velar para que así sea.

### **5.1.El procedimiento de oposición a la resolución de desamparo.**

El CC guarda silencio sobre el procedimiento que debe encauzar las impugnaciones a las resoluciones de desamparo, por ello recurrimos de nuevo a la LEC y en ella encontramos regulado el procedimiento de oposición judicial a las resoluciones en materia de protección de menores, concretamente en los artículos 779 y 780. Son procesos en los que se juzga situaciones jurídicas a las que subyace un interés general que trasciende la voluntad de las personas directamente afectadas. <sup>28</sup>

Para adentrarnos en que consiste dicho procedimiento, debemos comenzar delimitando su objeto, como el artículo 780 de la LEC no especifica que resoluciones

---

<sup>27</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E, “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, número 2, 2008, página 7; “Teniendo en cuenta que el objeto de este procedimiento, cuestiones relativas a la protección de menores exigen celeridad en su resolución, ha previsto el legislador en el art. 780 LEC un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una justicia tardía. En consecuencia, se remite este precepto al procedimiento verbal regulado en el art. 753 LEC.”

<sup>28</sup> GONZÁLEZ MORENO, B, *El sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo*, Editorial REUS, Madrid, 2018, página 52.

administrativas pueden ser impugnadas por medio de este procedimiento, por regla general se entiende que podrá tramitarse bajo este proceso cualquier resolución administrativa que afecte a la protección de los menores, incluyendo por supuesto la oposición a una declaración de desamparo de un menor de edad.

Para los plazos de impugnación de la misma acudimos al artículo 172 del CC, que establece que los progenitores que ostenten la patria potestad están legitimados para solicitar a la Entidad pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor durante dos años, si por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela, también les concede igualmente, durante el mismo plazo la posibilidad de oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Debemos destacar que para este tipo de procedimientos de protección de menores la competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primera Instancias o de Familia en aquellos lugares en que existan estos órganos jurisdiccionales especializados, no siendo asumidos por los Juzgados de Menores que se limitan a las cuestiones procedentes de menores infractores. Y con respecto a la competencia territorial, se determinará en función del lugar en que radique la sede de la Entidad pública que tenga asignada la competencia de protección de menores.

El artículo 780.1 de la LEC otorga la legitimación activa a los menores afectados por la resolución, a los progenitores, tutores, acogedores y guardadores, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, al Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación, quienes, aunque no hayan instado el procedimiento, podrán personarse en cualquier momento en el mismo, sin que se retrotraigan las actuaciones. Y en cuanto a la legitimación pasiva es ostentada por la Entidad pública que sea competente en materia de protección de menores, la misma entidad que haya dictado la resolución que se pretende impugnar.

Es importante, destacar que todas aquellas personas que tengan una relación de patria potestad o de tutela respecto al menor en situación de desamparo han de ser

llamadas al proceso,<sup>29</sup> con especial mención a los progenitores, debido a que puede darse el caso que uno de ellos promueve la impugnación de la declaración, y al otro se le debe dar la oportunidad de que intervenga en el mismo como coadyuvante o como demandado. Existe la posibilidad de que uno de los padres, quede fuera del procedimiento, en el supuesto de que no hayan pedido conjuntamente la asistencia jurídica gratuita, ya que la regla general es que estas personas suelen carecer de recursos económicos y no pueden hacer frente a los costes honorarios de abogados y procuradores, por lo que únicamente sólo el peticionario de la solicitud de Abogado de Oficio es el que ostentaría la representación procesal. Aunque siempre podrá solicitar al Juzgado que haya incoado el asunto, mediante comparecencia “apud acta” ante el Letrado de la Administración de Justicia que se le otorgue el mismo procurador que representa al otro progenitor para que ambos puedan ser oídos en la vista oral. Y ya como última opción, para asegurar de que los padres ostenten el derecho a ser oídos, si dicho progenitor no consiguió la asignación de un procurador mediante la Justicia Gratuita el otro debe proponerlo como testigo en el acto del juicio oral.

Para la postulación procesal acudimos al artículo 750.1 de la LEC, que establece que la parte demandante (padres, tutores de los menores) debe contar con la asistencia de abogado y procurador para garantizarle las garantías procesales propias del proceso, pudiendo solicitar la asistencia jurídica gratuita, como bien mencionamos antes. En el lado contrario, es decir el demandado (Administración Pública) su actuación en el proceso será a través del Abogado del Estado o de los Letrados de la Comunidad Autónoma, sin precisar la asistencia de procurador.

Para iniciar el procedimiento, la parte actora ha de presentar un escrito que contenga la concreta pretensión (impugnación de la resolución administrativa) debiendo también identificar la resolución y la Entidad pública que la ha dictado, junto a los datos personales del solicitante y su domicilio a efectos de notificaciones. A continuación, el órgano debe admitir el escrito mediante auto, con ello a su vez provoca que la Administración competente aporte un testimonio del expediente administrativo a los autos, en un período de veinte días. Y una vez recibido dicho testimonio, el órgano

---

<sup>29</sup> BOCCIO SERRANO, M<sup>ª</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 331.

jurisdiccional citará a la parte actora, para que presente la correspondiente demanda, en el plazo de veinte días, exigiéndose para ello la actuación de Abogado y Procurador. En el supuesto de que no se llegue a presentar en dicho período de tiempo, el órgano jurisdiccional procederá a dictar un Auto de sobreseimiento, provocando el archivo de las actuaciones, ello no impide que el interesado vuelva a iniciar el procedimiento en otra ocasión.

Lo habitual, es que la demanda haya sido presentada en tiempo, por lo que prosigue es que se traslade la misma al Ministerio Fiscal y de aquellas personas cuya presencia sea necesaria y no hayan sido llamados al proceso. El Ministerio Fiscal y el demandado tendrán veinte días para comparecer y contestar a la demanda por escrito, en la forma prevista con carácter general para el procedimiento ordinario (artículo 405 de la LEC).<sup>30</sup>

La vista oral se inicia con la ratificación del contenido de la demanda por parte del demandante, luego lo hará también el demandado, pudiendo alegar además la falta de algún presupuesto procesal, y en último lugar el Ministerio Fiscal podrá intervenir. En cuanto a la prueba, debe realizarse en la vista, pero cuando no fuese factible se podrá realizar cuando lo decrete el órgano competente siempre y cuando no exceda de treinta días. Algunos autores consideran que los menores deben comparecer en el juicio oral, para así poder ser oídos y cumpliendo de este modo el contenido del artículo 9 de la LOPJM, lo cierto es que en la práctica lo que ocurre habitualmente es que no comparecen para evitarles situaciones violentas o angustiosas como puede ser un juicio oral. Pero como su testimonio es esencial y el fin último es el interés supremo del menor, el juez en privado y en presencia de algún técnico del Equipo Psicosocial y el Ministerio Fiscal, y

---

<sup>30</sup> Artículo 405.1 de la LEC; “En la contestación a la demanda, que se redactará en la forma prevenida para ésta en el artículo 399, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente. Si considerare inadmisibile la acumulación de acciones, lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidad. También podrá manifestar en la contestación su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del actor, así como a parte de la única pretensión aducida.”

sin la presencia del demandante oír al menor que tenga suficiente juicio. Y para los niños más pequeños se realizará a través de un examen por parte del equipo de psicólogos, pedagogos y demás profesionales para recabar de una manera más profunda la situación del menor.<sup>31</sup>

La última fase, consiste en que una vez practicadas las pruebas, el Tribunal debe dictar sentencia denegando o estimando la impugnación a la resolución administrativa de desamparo, en un plazo de diez días.

## **5.2. Posibles recursos ante la resolución administrativa de desamparo.**

A partir de este momento vamos a tratar el marco jurídico de los posibles recursos que podrían presentar los interesados en materia de impugnación de resoluciones de desamparo. Es preciso señalar, que la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal (en adelante Ley 37/2011)<sup>32</sup>, ha aportado celeridad al procedimiento de los recursos de apelación, casación e infracción procesal.

En primer lugar, pasamos a ver el recurso de apelación (artículo 455 LEC), que a través del mismo se podrá impugnar las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y otros que la ley establezca, siempre y cuando se interponga en el plazo de veinte días y ante el Tribunal que haya dictado la resolución. Se pretende que se revoque un Auto o Sentencia, y que se dicte otro que sea favorable para el apelante, para ello se hará un examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y se practicará prueba ante el tribunal de apelación.

---

<sup>31</sup> Artículo 9.2 de la LOPJM: “cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.”

<sup>32</sup> Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, supone una nueva modificación de la LEC 1/2000, la novedad más importante es la agilización procesal, dejando sin efecto el artículo 457 de la LEC y pasando directamente a la interposición del recurso.

Dicha apelación puede terminar con la ratificación del desamparo acordado por la Administración, o con la desestimación de la misma, y su eficacia comienza desde el momento en que se notifican, por lo que son ejecutables a partir de ese preciso momento, dejando sin efecto la declaración de desamparo y devolviendo el ejercicio de la patria potestad a los padres. En el supuesto de que la Administración Pública no lo ejecute, los progenitores deberán iniciar un procedimiento de ejecución provisional.

Continuamos ahora con el recurso de casación, que según el artículo 477.1 de la LEC, sólo podrá interponerse con las resoluciones de segunda instancia que han infringido las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por lo que especialmente en protección de menores son objeto de ser recurridas en casación en dos casos: a) cuando dicten la tutela judicial civil de derechos fundamentales (quedando fuera los que recoge el art. 24 de la CE) y cuando la resolución objeto del recurso sea de interés casacional.<sup>33</sup>

La Sala del Primera de lo Civil del Tribunal Supremo o las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia <sup>34</sup> es la competente para conocer el recurso de casación y deberá dictar sentencia sobre el mismo, en el plazo de veinte días desde la finalización de la vista o al señalado para la votación y fallo (artículo 487. 1 LEC), confirmando o negando la sentencia recurrida

---

<sup>33</sup>BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 347. Se considera que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del TS o resuelva puntos sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las AAPP o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso no existiese doctrina jurisprudencial del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

<sup>34</sup> BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 349. Corresponde a las Salas de lo Civil de los TSJ conocer de los recursos de casación que se funden exclusivamente o con otros motivos en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la CCAA y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esa atribución.

Y por último, debemos hacer mención al recurso extraordinario por infracción procesal (regulado desde el artículo 468 al 476 de la LEC), se podrá interponer para las Sentencias y Autos dictados por la AAPP que pongan fin a la segunda instancia, cuando concurra uno de los siguientes motivos del art. 469 LEC: *“1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional; 2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; 3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; 4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.”*

La competencia de dicho recurso le corresponde a las Salas de lo Civil y deberán dictar Sentencia en el plazo de veinte días desde la finalización de la vista o al señalado para la votación y fallo, y contra esta sentencia no se podrá interponer ningún otro recurso, exceptuando el recurso en interés de la ley ante la Sala de lo Civil del TS.

## **6. El cambio de circunstancias de los opositores.**

Entre la búsqueda del interés superior del menor y del cumplimiento del principio del derecho del menor a la familia natural, los poderes públicos deben adoptar las medidas que sean más beneficiosas para el menor, aunque ambos principios en la práctica puedan entrar en contradicción puesto que a veces el interés del menor y la reinserción en la familia son presupuestos que no siempre van de la mano.<sup>35</sup>El legislador en estos casos establece que tendrá carácter preferente la reinserción cuando no sea contrario al interés del niño. Y en la misma jurisprudencia podemos ver reflejada esta idea como en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 31 de marzo de 2011, rec. núm 164/2009 que declara que *“las resoluciones sobre protección de menores deben estar informadas por el interés superior del menor y es a la Administración a quien compete su apreciación, siendo los tribunales de la jurisdicción ordinaria los que deben controlar la legalidad o discrecionalidad. Por lo que debe partirse del principio general aplicable en la materia*

---

<sup>35</sup>STS (Sala de lo Civil) de 31 de julio de 2009 (rec. núm 5817/2009). Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.



*y proclamable en la L.O. de 15 de julio 2015, de Protección a la Infancia, conforme al cual el interés superior de los menores primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Si bien cualquier medida de protección del menor debe realizarse sin extraerlo del entorno familiar, al ser un derecho del menor permanecer en su familia de origen, esta no es una norma absoluta ni un derecho incondicional porque es preponderante el interés del menor a desarrollarse en un entorno seguro y estable, de modo que cuando su ámbito familiar no se lo proporcione debe considerarse desamparado y buscar su protección en otros medios.”*

Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), examina si la intervención de los poderes ha sido ajustada y adecuada a la situación en concreto, de manera que no sustituye a las autoridades internas si no que inspecciona sus actuaciones desde el marco del Convenio de Roma. Lo que se pretende es esclarecer que se cumpla el respeto efectivo de la familia natural por parte de las entidades públicas, y que a los progenitores se les debe tener en cuenta siempre ya que la tutela automática del menor de edad por parte de la Administración Pública no significa que cesen las relaciones del mismo con la familia natural.<sup>36</sup>

A la rapidez de la Entidad pública para constituir un acogimiento familiar se le suma el problema del paso del tiempo, estos dos factores inciden de manera perjudicial

---

<sup>36</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera) en el asunto Haddad v. España el 28 de mayo de 2019; Este Tribunal no está convencido de los motivos que la Administración y los tribunales nacionales consideraron suficientes para justificar la ubicación de la menor en régimen pre-adoptivo. (...) Este Tribunal considera que las autoridades administrativas españolas deberían haber tenido en cuenta otras medidas menos radicales que el acogimiento pre-adoptivo de la hija menor del demandante y, en cualquier caso, deberían haber tenido en cuenta las peticiones del padre de la menor desde el momento en que se aclaró su situación penal.

El Tribunal por unanimidad indica que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio; Considera deseable, habida cuenta de las circunstancias particulares del presente asunto y de la urgente necesidad de poner fin a la vulneración del derecho del demandante al respeto de su vida familiar, que las autoridades nacionales revisen, a la mayor brevedad posible, la situación del demandante y de su hija menor a la vista de la presente sentencia, y adopten las medidas adecuadas en interés superior del menor.

en el procedimiento de impugnación de desamparo. En ocasiones para el Juez será difícil determinar que es mejor para un menor de edad que se encuentra arraigado en otro hogar y habiendo entablado relaciones de afectividad con su nueva familia, si estimar la impugnación y volver con su familia biológica por razones de peso en un cambio en sus circunstancias, pero con la consecuencia de un segundo desarraigo para el menor de edad, sin la total certeza de que será mejor para el niño. Por ello, el procedimiento judicial se debe basar en el principio de celeridad,<sup>37</sup> para evitar una repercusión negativa al menor, siendo la decisión que tome el juez irreversible.

Ante esta situación han surgido varias doctrinas, unas que priorizan a la familia de origen, es decir si se produce cualquier cambio positivo en ellas, el juzgador debe utilizarlo como fundamento suficiente para que se produzca el retorno del menor de edad con su familia biológica. Y por el lado contrario, otras creen que el progreso de los progenitores no es suficiente<sup>38</sup> para estimar la impugnación del desamparo del niño. A modo de ejemplo del primer caso hacemos mención a la SAP de Toledo de 21 de noviembre de 2006, (rec. nº 245/2006), en que se valoró de manera positivo el hecho de que la madre tuviera una nueva pareja sentimental como hecho fundamental para desestimar el desamparo y provocar la reintegración del menor con su madre; “la madre biológica, que convive con una nueva pareja y tiene un bebé, se encuentra adaptada y con estabilidad familiar” ... “La pareja tiene una buena relación personal con María del Pilar y manifiesta que quiere a la menor como si fuera hija suya.” Y en el lado opuesto hacemos referencia STS (Sala de lo Civil) de 31 de julio de 2009 (rec. núm 247/2007) que establece lo siguiente: *“para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones*

---

<sup>37</sup> BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 364.

<sup>38</sup>SAP de Asturias (Sección 4<sup>a</sup>) de 10 de marzo de 2016, rec. nº 390/2015; “Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

*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 biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.”* Esta última sentencia del TS puso fin a diferentes interpretaciones que sobre este extremo venían manteniendo las Audiencias Provinciales.<sup>39</sup>

### **6.1.La revocación de la declaración de desamparo y la reintegración del menor a su familia de origen.**

La Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2009 en la que se aprueban las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños establece las ideas a seguir de como preparar a los menores y a la familia biológica para la posible reintegración. Basándose sobre todo en que un equipo de técnicos especializados como psicólogos, pedagogos y trabajadores sociales, evalúen al menor y la situación dentro del hogar, con el fin de decidir si la reintegración en la familia de origen es la mejor opción para el interés del niño.

Una vez acordada la reintegración familiar, la actuación de los poderes públicos no termina aquí, deberán realizar un seguimiento y una colaboración de manera gradual con la familia con el fin de hacer efectiva y de la manera más apropiada dicha reintegración. Asegurando en todo caso de que *“se mantengan las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”*.<sup>40</sup>

En relación a la revocación el actual precepto 172 del CC, establece que los progenitores una vez transcurrido el período de dos años no tendrán legitimación para

---

<sup>39</sup> ALLUEVA AZNAR, L, “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, número 4, 2011, página 19.

<sup>40</sup> STS (Sala de lo Civil) de 10 de marzo de 2016, rec. núm 1649/2014.

oponerse a las resoluciones de protección ni para instar la revocación por causas sobrevenidas, únicamente tendrán el derecho de poner en conocimiento hechos que acrediten una modificación de las resoluciones de protección, planteándose ante la Administración pública o ante el Ministerio Fiscal, pero siempre de manera extrajudicial. En este período de tiempo de dos años, se podrán formalizar acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si las posibilidades de reintegración familiar son prácticamente nulas, así lo establece la Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (en adelante Circular 1/2008).<sup>41</sup>

En la misma línea, la Circular 1/2008 también entiende que la legitimidad para impugnar las resoluciones de declaración del desamparo del menor, sólo la ostentan los progenitores o tutores del mismo, quedando sin legitimación el resto de familiares. Pueden ser ambos quienes inicien la acción de oposición o uno sólo de ellos, pero no podrán en el caso de que hayan sido privados de la patria potestad, o cuando el niño ya hubiese alcanzado la mayoría de edad, haya sido adoptado o se hubiese emancipado. Aunque el artículo 172.3 del CC estipula que “*la Entidad Pública de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés*”, por lo que desde un punto de vista flexible se puede interpretar que una persona interesada como un familiar extenso o el Fiscal también puede iniciar la acción de revocación de desamparo ante el Juez en el período de dos años que regula el artículo 172.2 del CC.

---

<sup>41</sup>Circular 1/2008 “Habrán de partir los Sres. Fiscales de que este plazo de dos años previsto para reclamaciones de los padres biológicos no tiene porqué ser obstáculo para la constitución de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes consta la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente de los hijos. Tal irreversibilidad puede inferirse de múltiples factores, y así, *adexemplum*, puede hacerse referencia a hijos nacidos tras la declaración de desamparo -dictada años atrás y no impugnada- de sus hermanos; cuando la Entidad Pública constata que la incapacidad de los padres es crónica; cuando median causas de enfermedad persistente y grave que imposibilite para el desempeño de la patria potestad, etc.”

Para la revocación de oficio el actual artículo 172 del CC, estipula que la Entidad pública de oficio puede revocar de oficio el desamparo con la consiguiente reintegración del menor en la familia biológica, en cualquier momento, siempre y cuando lo notifique al Ministerio fiscal y cuando “*se entienda que es lo más adecuado a su interés*” (artículo. 172.3 CC). Además, concluirá la tutela que ostente la Administración Pública sobre aquellos menores que alcancen la mayoría de edad, sean adoptados, fallezcan o se emancipen, algo que es evidente, pues en esos casos resultaría incompatible con la tutela. Para más inri, el artículo 172.5 del CC <sup>42</sup> integra otra serie de causas que implicaría el cese de la tutela sobre el menor de edad: “*a) que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país*”, *b) que el menor se encuentra en el territorio de otra Comunidad Autónoma cuya Entidad pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor, c) que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección encontrándose en paradero desconocido.*”

#### **7. Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de desamparo.**

Sabemos que los padres pueden impugnar la declaración de desamparo que afecta a sus hijos cuando el argumento de dicha oposición es que la misma es infundada, por no ser ciertos los hechos que desembocaron en su resolución. ¿Pero qué ocurre con esos casos en que la Justicia desestima la declaración de desamparo? ¿Cómo responde la Administración?

Casos como el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de diciembre de 2002 que dictaminó la inexistencia de desamparo, denegando el acogimiento preadoptivo de los menores y ordenando el retorno de los mismos con su madre biológica. Con el revés de que esa misma sentencia admitió la imposible ejecución del fallo, debido al largo período de tiempo que los niños habían convivido con la familia de acogida, pues el desamparo se había declarado en noviembre de 1996 al ser encontrada a la madre “*en una situación de pérdida de autocontrol debido a una ingesta de alcohol*”,

---

<sup>42</sup> BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, página 381.

en junio de 1997 fueron entregados en acogimiento preadoptivo, y no es hasta diciembre de 2002 que se desestima el desamparo. Como consecuencia de ello el Juzgado de Primera Instancia N°7 de Sevilla inició expediente para la determinación de la indemnización sustitutoria<sup>43</sup> que debía prestar la Junta de Andalucía a la madre biológica de los menores con fundamento en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial <sup>44</sup>(en adelante LOPJ).

En atención a la STS, 1º, de 30 de junio de 2009, FD 5º, se considera daño moral cuando un progenitor es privado de la compañía de su hijo por la acción de un tercero, ya sea a causa del otro progenitor o por la Administración Pública mediante la declaración de un desamparo, por atacar el derecho al respeto de la vida familiar regulado en el

---

<sup>43</sup> ROIG DAVISON, M.A, “Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, número 333, 2006, página 4: “el problema que suscita el presente caso consiste en la determinación de la indemnización a la que tiene derecho la madre biológica por ser de imposible cumplimiento la ejecución de la sentencia que le otorga de nuevo la custodia de sus hijos. El AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005, distingue entre la privación de la compañía de los hijos y la enfermedad de la madre. A su vez, por lo que respecta a la privación de la compañía de los menores, la AP de Sevilla distingue la parte de la indemnización correspondiente a la privación temporal de la compañía de ambos hijos, de la que corresponde a la pérdida indefinida de la custodia del hijo menor, plenamente integrado en la familia de acogida.”

<sup>44</sup> Artículo 18.2 de la LOPJ, “Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.”

artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>45</sup> Debido a la gran cantidad de manifestaciones que existen sobre el daño, destacaremos especialmente la vertiente que identifica el daño moral con la lesión de derechos de la persona, autores como DÍEZ-PICAZO Y GUILLÓN BALLESTERO, lo definen del siguiente modo: “*comprende la lesión o violación de bienes y derechos de la persona. Son daños extrapatrimoniales, y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio*”.<sup>46</sup> En la misma línea, la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 8 de febrero de 2006, determina que daño moral “*es el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico*”.

Con lo expuesto, de manera general podemos decir que el concepto<sup>47</sup> del daño moral se fundamenta en los sentimientos, en el sufrimiento, en la reputación o en la angustia, en fin, afecta a la esfera psicofísica pero también supone el menoscabo de los bienes y derechos de la personalidad. Ahora bien, ¿de qué manera se responde por esos daños? ¿y concretamente en los casos de desamparo que resultaron improcedentes?

No existen unos criterios de valoración unánimes para determinar la reparación pecuniaria por haber causado ese daño irreparable a las familias y de acuerdo con

---

<sup>45</sup> Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

<sup>46</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, vol. II*, Tecnos, Madrid, 2002, página 546.

<sup>47</sup> CASADO ARDÉS, B, “El concepto del daño moral. Estudios doctrinales”, *Revista de Derecho UNED*, número 18, 2016, página 22.

Fernando Gómez Pomar<sup>48</sup>: “*la reparación íntegra del daño moral es sencillamente inviable porque afecta a bienes insustituibles o muy difíciles de sustituir por no ser objeto de tráfico en mercado alguno*”. Es por tanto que, en la práctica, los tribunales harán una valoración discrecional del daño moral con el único límite de la irrazonabilidad ostensible.

En este punto retomamos el caso que vimos al principio de este apartado, el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de diciembre de 2002 que desestimaba el desamparo con el consecuente retorno de los dos hermanos con su madre biológica, con el contratiempo de que era imposible ejecutar el fallo por la cantidad de tiempo transcurrido de los niños en su familia de acogida. Es por ello que, la STC, 2ª, 21.1.2008 desestima el recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía porque estima ajustada a Derecho la condena en procedimiento de ejecución de sentencia civil al pago de 1.703.600 € en concepto de indemnización sustitutoria por la imposibilidad de reintegrar a la madre con sus dos hijos menores, por tanto, queda fuera de discusión la privación ilegítima de la niña durante 7 años y medio y del niño durante 9 años y medio, respectivamente.

Como podemos comprobar en los supuestos de desamparo improcedente, la Administración Pública que emitió esa resolución debe responder frente a aquellas personas que fueron indebidamente privados de la compañía de sus hijos, con fundamento en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante Ley 40/2015). Lo relevante en estos supuestos es que la según la doctrina jurisprudencial dominante la Entidad Pública sería exonerada de responsabilidad por la razonabilidad de la interpretación de la misma, es decir, por el hecho de que el desamparo se trata de un concepto jurídico indeterminado. Supuestos como el de, la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª, 22.11.2005, FD 3º (JUR 2006/123942) que desestima la reclamación de un padre que fue privado durante el tiempo de cinco meses de la compañía de su hijo al poco de nacer contra la Conselleria de Familia, Xuventude, Deporte e Voluntariado, debido a que “*tal resolución*

---

<sup>48</sup> MARÍN GARCÍA, I Y LÓPEZ RODRÍGUEZ D, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, número 2 ,2010, página 7.



*administrativa, declarada efectivamente después improcedente en proceso civil seguido al respecto, pudo tener un apoyo al menos defendible”* a luz de los datos que obraban en el expediente administrativo (agresiones físicas a la madre fallecida, desatención del niño e indicios de alcoholismo y drogodependencia).

En el lado contrario tomamos de ejemplo la Sentencia de 7.11.2007, FD 5º (RJCA 2008/195), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Andalucía, que para solventar el daño causado a dos padres por la Consejería de Asuntos Sociales por atentar la misma contra la vida familiar de esta pareja, al haber estado sus cinco hijos en centros asistenciales durante mes y medio como consecuencia de haber sido declarados en desamparo por esta entidad pública, con fundamento en una serie de circunstancias no acreditadas tales como el absentismo escolar, la desnutrición o la falta de higiene, se condenó a la entidad pública a una indemnización de 24.000 euros de manera conjunta y unitaria.

Las sentencias analizadas dan cuenta de la ausencia de criterios explícitos de valoración del daño moral: los tribunales contencioso-administrativos se esfuerzan en lograr cierta uniformidad de las cuantías, si bien rehúyen del establecimiento de pautas generales, tal vez con la voluntad de sustraerlas del control casacional y disminuir la litigiosidad.<sup>49</sup>

## **8. Ley orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.**

Las entidades de la infancia y organizaciones sociales llevan años sumados en una campaña para promover una ley integral de la infancia, entidades como la Fundación ANAR<sup>50</sup> que mostró la necesidad de crear una nueva ley para la defensa de los derechos

---

<sup>49</sup> MARÍN GARCÍA, I Y LÓPEZ RODRÍGUEZ D, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, número 2 ,2010, página 27.

<sup>50</sup> Disponible en: <https://www.anar.org/informacion-institucional/> : “La Fundación ANAR (ayuda a niños y adolescentes en riesgo) es una organización sin ánimo de lucro, cuyos orígenes se remontan a 1970, y se dedica a la promoción y defensa de los derechos de los niños y adolescentes en situación de riesgo y desamparo, mediante el desarrollo de

de los niños y adolescentes en el año 2008 ante el Estado Español en el Comité de Derechos del Niños a través de la Plataforma de Organización de Infancia (POI),<sup>51</sup> basándose para ello en los resultados que mostró el estudio realizado por dicha fundación denominado “Evolución de la Violencia a la Infancia y Adolescencia en España según las víctimas” entre el período de tiempo de 2009 y 2016, que detectó que la violencia en España durante la infancia y la adolescencia se había multiplicado por 4<sup>52</sup> con respecto a los anteriores estudios.

A ello le sumamos que el Comité de Derechos del Niño tras estudiar la situación de los derechos de los menores en nuestro país en el año 2010, declaró que sería necesario la creación de una ley integral sobre la violencia en los menores de edad, similar a la aprobada contra la violencia de género, y en el año 2018 volvió a reiterar la idea de la aprobación de dicha ley tras examinar de nuevo la situación de los niños en España ese mismo año.

La violencia en la infancia de los niños repercute negativamente en el desarrollo evolutivo de los mismos, pudiendo incidir en el resto de su vida, además España tiene la obligación de protegerlos al haber ratificado en el año 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>53</sup>. Por ello la necesidad de una nueva regulación que pronto verá la luz, ya que el pasado nueve de junio de 2020 el Gobierno en Consejo de Ministros aprobó

---

proyectos tanto en España como en Latinoamérica, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas”. (Fecha de última consulta 8 de junio de 2020).

<sup>51</sup> Disponible en: <http://plataformadeinfancia.org/quienes-somos/mision-y-valores/>: “Desde el trabajo conjunto de entidades sociales protegemos, promovemos y defendemos los derechos de los niños, niñas y adolescentes conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.” (Fecha de última consulta: 9 de junio de 2020).

<sup>52</sup> Disponible en: <https://url2.cl/geVVN>, página 20, (fecha de última consulta: 10 de junio de 2020).

<sup>53</sup> Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> (fecha de última consulta: 9 de junio de 2020).

el proyecto de Ley orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (conocida también como Ley Rhodes) para su remisión al Congreso e iniciarse su tramitación parlamentaria. Se trata de una ley histórica que en palabras de Luis Pedernera (presidente del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas) es “un paso trascendental en la validación de un instrumento jurídico que, sin duda, va a beneficiar la vida de niños y niñas”. Esta nueva ley entre otras cosas se centrará en la prevención de los futuros casos, junto a la iniciativa de crear una nueva figura en los colegios denominada “coordinador de bienestar y protección”<sup>54</sup> (deberá estar presente en todos los centros educativos para menores de edad), además el plazo de prescripción de los delitos graves contra menores de edad contará a partir del momento en que la víctima cumpla treinta años<sup>55</sup>, y no desde los dieciocho años como ocurría hasta ahora.

En relación con el tema de nuestro estudio, probablemente provocará que se puedan aplicar desde temprano medidas preventivas sin llegar a la necesidad de aplicar el desamparo, o en el mismo sentido tendrá un alcance mayor y se podrán conocer situaciones de desprotección que sin esta nueva regulación y todo lo que conlleva, antes se hubiesen quedado en el anonimato sin poder ayudar a esos niños. Es de especial importancia en este sentido, la modificación de la Ley Orgánica 1/1996 completando de este modo la revisión del sistema de protección de la infancia y la adolescencia del 2015 con una descripción detallada de los indicadores de riesgo <sup>56</sup>que se deben tener en cuenta para identificar una situación de riesgo, incluyendo singularidades como la discriminación de los padres hacia los niños con discapacidad o la no aceptación de la orientación sexual o identidad sexual o de género del menor.

---

<sup>54</sup> Artículo 29 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia.

<sup>55</sup> Modificándose para ello el apartado 1 del artículo 132 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>56</sup> Disposición final de la Ley orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

También favorecerá a ese fin, cambios como el de la privación de la patria potestad a los penados por homicidio o asesinato, es decir, se aplicará de manera obligatoria la privación de la patria potestad a los penados por estos delitos cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo y en los casos que el menor sólo fuese hijo de la víctima y otros como la obligación de todos los ciudadanos de denunciar inmediatamente cuando hubiese indicios de que un menor estuviese sufriendo cualquier tipo de violencia, incluso modifica el artículo 416 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exime a los familiares más cercanos y al cónyuge de la obligación de declarar en contra de ellos, estableciendo que no se podrán coger a esta dispensa de la obligación de declarar cuando la víctima sea un menor de edad.

Todas estas novedades implican un importante avance en nuestra sociedad y en nuestro derecho, priorizando la prevención como método para disminuir la violencia en la infancia y en la adolescencia en nuestro país, así que pronto veremos este resultado a la luz, ya que de momento se tratará de perfeccionar esta ley en su tramitación, respondiendo de esta manera España a los compromisos internacionales en referencia a la protección integral de la infancia y la violencia.

## **9. Conclusiones.**

El desamparo y lo que ello engloba es un concepto bastante complejo con unas consecuencias sociales muy delicadas que conllevan a que día de hoy jurídicamente esté caracterizado por ser impreciso.

Existe una regulación para la protección de los menores de edad, concretamente a lo largo de este estudio hemos hablado de los menores en desamparo, es decir en situación de desprotección. ¿Pero es efectiva dicha regulación?

Desde mi punto de vista el sistema se ha visto superado, sobrepasado, hay demasiados menores con respecto a las familias de acogidas disponibles o al cupo de los centros de menores, así como al número de profesionales que trabajan con estos menores, perjudicando de este modo la asistencia que se debe de dar a este colectivo.

A principios de este mismo año se destapaba una trama de explotación sexual de menores en España, todas las víctimas tenían el mismo denominador común, se trataba de adolescentes que habían sido declarados en desamparo, y por lo tanto estaban siendo

tutelados por la Administración Pública y residiendo en centros de acogida, a este fenómeno UNICEF lo ha denominado “*La desprotección de los supuestamente protegidos*”.<sup>57</sup> Todo comenzó en Palma de Mallorca, donde a una menor tutelada le ofrecieron dinero a cambio de relaciones sexuales y terminó siendo víctima de violación<sup>58</sup>. Ante esa situación el Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales (IMAS) declaró que en ese momento había 359 menores tutelados en centros, siendo 278 adolescentes e identificándose a 16 de ellos como víctimas de explotación sexual infantil (15 chicas y un chico)<sup>59</sup>. Pero lo de Mallorca no es un caso aislado, es una situación presente en prácticamente todas las CCAA de España, por realidades como estas es lo que ha incitado a desarrollar la nueva ley integral de protección de la infancia y la adolescencia ante la violencia que comentábamos anteriormente, que establece protocolos de prevención en los centros de menores para poder prevenir y detectar de manera temprana los casos de trata.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Disponible en: <https://url2.cl/QLV5r>, “y esta es la espina dorsal que recorre las vidas de todos estos niños y niñas, la falta de afectos y la necesidad imperiosa de importarle a alguien” (...) “No sabemos si es posible que una administración pública supla toda esta red de afectos. Lo que sí sabemos es que los responsables están preocupados, sabemos que hay profesionales muy competentes que trabajan para mejorar las condiciones de los centros” (fecha de última consulta: 4 de junio de 2020).

<sup>58</sup> Disponible en: <https://url2.cl/2JDmQ>; “El suceso ha destapado un escándalo de niñas que son prostitutas y sufren explotación sexual, a veces arrastradas por otros compañeros, y un asunto mayor: los problemas del sistema de tutela de menores, un servicio público esencial muy desconocido donde se hace un trabajo muy difícil”, (fecha de última consulta: 4 de junio de 2020).

<sup>59</sup> Disponible en: <https://www.imasmallorca.net/es/noticia/1708> (fecha de última consulta: 4 de junio de 2020).

<sup>60</sup> Artículo 51 “Los servicios sociales especializados de protección de menores establecerán planes específicos de prevención y detección de posibles casos de explotación sexual que tengan como víctimas a personas menores de edad sujetas a

El modelo que había hasta ahora no se adaptaba a la realidad, es evidente que algo falla en el sistema cuando a un niño lo retiras de su familia para poder aplicar en él unas medidas de protección que en teoría no las tiene en su hogar familiar y que luego ese menor fallezca en el centro de acogida y todo apunte a que se trate de un suicido, como es el caso que ocurrió hace unas semanas en Navarra<sup>61</sup>. No se trata de culpabilizar al modelo, ni a los profesionales, ni a los centros de menores, sólo de tratar de mejorar el sistema y que esos niños en la práctica si estén realmente protegidos.

Otro problema es el tratamiento hacia el colectivo de los MENAS, si ya de por sí los menores en situación de desamparo son vulnerables, peor es cuando se trata de menores extranjeros, sin ningún apoyo familiar, en un país totalmente desconocido, sin recursos económicos, en muchas ocasiones sin tener papeles y sin entender el idioma, los niveles de desprotección son mucho más altos, prácticamente podemos afirmar que se encuentran en la escala más baja de la exclusión social. Y para mayor obstáculo, es la utilización a día de hoy de métodos para determinar la edad de los menores extranjeros, que como ya hemos comentado a lo largo de este estudio, sólo deberá a hacerse a aquellos menores que no concuerde su edad y su apariencia física, lo cual no ocurre en la práctica, además dichas pruebas tienen un margen de error bastante elevado debiendo tomarse el resultado más favorable para el niño, hecho que tampoco sucede en la realidad. En este sentido, creo que lo ocurre es que a pesar de encontrarnos en el año 2020 aún hay presentes actitudes discriminatorias<sup>62</sup> por el hecho de ser niños que han emigrado, siendo

---

medida protectora y que residan en centros residenciales bajo su responsabilidad, teniendo en cuenta muy especialmente para la elaboración de estos planes la perspectiva de género, así como las medidas necesarias de coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el resto de agentes sociales implicados.”

<sup>61</sup> Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-06-02/investigan-la-muerte-de-un-nino-de-nueve-anos-en-un-piso-de-menores-de-tudela.html> (fecha de última consulta: 4 de junio de 2020).

<sup>62</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI)), recomendaciones generales apartado primero; “en el seno de la UE, las autoridades tratan con frecuencia a los

el perfil de estos, la mayoría adolescentes provenientes de Marruecos y Argelia huyendo de la falta de posibilidades y la pobreza. A ello le sumas, el hecho de que los centros de acogida están desbordados, existen intereses para que esos menores de edad sean identificados como adultos, o aquellos que estén a punto de cumplir la mayoría de edad retrasar sus solicitudes, provocándoles totalmente una indefensión y un abandono por parte del sistema negándoles unas garantías básicas que les corresponde por derecho, tal y como indica Lourdes Reyzábal (presidenta de la Fundación Raíces<sup>63</sup>) en el documental “Dieciocho años y un día”: si no hay tutela no hay tramitación del permiso de residencia, y muchas veces no se tramita su documentación quedando en situación de ilegalidad provocada por la propia administración pública de nuestro país.

El acto de declarar en desamparo a un menor de edad, es una decisión delicada que lleva detrás una valoración del caso en concreto por los expertos profesionales pero como es natural a veces se toma de forma procedente y otras por desgracias no ocurre así, y se declara el desamparo de forma precipitada, o realmente se debería haber identificado como situación de riesgo, provocando que se aparte al menor de sus padres biológicos, cuando no era necesaria una medida tan grave con las consecuencias que ello conlleva, y otras veces se produce un acogimiento familiar de manera precipitada arraigándose el niño en la nueva familia y que sumado al transcurso del tiempo se hacía imposible el retorno del menor con su familia biológica casos como este último vimos durante el

---

menores no acompañados como infractores de la ley de inmigración, y no como personas que tienen derechos a causa de su edad y de sus circunstancias particulares”.

<sup>63</sup> Disponible en: [http://www.fundacionraices.org/?page\\_id=36](http://www.fundacionraices.org/?page_id=36); “es una fundación de asistencia social privada de promoción, de interés general, que no tiene fin lucrativo alguno, que nace en 1996 de la experiencia de varios años de un movimiento social solidario con niños, adolescentes y jóvenes que se encuentran en situación de desigualdad o riesgo de exclusión social. La Fundación nació fruto de la implicación con este sector de población y del empeño en apoyarles ofreciendo recursos y posibilidades para su promoción y desarrollo como personas y para potenciar y fomentar alternativas de vida dignas para los que más nos necesitan.” (Fecha de última consulta: 5 de junio de 2020).

trabajo. Como apunta Ordás Alonso<sup>64</sup> la declaración de desamparo es a través de una resolución administrativa, sin necesidad de autorización judicial previa ni de ratificación posterior, lo que provoca que las garantías tanto del menor como de sus progenitores o tutores no se cumplan de manera efectiva. El procedimiento correcto según su consideración sería de dos formas posibles: que la entidad pública interviniera inmediatamente y, una vez estudiada la situación, si se considera que concurren los presupuestos para declarar al menor en desamparo se regulara un procedimiento para que el Juez decretase tal situación y sus consecuencias, o bien, si se declara el desamparo directamente por la Entidad Pública, ésta debería solicitar al Juez que declare la suspensión o privación de la patria potestad. Una vez analizada la opinión de este autor y los fallos del modelo conlleva a plantearse de si es necesario un cambio del sistema en el que la jurisdicción tenga la competencia para acordar las declaraciones de desamparo, o en su caso revisarlas para ratificarlas o anularlas antes de ser llevadas a cabo.

En este mismo sentido, en el documental de Comando Actualidad “Infancias Perdidas” de 24 de octubre de 2019, Enrique Vila abogado y presidente de APRODEME<sup>65</sup> en Cataluña indica lo siguiente: “*la mitad de las retiradas de menores que se producen actualmente, si esa retirada tuviera que decidirlo de inmediato una autoridad judicial especializada y preparada no se produciría*” y una trabajadora social en el mismo documental que prefirió no desvelar su identidad considera que “*cuando hablamos de personas en situación de pobreza o de exclusión social implica juicios de valor*” por lo que considera que muchas veces hay clasismo en las valoraciones de los menores a la vez que se es más benevolente con las familias acomodadas calificando esta situación como “*maltrato institucional*”, como ya sabemos no se puede tomar como único indicador la situación económica, y por este tipo de cosas es que estos profesionales reclaman que la declaración de desamparo sea competencia de un juez, ya que el juez debe ser objetivo.

---

<sup>64</sup> ORDÁS ALONSO, M, “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, número 9, 2016, página 21.

<sup>65</sup> Disponible en: <https://aprodeme.org/enrique-vila/> (fecha de última consulta: 5 de junio de 2020).



En definitiva, la idea que se intenta plasmar es que la realidad ha superado el modelo y es necesaria una adaptación a las nuevas necesidades, los menores siguen siendo unos de los colectivos más vulnerables y es necesario protegerlos<sup>66</sup> y que no se conviertan en infancias perdidas, quizás una mayor homogeneidad del sistema también podría resultar favorable. Tampoco queremos dar a entender que el modelo tal y como lo conocemos haya sido nefasto hay niños que crecen a los que se les ha dedicado tiempo y recursos y consiguen emanciparse de forma autónoma y hacer una vida totalmente normal. Pero es una realidad actual que esos niños tienen altos porcentajes de acabar en la delincuencia, en la mendicidad, en la prostitución, únicamente por la suerte que corrieron al nacer en determinado hogar y que sus padres no pueden o no quieren ejercer sus funciones correspondientes creando en el menor una situación de desprotección, y es el reto de nuestras instituciones en prevenir y atenuar esa triste realidad que a día de hoy sigue sin paliarse.

---

<sup>66</sup> Constitución Española, artículo 39.2: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.”

## 10. Bibliografía.

- ARCE FERNÁNDEZ I, ARCE FLÓREZ VALDÉS J: *El desamparo de menores: normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011.
- BOCCIO SERRANO, M<sup>ª</sup>J: *El Derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, vol. II*, Tecnos, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B, *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Thomson, colección monografías Aranzadi, Navarra, 2007.
- GONZÁLEZ MORENO, B, *El sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo*, Editorial REUS, Madrid, 2018.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *El desamparo de menores*, Aranzadi SA, Navarra, 2005.
- ALLUEVA AZNAR, L, “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, número 4, 2011.
- CASADO ARDÉS, B, “El concepto del daño moral. Estudios doctrinales”, *Revista de Derecho UNED*, número 18, 2016.
- EGEA FERNÁNDEZ J: “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública”, *Derecho Privado y Constitución*, número 5, 1995.
- GONZÁLEZ PILLADO, E, “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, número 2, 2008.
- MARÍN GARCÍA, I Y LÓPEZ RODRÍGUEZ D, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, número 2, 2010.
- ORDÁS ALONSO, M, “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, número 9, 2016.
- ROIG DAVISON, M.A, “Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, número 333, 2006.