

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXXIII    ■ Núm. 2.221    ■ Julio de 2019

## ESTUDIO DOCTRINAL



**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN  
COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS**

**Lucía Vázquez-Pastor Jiménez**



ISSN: 1989-4767  
NIPO: 051-15-001-5  
[www.mjjusticia.es/bmj](http://www.mjjusticia.es/bmj)

CONSEJO DE REDACCIÓN  
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

**Registrador de la Propiedad**

**Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación**

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

**Profesor Titular de Derecho Civil**

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

**Catedrático de Derecho Penal**

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

**Catedrático de Derecho Internacional Privado**

Excmo. D. Francisco Marín Castán

**Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo**

Excmo. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías

**Magistrada del Tribunal Constitucional**

**Catedrática de Derecho Civil**

**Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación**

D.<sup>a</sup> Magdalena Nogueira Guastavino

**Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

D.<sup>a</sup> Nieves Fenoy Picón

**Profesora Titular de Derecho Civil**

D. Ángel Menéndez Rexach

**Catedrático de Derecho Administrativo**

D.<sup>a</sup> Teresa Armenta Deu

**Catedrática de Derecho Procesal**

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

# EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS<sup>1</sup>

LUCÍA VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ

*Profesora contratada coctora (acreditada a titular de universidad)  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

## **Resumen**

*En nuestro ordenamiento jurídico, los que primariamente y por disposición constitucional resultan encargados de velar por los intereses del menor de edad son sus padres y, con carácter secundario, los poderes públicos que actúan subsidiariamente, controlando la corrección de las funciones parentales. Esta actuación subsidiaria y excepcional de los poderes públicos es la que centra el presente estudio. En concreto, se aborda el análisis del sistema de protección jurídica del menor que se encuentra en situación de riesgo o desamparo, incidiendo especialmente en el primero y más importante de los principios que han de regir la actuación de los poderes públicos en la protección de la infancia y de la adolescencia: la prevalencia del interés superior del menor.*

## **Palabras clave**

*Menores de edad; interés superior del menor; riesgo; desamparo; entidad pública; derecho a ser oído; guarda, acogimiento; adopción.*

## **Abstract**

*In our legal system, those who primarily and by constitutional provision are responsible for ensuring the interests of the minor are their parents and, secondarily, the public*

---

1 El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I+D «La construcción del Interés Superior del Menor desde una perspectiva jurídica y psicosocial. Hacia una visión integradora a la luz de la Ley Orgánica 8/2105», (Referencia: DER2017-88049-P), financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

*authorities that act subsidiary, supervising the good performance of parental functions. This subsidiary and exceptional action of the public authorities is the one on which the present study focus. Specifically, we address the analysis of the system of legal protection of minors who are at risk or abandonment, with special emphasis on the first and most important of the principles that must govern the actions of public authorities in the protection of children and adolescence: the prevalence of the child's best interest.*

**Keywords**

*Minors; best interest of the child; risk; abandonment, Public entity; right to be heard; care; fostering; adoption.*

## Sumario

1. La protección de los menores de edad: un deber de la familia y de los poderes públicos.
2. Marco jurídico del sistema de protección de menores.
3. El primer principio rector en materia de protección del menor: el interés superior del menor.
  - 3.1. Su nueva configuración legal tras la reforma de 2015.
    - 3.1.1. El interés del menor como derecho sustantivo.
    - 3.1.2. El interés del menor como principio general de carácter interpretativo.
    - 3.1.3. El interés del menor como norma de procedimiento.
    - 3.1.4. La determinación del interés superior del menor ex artículo 2 LOPJM.
4. El derecho del menor a ser oído y escuchado.
5. Actuación de los poderes públicos en situación de desprotección social del menor.
  - 5.1. Planteamiento general.
  - 5.2. Situación de riesgo: prevención, detección y reparación.
  - 5.3. Declaración de desamparo: asunción de la tutela administrativa *ex lege*.
    - 5.3.1. Definición de la situación de desamparo.
    - 5.3.2. Asunción *ope legis* de la tutela administrativa.
    - 5.3.3. Sobre el retorno del menor con su familia de origen.
6. Instituciones de guarda y protección del menor.
  - 6.1. La guarda.
    - 6.1.1. Guarda provisional.
    - 6.1.2. Guarda voluntaria o asistencial.
    - 6.1.3. Guarda judicial.
    - 6.1.4. Guarda de hecho.
  - 6.2. El acogimiento como figura para ejercer la guarda o tutela del menor.
    - 6.2.1. Principales novedades del acogimiento tras la reforma de 2015.
    - 6.2.2. Acogimiento familiar: tipos.
    - 6.2.3. Acogimiento residencial.
    - 6.2.4. Régimen de visitas del menor acogido.
  - 6.3. La adopción.
    - 6.3.1. Consideraciones previas.
    - 6.3.2. Requisitos para adoptar. Aptitud e idoneidad de los adoptantes.
    - 6.3.3. Guarda con fines de adopción.
    - 6.3.4. La voluntad de los interesados en la adopción.
    - 6.3.5. La adopción abierta.
7. Epílogo.
8. Bibliografía.

## 1. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD: UN DEBER DE LA FAMILIA Y DE LOS PODERES PÚBLICOS

La protección de los ciudadanos en el Estado social corresponde a los poderes públicos, que han de desplegar las políticas necesarias para que estos gocen de los derechos reconocidos en la Constitución. El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de alcanzar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos y ciudadanas. De ahí que el artículo 9.2 CE disponga: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Pero cuando hablamos de menores de edad, la protección se configura a través de un sistema mixto en el que participan tanto la familia como los poderes públicos, de tal manera que a la familia le corresponde en primera instancia atender a las necesidades básicas de los miembros que la integran, y a los poderes públicos, facilitar los medios adecuados para la realización de sus fines, además de asumir directamente su protección cuando las circunstancias lo requieran, como se verá después. Este planteamiento se pone de manifiesto en el mismo texto constitucional cuando, respecto a los menores, se dispone: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» (art. 39.3 CE)<sup>2</sup>. Como se puede observar, la obligación de los padres respecto de los hijos menores no se supedita a ninguna disposición legal, sino que viene impuesta directamente por el texto constitucional. De otro lado, en el mismo artículo se establece: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1 CE)<sup>3</sup>.

Así pues, de entrada, se puede afirmar que la familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor, su crianza, la protección de sus derechos y, en definitiva, de garantizar el libre desarrollo de su personalidad<sup>4</sup>. Pero también a los

2 El precepto en cuestión menciona únicamente a los padres, si bien es cierto que dicho mandato constitucional puede entenderse igualmente aplicable en el ámbito de la tutela ordinaria que se constituye en defecto de la patria potestad (arts. 222.1.º, 267 y 269 CC).

3 Siguiendo a *Perlingieri*, la noción de familia a la que alude la Constitución es una noción múltiple, digna siempre de tutela cuando representa un lugar de comunidad, un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que lo componen. Desde tal perspectiva, es claro que dicha acepción no está ligada, necesariamente, al matrimonio; no solo y no tanto porque puede existir una familia no fundada sobre el mismo, sino porque existen otras formas de agregación familiar jurídicamente relevantes (*Perlingieri, P.*, «La familia en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Privado*, 1988, pp. 109-110).

4 Como establece el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN: «Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño».

poderes públicos les corresponde, por su parte, garantizar la plenitud o eficacia de los derechos de los hijos menores, en la medida que nuestro Estado social tiene un deber de prestación directa hacia el menor de edad como ciudadano, que cumple mediante el despliegue de políticas de protección de la infancia tendentes a conseguir la plena efectividad de sus derechos. Además, sin perjuicio de ello, los poderes públicos deben también colaborar con los padres con el fin de favorecer y hacer posible en todo caso el cumplimiento de sus responsabilidades respecto al menor; esto es, han de ayudar a la familia en el ejercicio de sus funciones de asistencia de los menores.

Y este modelo mixto por el que se ha optado en el diseño constitucional implica además el reconocimiento de la familia como organización social que realiza importantes funciones para sus miembros y para la colectividad y a la que también alcanza el imperativo constitucional de situarlas en condiciones de igualdad efectiva. Es decir, que cuenten con los medios necesarios para que sus miembros puedan disfrutar de sus derechos y puedan realizar las obligaciones que les han sido asignadas.

Ahora bien, es importante precisar que este sistema mixto quiebra cuando la familia, esencialmente los padres, no cumplen sus obligaciones parentales, pues en ese caso corresponde a los poderes públicos, conforme a los postulados del Estado social, asumir directamente la protección de los menores de edad. En efecto, no olvidemos que los poderes públicos están obligados a velar por que los responsables del menor cumplan debidamente los deberes inherentes a sus funciones de guarda, de tal forma que, si constatasen que el menor se encuentra en una situación de indefensión por el incumplimiento de los citados deberes, los órganos públicos competentes deberán intervenir y prestar al menor la protección necesaria. En todo caso, hay que entender que esta intervención directa de los poderes públicos sobre los menores tiene carácter excepcional, debiendo ser subsidiaria de la familia en lo que respecta a las obligaciones que a la misma le competen.

Por consiguiente, la familia se configura como el principal instrumento de protección del menor. No en vano, en toda la normativa sobre menores hay una clara preferencia por el modelo familiar como ámbito más idóneo para hacer efectiva la protección de la infancia. Por tanto, el Estado no puede prescindir de la familia, sino que debe cooperar con ella; unos y otros han de colaborar con objeto de alcanzar el grado de bienestar que corresponde al menor de edad. En definitiva, los que primariamente y por disposición constitucional resultan encargados de velar por los intereses del menor son sus padres, y, con carácter secundario, los poderes públicos, que actúan en dos sentidos: uno, directamente, implementando políticas de bienestar dirigidas a que pueda lograrse la plena efectividad de sus derechos; otro, subsidiariamente, es decir, controlando la corrección de las funciones parentales<sup>5</sup>.

---

5 Roca i Trías, E., *Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 209-223.

Esta actuación subsidiaria y excepcional de los poderes públicos es la que centrará el presente estudio. Así, abordaremos en lo que sigue el análisis del sistema de protección jurídica del menor que se encuentra en situación de riesgo o desamparo, incidiendo especialmente en una particular cuestión. En concreto, analizaremos cómo se articula el primero y más importante de los principios que ha de regir la actuación de los poderes públicos en la protección de la infancia y de la adolescencia; hablamos, casi huelga decir, de la prevalencia del interés superior del menor de edad.

## **2. MARCO JURÍDICO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES**

En un trabajo como este, es importante destacar previamente cuáles son las normas que integran esencialmente el marco jurídico del sistema de protección de menores en España. Dicho marco viene determinado, en primer lugar, por el Código Civil, y, con carácter principal, por los artículos 172 y siguientes del mismo. Asimismo, hay tres leyes que son básicas en nuestra materia de estudio; por un lado, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), y, por otro, las más recientes Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, LO 8/2015 y Ley 26/2015, respectivamente), que actualizan notablemente la anterior.

Respecto a la primera, la ley orgánica de 1996 supone, sin duda, un antes y un después en la protección jurídica del menor, toda vez que lleva a cabo una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil. Por lo que aquí nos interesa, esta Ley regula los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo la obligación de la entidad pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los servicios sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la ley. Se distingue, por primera vez, dentro de las situaciones de desprotección social del menor entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. De igual modo, se establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. Con carácter específico se prevé, asimismo, el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, de forma habitual o sin justificación, del centro escolar. Subyace a lo largo de la ley una preocupación por agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor, con la finalidad de que este no quede indefenso o desprotegido en ningún momento. Además, mejora sustancialmente la regulación del acogimiento familiar, subsanando las insuficiencias de que adolecía la regulación anterior; así, la ley orgánica de 1996 diferencia entre los distintos tipos de acogimiento (simple, permanente y preadoptivo) en función de que la situación de la familia pueda mejorar y que el retorno del menor no implique riesgos para este, que las circunstancias aconsejen que se constituya con carácter permanente, o que convenga constituirlo con carácter preadoptivo. En materia de adopción, la ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes,

que habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es esta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso<sup>6</sup>. Asimismo, esta ley orgánica de protección jurídica del menor aborda la regulación de la adopción internacional<sup>7</sup>. Finalmente, teniendo en cuenta la cuestión básica que centra este trabajo, no podemos olvidar que la citada norma consagra como principio informador del sistema de protección jurídica el interés superior de los menores, que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Con todo, desde que se promulgó la referida ley de 1996, han tenido lugar importantes cambios sociales y normativos<sup>8</sup> que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de la legislación protectora. Por tal razón, el sistema de protección ha sido objeto más recientemente de una reforma sustancial en nuestro

---

6 Sobre este requisito, si bien no estaba expresamente establecido en nuestro derecho positivo, su exigencia aparece explícitamente en la Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, y se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes.

7 Al respecto, la ley diferencia las funciones que han de ejercer directamente las entidades públicas de aquellas funciones de mediación que puedan delegar en agencias privadas que gocen de la correspondiente acreditación. Asimismo, establece las condiciones y requisitos para la acreditación de estas agencias, entre los que es de destacar la ausencia de fin de lucro por parte de las mismas. Además se modifica el artículo 9.5 del Código Civil, estableciendo la necesidad de la idoneidad de los adoptantes para la eficacia en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero, dando de esta manera cumplimiento al compromiso adquirido en el momento de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas que obliga a los Estados parte a velar por que los niños o niñas que sean adoptados en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales en la adopción. Posteriormente, en esta línea se aprobó la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

8 Estos cambios normativos se concretan, de acuerdo con el preámbulo de la Ley 26/2015, en «la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. Además, resultan reseñables dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000».

ordenamiento, con la entrada en vigor de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015<sup>9</sup>. Básicamente, el objetivo principal de esta significativa reforma es el de mejorar los instrumentos de protección jurídica de los menores y adaptarlos a los importantes cambios que se han producido en los últimos veinte años. De esta forma se quiere dar cumplimiento efectivo al mandato constitucional ya aludido que se impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad (art. 39 CE). La necesidad de dicha reforma se había puesto de manifiesto en diversas propuestas y observaciones formuladas estos años atrás por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas<sup>10</sup>, por el Defensor del Pueblo<sup>11</sup>, por la Fiscalía General del Estado<sup>12</sup> y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines<sup>13</sup>. Sobre esta base, el legislador ha pretendido con ambas leyes introducir los cambios necesarios en la legislación española que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia<sup>14</sup>.

9 El hecho de dictar dos leyes de distinto rango responde a que algunos de los cambios que se introducen se consideran materia orgánica en tanto en cuanto inciden sobre derechos fundamentales y libertades públicas de los menores de edad (que se proclaman, concretamente, en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 CE). Sobre esta opción de elaborar dos leyes se ha dicho que, aun tratándose de una técnica legislativa adecuada, puede dificultar la comprensión global del sistema de protección de los menores que se trata de implantar con las reformas, así como la adecuada valoración de cada una de ellas (*vid.*, al respecto, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de Protección a la Infancia, de 30 de septiembre de 2014).

10 Singularmente, la Observación General núm. 13 de 2011, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, y las Observaciones finales a España, de 3 de noviembre de 2010.

11 En sus documentos «Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad», de 2011, y «La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles», de 2012.

12 En su Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores y la Circular 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

13 BOCG. Senado, serie I, núm. 545, de 17 de noviembre de 2010.

14 Tal como señala SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, comentando esta reforma cuando aún era un anteproyecto de ley, resulta evidente en esta propuesta la intención de reforzar y desarrollar el modelo común de protección de menores en todo el territorio, al objeto de homogeneizar y coordinar, además de mejorar, los instrumentos que articulan los sistemas autonómicos. Buena muestra de ello es, por ejemplo, la orden contenida en el artículo 22 *ter* LOPJM, dirigida a las comunidades autónomas y a la Administración General del Estado para que creen un sistema de información estatal compartido sobre protección de menores «que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia en España, y de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, tanto a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección de menores

En relación con esto último, recordemos que, sin perjuicio de esta normativa básica estatal, también las comunidades autónomas han desarrollado, como es bien sabido, su propia normativa sobre protección de menores<sup>15</sup>, al amparo de la competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores que les confiere el artículo 148.1.20 CE<sup>16</sup>.

Todas estas normas mencionadas disciplinan el conjunto de institutos jurídicos y medidas protectoras que conforman el sistema de protección jurídica de los menores

---

como a efectos estadísticos» (SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014, p. 110).

15 Dicha legislación autonómica se concreta actualmente en las siguientes leyes: Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de la Junta de Andalucía; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (modificada por la Ley 5/2016, de 2 de junio, de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón); Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de infancia y la adolescencia de las Illes Balears; Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la Comunidad autónoma de Canarias; Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y a la adolescencia; Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha; Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña y los artículos 228-1 a 228-9 del Código Civil catalán; Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia de Valencia; Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de la Junta de Extremadura; Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, los artículos 12 a 25 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia y la Ley Foral 19/2015, de 10 de abril, de derogación de la Ley Foral 3/2014, de 14 de marzo, de modificación de la Ley Foral 13/2013, de 20 de marzo, de modificación de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, y Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco.

16 Como apunta MARTÍNEZ GARCÍA, la intervención de los distintos entes públicos en cualquier ámbito debe partir de una asignación competencial inicial clara. Conforme al reparto diseñado en nuestra Constitución, el concepto de asistencia social es el que ha servido como punto de partida y habilitación competencial a las comunidades autónomas para regular el sistema de protección de menores. Esta competencia fue asumida estatutariamente por todas las comunidades autónomas. En las sucesivas reformas de los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas se han incorporado expresiones distintas a las de asistencia social y referencias explícitas a la protección de menores como competencias de las mismas, como base para la promulgación de la vigente legislación autonómica en la materia (MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», en MARTÍNEZ GARCÍA, C., (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 382-383).

de edad, y en todas ellas está presente, como premisa básica, la prevalencia de su interés. Empero, es la última reforma de 2015, sin duda, la que más avanza en la técnica de valoración del interés superior del menor, ausente en la normativa estatal anterior; razón por la cual nos centraremos en dicha reforma legal. Como veremos, la legislación estatal reformada contempla un procedimiento para la valoración del referido interés, incluyendo criterios de interpretación y aplicación, elementos de ponderación y garantías. Asimismo, en línea con el objeto de este trabajo, la nueva ley regula de forma más completa la intervención de las Administraciones públicas en situaciones de riesgo, desamparo y guarda voluntaria, reformando también las medidas del sistema de protección del menor; y todo esto, consagrando como eje rector de la actuación de los poderes públicos la prevalencia del interés del menor.

### **3. EL PRIMER PRINCIPIO RECTOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MENOR: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

La Administración pública, en todas sus actuaciones de protección de los menores de edad, ha de regirse necesariamente por una serie de principios que recoge expresamente el artículo 11 LOPJM<sup>17</sup>. Como vemos, el interés del menor es el primero de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos; así era antes y lo sigue siendo después de la reforma de 2015, si bien es cierto que las nuevas leyes introducen novedades muy importantes en relación con este principio básico y vertebrador de todo el sistema de protección del menor de edad. Así pues, sin perder de vista ninguno de los principios que han sido enumerados, nos detendremos en este trabajo en el primero de todos: el interés superior del menor de edad y su regulación actual.

---

17 Concretamente, su apartado 2 establece «Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior. b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional. c) Su integración familiar y social. d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección. f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten. g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social. h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten. i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso. j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia. k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas. l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual. m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural».

### 3.1. Su nueva configuración legal tras la reforma de 2015

Hasta ahora, como se viene apuntando, uno de los principios informadores en materia de menores ha sido la protección de su interés, como interés prevalente que había de primar en todas las actuaciones y decisiones que pudieran afectar a un menor. Pero lo cierto es que la legislación común anterior a la reforma no contemplaba criterio alguno para su valoración, por lo que dicho interés superior no dejaba de ser un concepto jurídico indeterminado y, por ende, necesitado de interpretación en cada caso concreto. Ello ha abocado a que se haya consolidado en los últimos años una considerable e importante jurisprudencia en nuestros tribunales sobre el interés superior del menor y su concreción<sup>18</sup>. Sobre la base de dicha jurisprudencia e incorporando los criterios del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial<sup>19</sup>, la Ley Orgánica 8/2015 dota de contenido más detallado este interés.

Como señala VERDERA IZQUIERDO, con esta reforma el legislador confiere al operador jurídico una serie de elementos y criterios para valorar los hechos que sirven al juzgador para concretar su contenido y extensión. Y todo ello a los efectos «de interpretación y aplicación» de dicho principio que le permiten concretar su alcance en cada supuesto planteado y, de esta forma, otorgarle un contenido particular en cada caso. No solo como criterio hermenéutico sino también como derecho sustantivo y norma de procesamiento<sup>20</sup>. Así, frente a la limitada configuración del interés del menor como un principio general antes de la reforma, ahora este concepto abarca una triple dimensión, considerándose como un derecho sustantivo del menor, como un principio general de carácter interpretativo y como una norma de procedimiento<sup>21</sup>. Se produce, por tanto, una relevante mejora de la conceptualización del interés del menor en relación con la regulación anterior. En este sentido, RAVETLLAT BALLESTÉ no duda de que una de las grandes novedades que aporta la redacción del citado artículo 2 LOPJM es la superación de la tradicional lectura unidireccional del concepto general del interés

---

18 Entre otras, cabe resaltar las SSTS, 31 de julio de 2009 (RJ 2009/4581), 8 de octubre de 2009 (RJ 2009/4606), 11 de febrero 2011 (RJ 2011/2311), 21 de febrero 2011 (RJ 2011/2362), 13 de junio de 2011 (RJ 2011/4526), 14 de noviembre de 2011 (RJ 2012/3390), 6 de febrero de 2012 (RJ 2012/4522), 17 de febrero de 2012 (RJ 2012/3924), 9 de julio de 2015 (RJ 2015/2562), 20 de julio de 2015 (RJ 2015/2786), y 28 de septiembre de 2015 (RJ 2015/2293).

19 Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013. Esta observación general nace con el objetivo principal de mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituya una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial. En suma, el propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos.

20 VERDERA IZQUIERDO, B., «El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 525.

21 Esta triple dimensión del interés superior del menor se recoge expresamente en la citada Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño (apartado I A, párrafo 6).

superior del niño y su sustitución por una visión más acorde con los criterios internacionales imperantes en la actualidad, que no son otros sino los que consideran a este concepto jurídico indeterminado desde esta triple dimensión<sup>22</sup>.

### 3.1.1. El interés del menor como derecho sustantivo

En primer lugar, el interés del menor es un derecho sustantivo en el sentido de que el mismo tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados, y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se dé prioridad a los primeros a la hora de llegar a una solución. Es decir, es un derecho de aplicación directa e inmediata siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte al menor. Así se establece en el artículo 2.1 LOPJM, a cuyo tenor: «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Para la doctrina, resulta relevante la categorización del interés superior del menor como derecho porque, aunque ya se utilizaba con plena normalidad por las instituciones públicas y privadas, operadores jurídicos y la sociedad en su conjunto, se refuerza su plasticidad al ser alegable como derecho, y no meramente como principio hermenéutico, en caso de no haber sido respetado o de que la interpretación que se haya hecho del mismo no responda verdaderamente a lo que debería ser la manifestación de su supremacía en el caso concreto<sup>23</sup>. De este modo, el punto primero del artículo 2 LOPJM contiene una obligación intrínseca dirigida a las instituciones —públicas o privadas—, los tribunales y los órganos legislativos, de aplicación directa e inmediata, que en caso de no ser respetada puede ser invocada ante los tribunales de justicia<sup>24</sup>.

En esta línea, SÁNCHEZ MARTÍNEZ añade que, tras la reforma, el interés del menor como derecho tiene sustantividad propia, es decir, es un derecho específico del menor, pero no es sustitutivo de otros derechos, sino complementario y, precisamente, dirigido a garantizarlos; su objetivo no es otro que garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos del menor y su desarrollo integral. Todos los derechos del menor, por tanto,

22 RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015, p. 2.

23 GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015, p. 5.

24 RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», ob. cit., p. 2.

forman parte de su interés superior<sup>25</sup>. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño explica que el objetivo del concepto de interés superior del menor es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; entre estos derechos no hay una jerarquía, todos responden al interés superior del menor y ningún derecho puede verse perjudicado por una interpretación negativa del citado interés (Observación General núm. 14).

Consiguientemente, el interés del menor no se refiere únicamente a los derechos de naturaleza protectora, sino que abarca también los derechos dirigidos a promover su autonomía y participación en los asuntos que le conciernen. Ello explica que se mantenga, junto con el reconocimiento del derecho del menor a que su interés sea considerado primordial, la obligación de interpretar de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, añadiéndose una última precisión: y es que, en todo caso, dicha interpretación se hará siempre en interés superior del menor (art. 2.1 *in fine* LOPJM). Esta modificación sitúa en su verdadera dimensión a las limitaciones de la capacidad de obrar del menor en tanto que solo tienen sentido en su propio interés y es así como deben interpretarse<sup>26</sup>.

### **3.1.2. El interés del menor como principio general de carácter interpretativo**

En segundo lugar, su configuración como principio general de carácter interpretativo conlleva que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor, es decir, aquella que más le beneficie o, en otras palabras, que menos perjuicio le cause. Precisamente, a los efectos de poder interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor, la LO 8/2015 incorpora una serie de criterios generales, siguiendo una tendencia ya utilizada por el Tribunal Supremo en los últimos años<sup>27</sup>.

#### **A) Criterios de interpretación y aplicación**

En concreto, la reforma recoge los siguientes criterios generales para la interpretación y aplicación del interés del menor:

---

25 SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., «Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 2017, pp. 57-58. En palabras de la autora, este interés alude a sus derechos presentes y futuros, a sus derechos y libertades civiles, y a sus derechos económicos, sociales y culturales; a su respecto, fomento, protección y preservación. La interdependencia de los distintos derechos es en los menores más evidente que en cualquier otro caso, por su especial vulnerabilidad y estar inmersos naturalmente en un proceso de desarrollo personal integral. En este sentido, necesidades, intereses y derechos aparecen íntimamente relacionados en la protección de los menores. Sus intereses son sus derechos, aquellos que les permiten satisfacer las necesidades materiales y afectivas precisas para su desarrollo integral.

26 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, pp. 4-5.

27 *Vid.*, por todas, la STS, 31 de julio de 2009 (RJ 2009/4581).

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. Estamos de acuerdo con GUILARTE MARTÍN-CALERO cuando afirma que este criterio constituye el principal elemento a tener en cuenta por el intérprete y, en principio, de carácter prevalente frente a cualquier otro; se trata de garantizar el derecho a la vida del menor, a su desarrollo y bienestar<sup>28</sup>. A este mismo criterio alude el Comité de los Derechos del Niño cuando establece que, al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Observación General núm. 14).

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. Este criterio resalta adecuadamente la importancia de escuchar y atender la opinión y anhelos de los niños y habilitar su participación en la averiguación y determinación de su propio interés<sup>29</sup>. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, la evaluación del interés superior del menor debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse presente la evolución de las facultades del niño. En esta línea, el Comité ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables de aquel transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás a que se atiende a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, y lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión (Observación General núm. 14).

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado

---

28 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en CABEDO MALLOL, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 107-108.

29 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, p. 4.

de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. Como establece el Comité de los Derechos del Niño, es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación de este y sus padres. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. En este contexto, el término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida, o, en su caso, a los miembros de la familia extensa. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos clave dentro del sistema de protección del menor, habida cuenta el derecho del niño a no ser separado de sus padres excepto cuando tal separación sea necesaria para preservar el interés superior del niño (art. 9.1 CDN)<sup>30</sup>. Dada la gravedad de los efectos que provoca en el menor que le separen de sus padres, dicha medida solo debe aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debe llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo menos drástico, que no implique apartarle de su familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para protegerle (Observación General núm. 14).

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad (art. 2.2, LOPJM). Sobre este criterio, el Comité de los Derechos del Niño señala que la identidad del menor abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad (art. 8 CDN) debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar su interés superior. En cuanto a la identidad religiosa y cultural, a la hora de adoptar una medida de protección como la guarda, el acogimiento o la adopción del menor, se debe prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, y el responsable de la toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño. La

---

30 Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (art. 9, párr. 3 CDN). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.

debida consideración del citado interés entraña que los niños tengan acceso a la cultura (y el idioma, si es posible) de su país y de su familia de origen, y que tengan la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica, de conformidad con la normativa jurídica y profesional del país de que se trate. Ahora bien, aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. En ningún caso la identidad cultural puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño los derechos que les garantiza la Convención (Observación General núm. 14).

A decir verdad, con anterioridad a la reforma, la indeterminación del interés del menor traía consigo un inconveniente que no es baladí; nos referimos al excesivo condicionamiento a criterios subjetivos de los responsables en aplicar e interpretar dicho interés, hasta el punto de que la discrecionalidad podría llegar a convertirse en arbitrariedad e inseguridad jurídica<sup>31</sup>.

De ahí la necesidad de objetivar los criterios de valoración del interés superior del menor, de tal forma que se pueda acotar mejor el ámbito de discrecionalidad del intérprete y aplicador del derecho. Esto es precisamente lo que hace la reforma al incorporar estos criterios generales que han sido expuestos<sup>32</sup>.

---

31 GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», cit., p. 3. En este orden de ideas, cabe traer a colación el *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, de la Defensora del Pueblo, de mayo de 2014, cuando afirma, respecto al citado interés: «Estamos ante un concepto complejo y no unívoco, que debe determinarse caso por caso. La carga psicosocial que gravita en la noción del interés superior del menor y la presencia de elementos no racionales lo convierten en un concepto jurídico de vagos contornos, al que nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 55/1996, se ha referido como una "zona de incertidumbre o penumbra". Ello supone la principal dificultad a la que deben enfrentarse las autoridades que adoptan decisiones en este ámbito [...]. A la dificultad intrínseca que implica la determinación del superior interés del menor en cada caso ha de unírsele el riesgo de abuso del mismo por parte de autoridades, fruto de determinaciones apriorísticas por motivaciones ideológicas o por prioridades en la asignación de recursos públicos; por los padres o tutores, en defensa de sus propios intereses; o por los profesionales implicados, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea».

32 GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», ob. cit., p. 3. El autor, que comenta la reforma cuando aún era un proyecto de ley, destaca que para el establecimiento de estos criterios generales para la interpretación y aplicación, en cada caso, del interés superior del menor, toma el ejemplo de la *Children Act 1989*, del Reino Unido, o de la *Child Welfare Act 2007*, de Finlandia, además de tomar en consideración la jurisprudencia existente sobre la materia. En esta misma línea, RAVETLLAT BALLESTÉ destaca que ante las dificultades para concretar en la práctica este concepto indeterminado parece que, durante los últimos años, la jurisprudencia, en primer lugar, y el legislador posteriormente, han optado, siguiendo con ello una tendencia claramente de

Ahora bien, el mismo precepto establece que dichos criterios han de entenderse sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto. De esta forma, el legislador recoge una lista de criterios *numerus apertus*, lo que se considera especialmente acertado, pues tal como tiene establecido la jurisprudencia sobre el concepto del interés del menor, «en materia de protección de menores los jueces y tribunales no pueden dejar de considerar ninguna circunstancia relevante que incida directa o indirectamente en el bienestar del menor y sea tributaria o pueda serlo, aisladamente o de forma conjunta con otras, de una medida de protección, ya sea so pretexto de no haberle sido alegada formalmente en el procedimiento, ya lo sea con base en haber sido valorada la misma de forma distinta por las partes, so pena de desatender gravemente la prescripción básica de averiguar y dar debida satisfacción en cada caso al interés superior del menor»<sup>33</sup>. Así pues, con esta cláusula de cierre abierta se da cabida a cualquier circunstancia no contemplada que pueda ir surgiendo. Como señala RAVETLLAT BALLESTÉ, una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que pueda encontrarse el menor de edad es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacta el precepto; riesgo este, no obstante, que queda superado con dicha cláusula de cierre abierta<sup>34</sup>.

## B) Elementos de ponderación

A mayor abundamiento, el legislador dispone que todos estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; la preparación del tránsito a la edad

---

influencia anglosajona, por introducir ciertos indicadores o elementos de objetivación que faciliten al intérprete la comprensión y aplicación del concepto jurídico indeterminado que nos ocupa. Ello se viene realizando con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de las llamadas, siguiendo la originaria denominación inglesa, *statutory checklist* o *welfare checklist*. Estos listados consisten en una simple enumeración de criterios llamados a facilitar la actuación de los tribunales cuando éstos deban tomar una decisión amparados en el interés superior del niño, RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», ob. cit., p. 4.

33 Vid. STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), 31 de marzo de 2011 (RJ 2011/3835).

34 RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», ob. cit., pp. 4-5.

adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; y aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. En todo caso, añade el legislador, los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara<sup>35</sup>. El Tribunal Supremo ya se ha hecho eco de tales elementos de ponderación que establece la reforma<sup>36</sup>.

Es importante tener presente, además, que el legislador establece en la nueva ley cómo se ha de valorar el interés superior del menor ante la concurrencia con otros intereses. En efecto, sabemos bien que en las decisiones que se han de adoptar en relación con un menor de edad, tanto en los procedimientos administrativos como judiciales, siempre hay terceras personas afectadas (fundamentalmente padres, hermanos, abuelos y allegados), y ello genera en la mayoría de las ocasiones conflictos a la hora de valorar los diversos intereses. Por tal razón, la reforma ha previsto cómo se debe decidir en caso de concurrencia de intereses de cara a priorizar el interés superior del menor, pero valorando los derechos fundamentales de esas terceras personas<sup>37</sup>.

Así, el artículo 2.4 LOPJM dispone: «En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el

---

35 Así se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello [SSTC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/141), 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002/124); 144/2003, de 14 de julio (RTC 2003/144); 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004/71); 11/2008, de 21 de enero (RTC 2008/11)]. El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia [STC 185/2012 de 17 de octubre (RTC 2012/185)].

36 Así, ha señalado recientemente: «El concepto de interés del menor, que ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no es aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara"» [STS de 19 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5495)].

37 MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015, p. 18.

interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados». Este último párrafo, que impone la obligación de valorar la incidencia de las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del niño sobre los derechos fundamentales de otras personas, no supone novedad alguna ni aporta criterio de valor al conflicto que se contempla en la norma, y, por ello, en su tramitación legislativa se pidió su supresión para evitar consideraciones erróneas y por considerarlo redundante<sup>38</sup>.

En cualquier caso, el referido artículo es contundente: siempre que el menor esté en situación de desprotección y se produzca un conflicto de intereses, el mandato legal que se impone a la entidad pública competente es el de priorizar el interés del menor frente a cualquier otro, cuando su compatibilidad no sea posible, sin perjuicio de que las medidas que se adopten deban respetar también los otros intereses legítimos que puedan concurrir.

### **3.1.3. El interés del menor como norma de procedimiento**

Junto con las dos dimensiones hasta aquí señaladas, la reforma incorpora también, como se ha apuntado, el interés del menor como norma de procedimiento, al disponer que toda medida que se tome en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso (art. 2.5 LOPJM). Como explica RAVETLLAT BALLESTÉ al respecto, la evaluación y determinación del interés superior del niño requiere de ciertas garantías procesales, lo que se traduce en el hecho de que toda decisión que sea adoptada atendiendo a este concepto jurídico indeterminado deberá explicitar la forma en cómo se ha valorado este principio en la resolución, es decir, qué se ha considerado que respondía al interés superior del niño, en qué parámetros o criterios se ha fundamentado la decisión y la forma en la que se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos en particular<sup>39</sup>. En concreto, el artículo 2.5 LOPJM menciona las siguientes garantías procedimentales:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. Como ha manifestado el Comité de los Derechos del Niño, el artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con

38 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», ob. cit., pp. 101-114.

39 RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», ob. cit., p. 3.

discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios menores en el proceso de toma de decisiones y permita introducir ajustes razonables y servir de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior (Observación General núm. 14).

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. Al respecto, la reforma acoge la recomendación de Comité de los Derechos del Niño, según la cual el proceso de evaluación del interés del menor debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del menor debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales (Observación General núm. 14).

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Como se puede apreciar, con la reforma se garantiza la intervención del menor en todos los procedimientos que le afectan, incluso cuando exista un conflicto o contradicción con sus representantes legales o con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, mediante el nombramiento de un defensor judicial. En efecto, sin perjuicio del reconocimiento del derecho a la participación del menor a través de sus representantes y del Ministerio Fiscal en defensa del mismo, resulta necesario garantizar su intervención en todos los procedimientos que le afectan, posibilitando que tal participación sea directa, si así lo interesa el menor y siempre que exista un conflicto o contradicción de intereses con aquellos.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. Según el Consejo Fiscal, con esta disposición trata de salirse al paso de malos usos que la práctica había generado, con invocaciones formales del principio, cuando no justificaciones puramente tautológicas, que prescindían de razonamiento alguno y que provocaban revocaciones por el Tribunal Supremo<sup>40</sup>. El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, señala que cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada,

---

40 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, p. 5.

con el fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial (Observación General núm. 14).

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos. Cabe entender que lo que se pretende con este último apartado es que se exteriorice o se expliquen los motivos por los que el superior interés del menor, en el caso en concreto, no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. Además, como puede verse, se incorpora dentro de las garantías procesales derivadas del interés superior del menor el beneficio de justicia gratuita a favor de los menores que, con independencia de sus progenitores o tutores, deseen hacer valer sus opiniones en procesos en que se ventilen cuestiones que les afecten.

### **3.1.4. La determinación del interés superior del menor ex artículo 2 LOPJM**

En las tres dimensiones que han sido referidas —como derecho, como criterio de interpretación y como norma de procedimiento—, el interés superior del menor tiene una misma finalidad, la cual es la de asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

Por otro lado, partiendo del reformado artículo 2 LOPJM, a la hora de valorar el interés superior del menor en un supuesto concreto es importante que se tengan presentes las diversas perspectivas atinentes al mismo, tal como expone con claridad HUETE NOGUERAS. En este sentido, hay que atender, en primer lugar, la perspectiva personal del menor, que exige que se tengan en cuenta sus aspiraciones, deseos y expectativas, lo que pone de manifiesto la importancia de su audiencia en los procedimientos administrativos y judiciales; esta opinión del menor ha de ser valorada en función de su edad, madurez y contexto en el que se expresa, de donde se deduce la necesidad de detectar y, en su caso, descartar las posibles manipulaciones, y sin que con ello se venga a postular la necesidad de su aceptación automática. En segundo lugar, añade el autor, se ha de contemplar al menor en su ámbito familiar, para relacionar su interés superior con su mantenimiento en la familia, salvo que objetivamente le resulte perjudicial, pero teniendo en cuenta que la situación de pobreza no es suficiente para provocar su desarraigo y sustitución por una familia de acogida o de adopción. En tercer lugar, se ha de tener presente la perspectiva social, esto es, la integración social del menor de forma normalizada y no patológica, respetando sus derechos fundamentales, fomentando sus valores de convivencia no discriminatoria, tolerancia y solidaridad, con apoyo para la prevención de las situaciones que en la sociedad actual pueden representar mayores peligros para el menor (tales como las drogas, la violencia juvenil, los abusos sexuales, etc.). Por último, concluye el citado autor, cabe hablar de una perspectiva institucional, lo que significa que institucionalmente el interés del menor debe plasmarse en que la toma de decisiones respecto a él se

realice con objetividad, imparcialidad, seguridad jurídica y desde una perspectiva multidisciplinar, evitando la presencia en esa toma de decisiones de personas y organizaciones no profesionalizadas, con ánimo de lucro o que esgrima la defensa del interés del menor para la obtención de otros fines<sup>41</sup>.

En suma, a la luz de todo lo que hasta aquí ha sido expuesto, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

De esta forma, la total indeterminación del interés del menor de la normativa anterior se corrige en esta importante reforma legal que, como se ha podido comprobar, incluye expresamente criterios de interpretación y aplicación, elementos de ponderación y garantías, todo lo cual facilita su concreción y valoración en el caso concreto.

#### **4. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO**

Aunque no se menciona en la lista anterior entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, conviene hacer mención aquí también al derecho fundamental del menor a ser oído (art. 9 LOPJM), dados sus especiales vínculos con su interés superior. En efecto, como apuntamos más arriba, el abordaje concreto del interés superior del menor requiere que se tengan en cuenta sus aspiraciones, deseos y expectativas, para lo cual hay que habilitar necesariamente un cauce que permita expresarlas<sup>42</sup>. No en vano, uno de los criterios generales que establece la reforma para la interpretación y aplicación del interés del menor es, como hemos visto, la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

Al igual que ha ocurrido con el interés superior del menor, la LO 8/2015 desarrolla de forma más detallada este derecho siguiendo igualmente las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño; en concreto, la observación de que prosiga e intensifique su labor para aplicar plenamente el artículo 12 de la Convención, que consagra el derecho del menor a expresar su opinión<sup>43</sup>, y promueva el debido respeto

---

41 HUETE NOGUERAS, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 90-91.

42 HUETE NOGUERAS, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», ob cit., pp. 90-91.

43 El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo

por las opiniones del niño a cualquier edad en los procedimientos administrativos y judiciales, como las vistas que se celebren sobre su custodia y las causas sobre inmigración, así como en la sociedad en general<sup>44</sup>. De esta forma, el legislador mejora sustancialmente la regulación de este derecho del menor.

Así, la reforma establece expresamente que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado (art. 9.1 LOPJM). Se incluye, como vemos, el término «escuchado», en línea con la Convención de los Derechos del Niño. Sobre esta cuestión se manifestó la Defensora del Pueblo en el ya mencionado *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, de mayo de 2014, destacando que la fórmula legal española, «derecho a ser oído», presenta alguna diferencia conceptual con la Convención, que pone el acento en la escucha. En la tradición jurídica española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño.

Por otro lado, el legislador añade que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su edad<sup>45</sup>, discapacidad o cualquier otra circunstancia. De esta manera se atiende a otra observación del Comité de los Derechos del Niño, conforme a la cual los Estados parte deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, deben dar por supuesto que tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (Observación General núm. 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado).

---

que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

44 Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España. Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ESP/CO/3-4. Consúltese en: <https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2015/11/ObservacionesFinInformSpainComiteDInfancia2010.pdf>.

45 Para el Consejo Fiscal, la locución de «sin discriminación alguna por edad» es prescindible, pues es claro que la edad es un factor determinante a la hora de dar o no audiencia al menor. Cuando de un menor de escasa edad se trata, en muchos casos es inútil, cuando no contraproducente, darle audiencia. Debe aclararse que la audiencia del menor es siempre preceptiva, sin excepciones, pero en tales supuestos cabe excepcionar la audiencia directa, habilitando una audiencia indirecta a través de los representantes legales (sin interés en conflicto), profesionales, o personas de confianza. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, p. 6.

Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas. En concreto, se establece que el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho a ser oído en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias (art. 9.1 LOPJM). De este modo, el legislador confiere la relevancia que tiene preparar al niño para poder ejercer este derecho, de conformidad con el Comité de los Derechos del Niño, que ha destacado efectivamente el deber que tienen los responsables de escuchar al niño, de asegurarse de que el mismo esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones, y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se le escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del menor a ese respecto (Observación General núm. 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado).

En esta misma línea, la reforma continúa diciendo que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento (art. 9.1, párrafo segundo, LOPJM). En relación con esta mención a la intervención de profesionales cualificados o expertos, cabe destacar, siguiendo a HUETE NOGUERAS, el papel central que ocupan en todos los procesos judiciales en los que hay implicados menores de edad los profesionales de diferentes ámbitos encargados de manera expresa del acompañamiento y la evaluación de las capacidades de los menores. Por ello es necesaria una formación específica, especializada e interdisciplinar de todos los profesionales que intervengan en estos procesos, y que abarca a los profesionales del ámbito de la psicología forense, a los médicos forenses, policías, agentes de inmigración, trabajadores y mediadores sociales, y, por supuesto, abogados, fiscales y jueces. Este enfoque multidisciplinar debe plantearse de manera plenamente garantista<sup>46</sup>.

Ya antes de la reforma se establecía que cuando el menor tuviese suficiente juicio se había de garantizar que pudiese ejercer este derecho a ser oído por sí mismo o a través de la persona que designase para que le representase. La reforma que nos ocupa sustituye el término «juicio» por el de «madurez» por ser un término más ajustado

---

46 HUETE NOGUERAS, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», ob. cit., p. 93.

al lenguaje jurídico y forense<sup>47</sup>, y, como novedad respecto a la norma anterior, establece que la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Y precisa, asimismo, que los menores a partir de los doce años tienen suficiente madurez en todo caso (art. 9.2 LOPJM). Además, añade la reforma, el menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación (art. 9.2, párrafo segundo, LOPJM).

Por último, el citado artículo sigue aludiendo en su apartado final a la posible denegación del derecho del menor a ser oído pero precisando mucho más que en su redacción originaria; así, dispone que siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración (art. 9.3 LOPJM). Cabe destacar que la reforma no solo se refiera a la motivación de la decisión adoptada sino que imponga su valoración, siguiendo así la línea establecida por la referida observación del Comité de los Derechos del Niño, al disponer que «el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia» (Observación General núm. 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado).

En resumidas cuentas, el deber de oír al menor no conlleva tener que decidir lo que el niño desee, pero sí obliga al órgano decisor a tomar en cuenta su opinión y justificar su decisión cuando sea contraria a la misma; de ahí la exigencia de que en las resoluciones sobre el fondo se haga constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración<sup>48</sup>.

---

47 Lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros (preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015).

48 LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 11, 2015, p. 5 (de la versión electrónica).

## 5. ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN SOCIAL DEL MENOR

### 5.1. Planteamiento general

De acuerdo con MARTÍNEZ GARCÍA, en términos generales se puede afirmar que la legislación actual acoge un concepto amplio de protección de menores que excede de la mera beneficencia y que abarca la prevención de las situaciones de desprotección, la actuación sobre las mismas cuando esta no ha podido evitarse y se ha producido, así como otras actuaciones y medidas que persiguen como fin la integración familiar y social del menor mediante programas de preparación para la vida independiente. La protección se concibe de esta forma en un sentido general. Por tanto, concluye la autora citada, no se pretende contemplar únicamente un conjunto de medidas de intervención una vez que se ha producido y constatado la efectiva desprotección del menor, sino que comprende igualmente la prevención de las mismas y la integración familiar y social del mismo, incluso en algún caso, la promoción de los derechos de la infancia y la adolescencia en diversos ámbitos<sup>49</sup>.

Así, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, se establecen entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2.d LOPJM). A estos efectos, la referida norma dispone que la protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley (art. 12.1 LOPJM)<sup>50</sup>. En suma, pues, nuestro sistema de protección de menores es gradual e integral: gradual porque comprende medidas que abordan las situaciones de desprotección de menor a mayor gravedad, e integral porque aborda el período completo de la desprotección del menor, comenzando antes de que la misma se dé o comience a generarse hasta su total desaparición, en su caso, y la integración del menor cuando su interés así lo aconseje<sup>51</sup>.

En cualquier caso, añade el anterior artículo, se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas (art. 12.1 LOPJM). Esta es la filosofía que late en el nuevo

49 MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 383-384.

50 Se incluye también el deber de apoyar especialmente a los menores que se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, con el fin de procurar la permanencia del menor con la misma, así como su protección, atención especializada y recuperación (art. 12.3 LOPJM). Otra novedad que incluye la reforma es la presunción de la minoría de edad como criterio que debe operar cuando existan razones para pensar que se trata de un menor y su edad no se pueda determinar con seguridad (art. 12.4 LOPJM).

51 MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 383-384.

sistema de protección del menor. El objetivo principal es intentar mantener al menor en la familia de origen, apoyándola en el desarrollo de sus responsabilidades y funciones, y, en caso de que no sea posible, buscar la mejor familia para cada niño<sup>52</sup>.

Además, el citado artículo 12 LOPJM recoge otro de los ejes de esta reforma, el cual es la obligación de las entidades públicas de revisar, en plazos concretos, las medidas de protección adoptadas. De esta manera se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño, niña o adolescente y una revisión de la medida de protección que se adopte con el mismo. En concreto, el legislador impone que «cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses» (art. 12.5 LOPJM).

Ciertamente, el establecimiento de un plazo más breve para la revisión de las medidas de protección no permanentes en relación con menores de tres años debe considerarse acertado, por las necesidades específicas que requieren los niños de tan corta edad y por ser imprescindible que en estos casos las medidas provisionales no deriven *de facto* en medidas irreversibles por el mero transcurso del tiempo<sup>53</sup>. Con todo, sobre esta cuestión de la revisión de las medidas de protección repararemos más adelante a lo largo de estas páginas.

Sobre la base de estos principios que han sido expuestos y en relación con las actuaciones en situación de desprotección del menor, la reforma de 2015 regula de forma más pormenorizada las situaciones de riesgo y desamparo, conceptos jurídicos que, como sabemos, ya contemplaba la legislación anterior, si bien tras la reforma se definen por primera vez en una normativa de rango estatal. En puridad, veremos que la Ley 26/2015 incorpora como contenido sustantivo de tales situaciones de riesgo y desamparo básicamente lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en los últimos años.

## **5.2. Situación de riesgo: prevención, detección y reparación**

Cuando los padres, el tutor o los guardadores legales dejan de cumplir o cumplen mal sus obligaciones respecto al menor, colocando a este en una situación de desprotección que perjudica su desarrollo personal y social, la Administración pública con competencia en materia de protección de menores ha de adoptar las medidas que sean oportunas para que cese dicha situación de desprotección y garantizar al menor el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad. Ahora bien, esta

---

52 ADROHER BIOSCA, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 48.

53 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 14.

intervención de la Administración será diferente en función de la gravedad de la situación en la que se encuentre el menor. En este sentido, la normativa reguladora de la materia, ya antes de la reforma, diferenciaba entre situación de riesgo y situación de desamparo, si bien ahora establece una regulación mucho más completa.

Como se apuntó en líneas anteriores, el actual sistema de protección del menor prioriza las actuaciones de prevención, detección y reparación de las situaciones de desprotección en las que se pueda encontrar un niño. De esta forma se busca que las entidades públicas intenten evitar el desamparo antes que tender a su resolución una vez ocasionado. Esta finalidad preventiva conlleva la subsidiariedad de las actuaciones de los poderes públicos que, como la tutela administrativa, llevan consigo la separación del menor de su familia de origen. En este contexto, la figura llamada a encauzar este modelo prioritariamente preventivo es la situación de riesgo<sup>54</sup>.

Tras reforma operada por la Ley 26/2015 se considera como situación de riesgo «aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar» (art. 17.1 LOPJM)<sup>55</sup>. Como apunta PÉREZ ÁLVAREZ, atendiendo a esta definición, el riesgo se puede caracterizar desde un punto de vista negativo, por referirse a circunstancias que no alcanzan la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción de la tutela administrativa, y, por otro lado, desde un punto de vista positivo, por tratarse de supuestos que precisan la intervención de la Administración a los efectos de eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor y evitar su desamparo, sin tener que separarlo de su entorno familiar<sup>56</sup>.

---

54 PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en MAYOR DEL HOYO, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 103.

55 Antes de la reforma este precepto únicamente disponía que la situación de riesgo se caracterizaba por la existencia de un perjuicio en su desarrollo personal o social pero que no alcanzaba la gravedad suficiente como para separarle de su familia de origen.

56 PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», ob. cit., p. 103.

Cuando se dé una situación de riesgo la intervención de la Administración pública competente debe garantizar en todo caso los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra el menor, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar (art. 17.2 LOPJM).

Tal como explica el legislador, la intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se torna de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia<sup>57</sup>. Partiendo de ello, se incluye una exigencia, a nuestro juicio, relevante: y es que la valoración de la situación de riesgo requiere la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a este en su medio familiar, y procurando la participación de los progenitores u otros responsables legales en la elaboración del proyecto. En esta línea, se intentará consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años (art. 17.4 LOPJM). La búsqueda inicial del consenso responde al principio ya aludido de primar las soluciones consensuadas frente a las impuestas. Se pretende, de esta forma, acordar en lo posible con las partes implicadas y destinatarias de la actuación administrativa cuáles son las medidas que se van a aplicar en el caso concreto, así como los objetivos y los plazos para lograrlo. Y los padres, tutores o guardadores tienen la obligación de colaborar activamente en la ejecución de este proyecto<sup>58</sup>.

En caso de que los progenitores u otros responsables del menor se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en el mismo, se declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo (art. 17, apartados 5 y 6, LOPJM)<sup>59</sup>. Por tanto, solo en el caso de que no haya colaboración de la

---

57 Como añade SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, es claro que, una vez que la Administración aprecie la situación de riesgo de un menor, debe disponer medidas para reducir su situación de desprotección, garantizar el pleno disfrute de los derechos que le corresponden y actuar sobre los factores que perjudiquen su situación personal, familiar o social para evitar así que la situación acabe en desamparo. Sin embargo, antes de la reforma la legislación estatal no establecía condiciones para la declaración de la situación de riesgo y tampoco sobre el procedimiento o actuaciones, ni siquiera genéricas, a adoptar por la Administración competente (SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 116).

58 MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., p. 394.

59 Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 LEC (ex art. 17.6 LOPJM).

familia, procede la declaración formal de riesgo por resolución administrativa con todos los requisitos y las garantías oportunas<sup>60</sup>. Sobre este particular, sabemos que cualquier medida de la Administración ha de partir del derecho del menor a no separarse del núcleo familiar, lo que requiere, lógicamente, contar con la colaboración de la familia. Es decir, la Administración debe dar a los padres o guardadores la oportunidad para que demuestren su compromiso en el cumplimiento de sus deberes con el menor. Pero si fracasan, si es manifiesta su falta de colaboración o su comportamiento, en lugar de mejorar, empeora la situación de desprotección del menor, la Administración deberá declarar la situación de riesgo del mismo<sup>61</sup>.

En relación con esto último cabe hacer una precisión. Hay que tener en cuenta que la falta de colaboración de los progenitores puede proceder de un incumplimiento de sus deberes generador de una situación de riesgo, pero también puede tratarse de un incumplimiento más grave generador de una declaración de desamparo, por ello el legislador debería haber optado por una fórmula intermedia, comprensiva de las dos posibilidades, estableciendo que la omisión de esta colaboración puede dar lugar a la declaración de la situación de riesgo o de desamparo del menor. Por consiguiente, la redacción que incorpora la reforma que nos ocupa no es del todo satisfactoria en este punto, porque parece que obliga necesariamente a pasar por una previa declaración de riesgo antes de desembocar en el desamparo. Esto podría ser perturbador y contrario a los principios de celeridad y de superior interés del menor<sup>62</sup>.

Resumiendo, pues, lo que hasta aquí se ha expuesto, tras la reforma nos encontramos con un completo desarrollo legal de la situación de riesgo, la competencia para apreciarla y el procedimiento para ser declarada, disponiendo, por seguridad jurídica, que dicha declaración se formalice en resolución administrativa en casos de especial gravedad, con la información a los padres de cómo deben actuar para eludir una eventual declaración de desamparo posterior<sup>63</sup>. Esta resolución administrativa tiene que estar motivada, esto es, explicar suficientemente las razones por las que se ha adoptado. Como apunta MARTÍNEZ GARCÍA, dada la diversidad de situaciones que han de atenderse y la consiguiente heterogeneidad de proyectos y medidas de intervención, la exigencia de la motivación de la resolución es esencial a efectos de garantizar el acierto de la actuación administrativa en el caso concreto, puesto que no se trata de una aplicación reglada y detallada de la ley, sino que existe un margen amplio de

---

60 ADROHER BIOSCA, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», ob. cit., p. 46.

61 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 120.

62 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 21.

63 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 116.

discrecionalidad de la Administración. Ello permitirá el posterior control jurisdiccional de la resolución<sup>64</sup>.

La reforma contempla, asimismo, la posibilidad de que la Administración pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial. En tal caso, la Administración pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino para que, si procede, esta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesarias. Si la Administración pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la entidad pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención (art. 17.7 LOPJM).

A continuación, se prevé que cuando la Administración pública competente para apreciar la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar, lo pondrá en conocimiento de la entidad pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. En el supuesto de que la entidad pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la Administración pública, lo pondrá en conocimiento de la Administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros (art. 17.8 LOPJM).

Con esta previsión lo que se pretende es establecer mecanismos de control a través del Ministerio Fiscal cuando exista una discrepancia entre Administraciones a la hora de evaluar si procede la declaración de desamparo que, como bien sabemos, implica una situación de desprotección de mayor gravedad que la de riesgo<sup>65</sup>.

---

64 Y, añade la autora citada, si la intervención administrativa proyectada no fuera adecuada para lograr los objetivos marcados y no se consiguiera reducir o anular los indicadores de riesgo, cabe revisar la resolución para, en su caso, declarar el desamparo del menor. Para ello la ley prevé la posibilidad de que cuando la Administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo «estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención o Convenio no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material», aquella lo «pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de la declaración de desamparo» (MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., p. 395).

65 Así, tal como señala el Consejo Fiscal, «resulta, en estos casos, muy conveniente que el Fiscal tenga noticias de esta discrepancia y actúe supervisando una situación que estará en el límite entre el riesgo y el desamparo. Por ello, no cabe sino valorar positivamente la novedad» (Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, pp. 23-24).

Otra de las novedades que se regula con la reforma es la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal con el fin de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido<sup>66</sup>. 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» (art. 17.9 LOPJM).

En todo caso, los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la Administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Con la finalidad de proteger al recién nacido, 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 (art. 17.9 LOPJM).

También se considera expresamente como una situación de riesgo con la nueva ley 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. En tales casos, las autoridades sanitarias pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor (art. 17.10 LOPJM)<sup>67</sup>. Esta novedad que incluye la reforma conlleva la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, concretamente el artículo que regula el consentimiento informado por representación (art. 9 de la Ley 41/2002)<sup>68</sup>. Por lo que ahora nos interesa, se añade un nuevo apartado en virtud del cual cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho del menor la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la

---

66 Esta previsión del «riesgo prenatal», ya se incluía en algunas normas autonómicas, como la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja (art. 32.4), o la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia, del País Vasco (art. 52.2).

67 Con esta modificación que incluye la reforma se atiende en cierta medida a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

68 Se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (disposición final segunda de la Ley 26/2015).

autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6 de la Ley 41/2002).

En resumen, la finalidad preventiva del nuevo sistema de protección a la infancia y la adolescencia conlleva que los poderes públicos deban dar prioridad a las actuaciones preventivas, de detección y reparación de las situaciones de desprotección del menor. Por tanto, la intervención de la Administración pública irá encaminada, en primer lugar, a paliar las circunstancias familiares adversas que han colocado al menor en situación de riesgo pero sin separarlo de su entorno familiar. En este punto, estamos de acuerdo con PÉREZ ÁLVAREZ cuando afirma que el cambio de la orientación legal del nuestro sistema hacia la prevención merece un juicio favorable, pues la implantación de un sistema orientado a evitar la desprotección antes que a solventar sus consecuencias constituye un acierto innegable<sup>69</sup>.

### **5.3. Declaración de desamparo: asunción de la tutela administrativa *ex lege***

#### **5.3.1. Definición de la situación de desamparo**

En cuanto a la situación de desamparo, la Ley 26/2015 introduce novedades especialmente relevantes. En primer lugar, se completa la definición de la situación de desamparo regulada en el artículo 172 CC, estableciendo por primera vez en una norma de carácter estatal las circunstancias que la determinan<sup>70</sup>, con lo que se

69 PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», ob. cit., pp. 107-108.

70 Por su parte, la legislación autonómica ha establecido en diversas disposiciones un prolijo elenco de supuestos que se consideran desamparo. En este sentido, cabe citar como ejemplo la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, que cita, entre otras situaciones, «el abandono voluntario del menor por parte de su familia; la ausencia de escolarización habitual del menor; la existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas; la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza; el trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda; la drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor; la convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad; y, la falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor» (art. 23.1). Junto con la anterior, otras normas autonómicas que recogen una relación de supuestos de hecho considerados como desamparo son: el artículo 63.2 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; el artículo 49.2 de la Ley 1/2006, de 28 febrero, de Protección de Menores de La Rioja; el artículo 50 de la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, de Navarra; el artículo 56 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León,

introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración. Así, como apunta ADROHER BIOSCA, el listado fue consensuado con las comunidades autónomas tras un análisis comparado de sus legislaciones en la materia y supone un importante avance en el tratamiento similar de estos casos en el territorio español<sup>71</sup>.

Actualmente, con la nueva ley se entenderá que existe una situación de desamparo cuando se dé una o algunas de las circunstancias que contempla con la suficiente gravedad, de tal forma que, valoradas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor (art. 18 LOPJM). En concreto, el citado precepto contempla las siguientes circunstancias:

a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla.

b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.

c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.

d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental

---

y el artículo 59.2 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. En cualquier caso, es cierto que en todas estas listas de supuestos se incluye siempre una cláusula abierta, pues existen tantas posibilidades que en la realidad social pueden conducir al desamparo del menor que resulta difícil contemplarlas todas en una norma (MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 72).

71 ADROHER BIOSCA, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», ob. cit., p. 47.

grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

Con todo, el legislador cierra la enumeración de tales circunstancias con una cláusula abierta, como no podía ser de otra forma, ya que una lista cerrada conlleva el riesgo de dejar fuera circunstancias no contempladas por la norma que pueden igualmente conducir al desamparo del menor.

Se destaca expresamente por el legislador que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo (art. 18.2, párrafo segundo, LOPJM). Al respecto, debemos tener presente que, aunque el legislador establezca expresamente que la pobreza, por sí sola, no es causa para que se declare la situación de desamparo, es evidente que sí implica el riesgo de aumento de vulnerabilidad social de los menores y sus familias. Por ello, es necesario actuar con cautela en el establecimiento de medidas de protección cuando concurren, junto con otras circunstancias, situaciones transitorias de insolvencia o dificultades económicas, articulando las actuaciones necesarias que eviten una ruptura del vínculo familiar y garanticen un adecuado régimen de relaciones familiares, así como la posibilidad de una futura reintegración familiar, cuando el interés superior del menor así lo recomiende<sup>72</sup>.

El Consejo General del Poder Judicial se pronuncia sobre este punto, considerando muy adecuada, por obvia que parezca, la incorporación de esta referencia, en tanto puede servir de declaración de principio. Pero añade algo más; a su parecer, debería acompañarse esta referencia de un énfasis paralelo respecto de las obligaciones de los poderes públicos de contrarrestar con políticas, prácticas y presupuestos y minimizar el impacto directo que la pobreza tiene en la génesis de las situaciones de riesgo para los niños y adolescentes, en línea con la Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad, en cuyo apéndice se destaca cómo el ejercicio del papel parental en situaciones de riesgo o de efectiva exclusión social puede ser particularmente difícil y debe prestarse especial atención a las necesidades de los menores y sus familias en tal situación<sup>73</sup>.

Por último, se establece que en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos (art. 18.2 ,párrafo segundo, LOPJM).

---

72 Así lo señala el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, de 28 de mayo de 2014, p. 27.

73 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 29.

### 5.3.2. Asunción *ope legis* de la tutela administrativa

Como es bien sabido, la declaración de la situación de desamparo supone la asunción *ope legis* de la tutela del menor por parte de la entidad pública. Así, el artículo 172.1 CC dispone en su párrafo primero: «Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria»<sup>74</sup>.

La asunción por la entidad pública de la tutela administrativa de un menor concreto exige que se dicte una resolución administrativa declarándole en situación legal de desamparo. La resolución administrativa que declare tal situación y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata, sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial (art. 172.1 CC). Como novedad sobre esta previsión legal hay que señalar la obligación de notificar la resolución al menor afectado y, además, como vemos, se precisan la forma y el plazo en que se ha de notificar la resolución a los progenitores o guardadores legales y al propio menor.

Esta resolución administrativa tiene como presupuesto la constatación de que concurre tal situación de hecho de forma no meramente transitoria, sino estable. Al respecto, estamos de acuerdo con DE PABLO CONTRERAS cuando concluye que la reforma de 2015 ha asumido como criterio general que la constatación de la situación de desamparo del menor como un hecho estable, no circunstancial ni transitorio, al que ha de atender la entidad pública, se produzca en el ejercicio de las potestades administrativas que preceden a la resolución en que se declara; y en estas situaciones previas (las de riesgo o sometimiento a la guarda solicitada o asumida de forma provisional) tiene lugar siempre la valoración del posible desamparo del menor con participación de su familia (padres, tutores o guardadores de hecho). Solo esto puede explicar que en su redacción actual, el artículo 172.1 CC considere que la entidad pública puede dictar de oficio la resolución administrativa que declare a un menor en desamparo, pues únicamente el hecho de que los progenitores, tutores o guardadores hayan sido oídos en una situación jurídica precedente justifica que esta norma se

---

74 Sobre el procedimiento administrativo de declaración legal de desamparo de un menor, véase MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 404-407.

limite a prever su notificación como presupuesto que le permite recurrirla, junto con otros sujetos también legitimados y con carácter revisor, ante la jurisdicción civil<sup>75</sup>.

Conviene recordar, asimismo, que esta tutela atribuida *ex lege* a la entidad pública lleva consigo paralelamente la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria, y la asunción de las funciones propias de la tutela ordinaria, sin perjuicio de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación y beneficio del menor (art. 172.1 CC). Además, la reforma incluye una novedad en este precepto, y es que la entidad pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (art. 172.1, párrafos 3 y 4, CC), pues recordemos que antes de la reforma solo era posible la suspensión de las mismas.

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa de la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida o los tutores que tengan suspendida la tutela podrán solicitar a la entidad pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo si entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela, lo que supone una novedad para los tutores, pues la regulación anterior no los legitimaba expresamente para instar esta solicitud<sup>76</sup>.

Igualmente, durante el mismo plazo de dos años podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor<sup>77</sup>. Pero pasado dicho plazo decae este derecho de los padres o tutores<sup>78</sup> y solo el Ministerio Fiscal podrá impugnar la resolución de la entidad pública, lo que implica igualmente otra novedad que incluye la reforma. En cualquier caso, durante ese plazo de dos años la entidad pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando

---

75 DE PABLO CONTRERAS, P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 132-133.

76 La revocación del desamparo se regula en el artículo 172.3 CC, a cuyo tenor: «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. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal».

77 *Vid.* los artículos 779 y 780 LEC, que regulan la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Ambos preceptos son modificados por la Ley 26/2015, que unifica el plazo a dos meses para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas sobre protección de menores, eliminando la diferenciación que se hacía respecto a las declaraciones de desamparo.

78 No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen (art. 172.2 CC).

En suma, pues, como apunta LÁZARO GONZÁLEZ, con esta reforma del artículo 172 CC se incorporan garantías tanto en lo que se refiere a la notificación de la resolución de desamparo como a los plazos que vienen a asegurar la rapidez que exige una decisión de estas características y a la posibilidad de oponerse a la misma. El sistema quiere evitar que dotar al niño de una solución estable para su protección sea una pura ficción en la ley o que la atención inmediata, que ya estaba prevista, le coloque en una indefinición en cuanto a su futuro<sup>79</sup>.

Por consiguiente, la declaración de desamparo conlleva como primer efecto la separación del menor de su núcleo familiar, lo que no obsta para que el objetivo a seguir sea facilitar la reintegración del menor con su familia de origen una vez que la situación se haya normalizado y su vuelta no resulte perjudicial para aquel. Este principio de prioridad de la familia de origen, igualmente aplicable en situaciones de riesgo como en situaciones de desamparo, es acogido por el legislador antes y después de la reforma. Así, actualmente la LOPJM obliga expresamente a la entidad pública que asuma la tutela de un menor a elaborar un plan individualizado de protección incluyendo un programa de reintegración familiar cuando esta sea posible (art. 19 *bis* LOPJM).

### **5.3.3. Sobre el retorno del menor con su familia de origen**

En todo caso, para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico, tal como establece el artículo 19 *bis* LOPJM.

Este artículo incorpora los criterios que la sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009 ha establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor. En concreto, dicha resolución dispone que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es necesario que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido

---

79 LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», ob. cit., núm. 11, 2015, p. 6 (versión electrónica).

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<sup>80</sup>.

En este orden de ideas, cabe citar como ejemplo el supuesto que resuelve la STS de 21 de diciembre de 2016. En este caso los padres de un menor se oponen a la resolución administrativa que acuerda el acogimiento familiar preadoptivo de su hijo. Todas las instancias judiciales coinciden en que si la vuelta del menor con su familia de origen puede ser ya perjudicial, si no se considera beneficioso para él retornar con su familia natural, no se puede decidir en contra del interés del menor, que en este supuesto concreto pasa por quedarse con su familia de acogida. El Tribunal Supremo recuerda que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas; y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de función subordinada al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para su interés, contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con dichas medidas.

Como añade el Supremo, una consecuencia del mandato del artículo 39 CE, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores ha sido la reciente publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, con idéntica finalidad. En concreto, el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, dispone en el número 3 que «para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma [...]. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma». Tal ponderación, concluye el Tribunal Supremo, ha sido llevada a cabo por la sentencia recurrida, poniendo el acento en el informe emitido por la psicóloga forense, del que se infiere que por el tiempo transcurrido, por la integración en la familia de acogida y su entorno, así como por los vínculos afectivos con la misma, no se considera beneficioso para él retornar a la familia natural, ya que no puede predicarse que dicho retorno garantice sus derechos, no por causa de la madre sino por el entorno familiar de ella. Por tanto, ante

---

80 STS ,31 de julio, 2009 (RJ 2009/4581). Posteriormente, han recogido esta doctrina, entre otras, las SSTs, de 13 de junio 2011 (RJ 2011/4526), de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011/2362) y de 28 de septiembre 2015 (RJ 2015/2293).

ese interés superior del menor debe ceder el de los padres biológicos recurrentes, no por motivos de recursos económicos, que sería contrario a la legislación actual (art. 18 LOPJM), si ese fuese el único factor valorado, sino en atención a los vínculos existentes ya entre el menor y sus acogedores, así como por las circunstancias que dieron lugar a las medidas iniciales de protección, de las que se hace eco el informe de la psicóloga forense.

En suma, pues, el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (SSTS de 13 de junio de 2011, y de 17 de febrero de 2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de función subordinada al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés de aquel (STS de 31 de julio de 2009)<sup>81</sup>.

En línea con lo expuesto, cuando se trate de menores extranjeros no acompañados, se procurará también la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad (art. 19 bis, 5 LOPJM).

Por otro lado, partiendo de las consideraciones anteriores, 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; decisión que se tendrá que notificar al Ministerio Fiscal (art. 172.3 CC)<sup>82</sup>.

Asimismo, atendiendo a la provisionalidad y temporalidad de las medidas, la reforma incluye también como novedad las causas específicas por las que puede cesar la tutela del menor declarado en desamparo. En concreto, el artículo 172.5 CC dispone: «La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la

---

81 STS de 21 de diciembre (RJ 2016/6271).

82 Como apunta BERROCAL LANZAROT, aunque no se especifica, como en la regulación anterior, que tal decisión de revocar la situación de desamparo se puede hacer en todo momento, se entiende que puede ser así, esto es, en ese plazo de dos años o transcurrido el mismo (BERROCAL LANZAROT, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015, p. 7).

desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:

- 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<sup>83</sup>.
- c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido».

## **6. INSTITUCIONES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DEL MENOR**

Las instituciones protectoras de la infancia y la adolescencia, que ahora veremos con más detalle, se concretan, como sabemos bien, en la guarda, el acogimiento y la adopción del menor, cada una de ellas en sus distintas modalidades. Dichas instituciones han sido objeto también de importantes modificaciones por la Ley 26/2015.

### **6.1. La guarda**

#### **6.1.1. Guarda provisional**

Por lo que respecta a esta figura de la guarda, haremos referencia, en primer lugar, a la denominada guarda provisional, que la reforma introduce dentro de las medidas de atención inmediata para atender a situaciones de urgencia, sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores. En concreto, se establece que la entidad pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 CC, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias que sean necesarias para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo (art. 14 LOPJM).

De acuerdo con el remitido artículo 172.4 CC: «En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal,

---

83 *Vid.*, asimismo, el artículo 18.4 LOPJM, a cuyo tenor: «En caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma de origen y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de este».

procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de este, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública».

Se trata, como vemos, de una figura que introduce la reforma en virtud de la cual la entidad pública adquiere la guarda provisional del menor que necesita cuidado y atención inmediatos, mientras se investigan sus circunstancias y se constata su situación real. Dado que hablamos de una concreta modalidad de guarda de menores, la entidad pública no asume la tutela del menor en cuestión, únicamente su guarda y, por ende, el deber de velar por él, que ejercerá mediante el acogimiento.

Se requiere resolución administrativa para su constitución, que deberá comunicarse al Ministerio Fiscal, debiendo mantenerse esta medida durante el plazo más breve posible. Como explica el legislador, la guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales, pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica, si bien es cierto que no se indica expresamente cuál debe ser ese breve plazo. Por ello, se prevén las obligaciones de las entidades públicas y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa. Con todo, creemos que debería haberse fijado el tiempo máximo que puede prolongarse dicho plazo, para una mayor seguridad jurídica, siquiera fuera con posibilidad de prórroga con carácter excepcional<sup>84</sup>.

### **6.1.2. Guarda voluntaria o asistencial**

Por otro lado, hay que tener presente la llamada guarda voluntaria o guarda asistencial, esto es, la solicitada por los padres o tutores que no puedan cuidar del menor por circunstancias graves y transitorias, que pasa a regularse en el artículo 172 bis CC.

---

84 Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La guarda y el acogimiento de menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2015, p. 1. En palabras de MORENO-TORRES, habrá que ver cómo se aplican estas disposiciones legales y cómo se interpreta la brevedad del plazo, especialmente en situaciones como la de los menores extranjeros no acompañados, para que no se produzcan dilaciones en las declaraciones de desamparo que haya que dictar (MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 30).

Estas causas no vienen especificadas en la legislación, si bien es cierto que deberá tratarse de causas ajenas a la voluntad de los progenitores o causas involuntarias o de fuerza mayor. En todo caso, tales circunstancias deben estar debidamente acreditadas con el fin de impedir que se utilice esta figura como medio arbitrario para que los padres o tutores deleguen temporalmente sus deberes de guarda<sup>85</sup>.

En cuanto su formalización: «La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades» (art. 172 *bis* CC). Una vez que se tramite la solicitud de guarda, siguiendo los trámites del procedimiento administrativo común<sup>86</sup>, la entidad pública dictará la resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la entidad pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, que será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal (art. 172 *bis* CC). Es decir, deberá motivarse y notificarse fehacientemente a quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento y al Ministerio Fiscal<sup>87</sup>.

La reforma introduce como novedad una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (art. 19 LOPJM). Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores<sup>88</sup> o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser

---

85 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», cit., p. 132.

86 A falta de especificación concreta en la legislación aplicable, fundamentalmente autonómica (MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., p. 399).

87 MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 399-400. Como apunta la autora citada, dicha resolución responde a una petición concreta, por lo que debe ser congruente con lo pedido, es decir, la respuesta de fondo debe decidir sobre la asunción de la guarda. Si las circunstancias del caso justifican la adopción de una decisión distinta a la asunción o no asunción de la guarda tal como se solicita por los progenitores o tutores, deberá iniciarse —esta vez de oficio— un procedimiento distinto tendente, por ejemplo, a apreciar una posible situación de desamparo. Lo que no parece razonable es que se solicite una guarda voluntaria y se obtenga como respuesta una declaración de desamparo. Los procedimientos a seguir en uno y otro caso son distintos, empezando por su distinto modo de iniciarse (a petición de progenitores o tutores de oficio, respectivamente) y siguiendo por otros aspectos en la tramitación y en la resolución expresa o no del procedimiento (efectos del silencio, por ejemplo). La regulación de los procedimientos no se contiene en la ley, de modo que será de aplicación lo establecido en la legislación sobre procedimiento administrativo común.

88 Téngase en cuenta en este orden de ideas el artículo 19 *bis*, apartados 2, 3 y 4, LOPJM, conforme al cual: “Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo

declarado en situación legal de desamparo. De esta manera se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a la Administración pública *sine die*, privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia. En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional (art. 19 *in fine* LOPJM).

Resumiendo, pues, lo que hasta aquí se ha expuesto, si bien la declaración de desamparo conlleva, como vimos *ut supra*, la asunción de la tutela *ex lege* por la Administración pública y la correlativa suspensión de la patria potestad, la guarda voluntaria no afecta a la patria potestad en el sentido de que los padres no son suspendidos en su ejercicio, únicamente afectará a sus deberes de guarda, que pasan a ser asumidos por la entidad pública competente. Con todo, dado el principio básico de reintegración familiar del menor, ambas figuras son de carácter provisional, cesando tan pronto como acabe la situación que les dio lugar o, en su caso, dando lugar a la adopción de una medida de protección permanente<sup>89</sup>.

Sea como fuere, tanto la tutela como la guarda se ejercerán a través del acogimiento familiar o, de no ser este posible, mediante un acogimiento residencial. Sobre esta figura del acogimiento y sus modificaciones repararemos a continuación, pero antes de ello destacaremos otra novedad también relevante que incluye la reforma cuando el menor queda bajo la guarda o tutela de la Administración. En estos casos se permite a la entidad pública establecer una cantidad que deben abonar los progenitores o tutores «para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos» (art. 172 *ter*, apartado 4, CC). Como señala CAMPO IZQUIERDO, con esta previsión se pone fin a un vacío legal que solía verse en los procesos de familia respecto a quién

---

dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. Cuando se proceda a la reunificación familiar, la Entidad Pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor».

89 Siguiendo a SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, es lógico que, si la familia se considera el mejor entorno para el desarrollo integral del menor, tanto la tutela administrativa como la guarda estén concebidas como algo provisional. Y esta característica, tanto de la tutela como de la guarda, se ha querido intensificar en la reforma por comprometer el fin último de las medidas de protección sobre el menor: su reintegración familiar, si es posible (SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *ob. cit.*, p. 137).

debe sufragar los gastos del menor cuando queda bajo la guarda y custodia de la Administración mediante una medida de protección. Antes de la reforma lo habitual era que fuese la propia Administración pública, vía presupuestos, la que sufragara esos gastos y no sus progenitores<sup>90</sup>. Con la reforma, como vemos, se pretende cambiar esta tendencia<sup>91</sup>.

### 6.1.3. Guarda judicial

Además de la guarda provisional y la voluntaria hasta aquí expuestas, recordemos que existe también la guarda judicial. A esta se refiere el legislador cuando establece que la entidad pública asumirá la guarda del menor cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda. Así se contemplaba antes de la reforma (art. 172.2 *in fine* CC) y después de la misma (art. 172 *bis* 2 CC). Consiguientemente, en cualquier procedimiento civil o penal el juez puede ordenar como medida de protección del menor que su guarda se ejerza por terceras personas, normalmente familiares o la entidad pública, hasta que se dispongan medidas definitivas (art. 158.6 CC)<sup>92</sup>. Siguiendo a MORENO-TORRES, cabe destacar la similitud de esta figura con la guarda provisional que vimos al comenzar este epígrafe, dadas la vocación de transitoriedad de ambas medidas hasta que se esclarezcan los hechos que dan lugar a las mismas y su finalidad de proteger con carácter urgente<sup>93</sup>.

### 6.1.4. Guarda de hecho

Por último, no podemos acabar este somero análisis sobre la guarda del menor de edad sin mencionar la guarda de hecho. Como sabemos, esta figura existe cuando alguna persona que no está investida oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor asume y ejerce de hecho tales funciones. Ya antes de la reforma, se preveía que la autoridad judicial que tuviese conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podría requerirle para que informase de la situación personal y patrimonial del

---

90 CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», *La Ley. Derecho de Familia*, 2014, p. 1.

91 Ello no obstante, cabe destacar, siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que esta última previsión del citado precepto referida a los gastos «derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos» no parece tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1903 CC, tanto los padres como los tutores responden de los daños causados por los hijos y tutelados menores, respectivamente, únicamente si están bajo su guarda y custodia y, por definición, este no es el caso (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La guarda y el acogimiento de menores», ob. cit., núm. 9, 2015, p. 2).

92 MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 29.

93 Pero en la guarda provisional es la entidad pública la que acuerda la medida de guarda, ya que no nos hallamos ante un proceso judicial, sino en situaciones como la de los menores extranjeros no acompañados o menores de corta edad que son localizados solos, sin que, en principio, exista ilícito penal alguno (MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 31).

menor y de su actuación en relación con el mismo, pudiendo establecer además las medidas de control y vigilancia que considerase oportunas (art. 303 CC).

Ahora, tras la reforma, el mismo artículo añade que, cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Además, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores (art. 303.1, segundo párrafo CC). Asimismo, la reforma establece que procederá la declaración de situación de desamparo de los menores en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados legalmente en el artículo 172 CC. En este caso, si bien es cierto que la tutela de los menores en situación de desamparo corresponde por ministerio de la ley a la entidad pública, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela de este, como es el guardador de hecho, se las nombrará como tutoras conforme a las reglas ordinarias (art 239. 1 y 2 CC). En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (art. 303.2 CC)<sup>94</sup>.

## **6.2. El acogimiento como figura para ejercer la guarda o tutela del menor**

Cuando el menor en situación de desprotección no puede permanecer o tiene que ser separado de su familia de origen, la entidad pública competente deberá acordar su acogimiento. Esta es, efectivamente, la figura que nuestro ordenamiento prevé como cauce para ejercer la tutela o la guarda del menor por parte de la entidad pública<sup>95</sup>.

---

94 Al respecto, MORENO-TORRES SÁNCHEZ destaca lo novedoso de esta legitimación del guardador de hecho para promover ante el juzgado la privación o suspensión de la patria potestad y el nombramiento de tutor. Además, ya no es necesario un procedimiento separado para acordar la privación, sino que en el mismo procedimiento de tutela se puede acordar la privación o suspensión. Hasta ahora, concluye la autora, no existía un criterio uniforme en esta materia, lo cual había dado lugar a una gran inseguridad jurídica a los menores y sus guardadores, ya que ante situaciones iguales existía una respuesta distinta (MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 27).

95 Como explica BERROCAL LANZAROT, desde que la entidad pública asume la tutela de un menor en desamparo hasta que este menor se reintegra en su familia o se da en adopción, puede transcurrir un período de tiempo durante el cual es preciso que el menor participe de un ámbito familiar idóneo. Máxime si la ley establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos la integración familiar y social (art. 11.2c LOPJM). Y lo mismo sucede cuando, hasta la reintegración en su familia de origen, las entidades públicas asumen la guarda de ciertos menores, en virtud de solicitud de los progenitores o tutores o por decisión judicial. Por lo que la figura del acogimiento familiar responde básicamente al citado principio rector que impone a la entidad pública el deber de procurar al menor un ambiente familiar idóneo (BERROCAL LANZAROT, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», ob. cit., pp. 8-9).

Dicho acogimiento puede ser familiar o residencial. En el primer caso, la Administración delega la guarda en la persona o personas de los acogedores, mientras que en el acogimiento residencial, la guarda se delega en el director o responsable del centro donde esté acogido el menor. Ya antes de la reforma se establecía expresamente la preferencia del acogimiento familiar sobre el residencial. Es decir, solo cuando el acogimiento familiar no fuera posible o conveniente para el interés del menor, se acudiría al acogimiento residencial. Y ello porque la familia se considera el mejor entorno para favorecer el libre desarrollo de la personalidad del menor. En la legislación actual esta preferencia se plasma efectivamente en diversos preceptos, tales como el artículo 21.3 LOPJM, conforme al cual, con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años.

### **6.2.1. Principales novedades del acogimiento tras la reforma de 2015**

Como novedad cabe destacar la supresión del acogimiento familiar judicialmente constituido, con objeto de favorecer la agilidad y preservar el interés de los menores. De esta forma, se equipara al acogimiento residencial en cuanto a la forma de constituirlo, ya que no requiere intervención del juez, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores. Consiguientemente, tras la reforma el acogimiento se formaliza en todo caso por resolución de la entidad pública que tenga la tutela o la guarda (art. 20.2 LOPJM). Se trata de una modificación que ya se demandaba desde diversos sectores, pues con la regulación anterior la necesidad de instar un proceso judicial para establecer acogimientos era fuente de dilaciones, complicaciones procesales y de duplicidad de procedimientos. De ahí que fuera bien recibida esta modificación de su constitución, simplificando el procedimiento, sin perjuicio, claro está, del control jurisdiccional de la resolución administrativa de acogimiento si la misma es impugnada por persona legitimada<sup>96</sup>.

Otra novedad reseñable que introduce la reforma es la necesidad, como ocurre en la adopción, de que se valore la adecuación de los acogedores, y se definen los criterios de la misma, criterios que no estaban hasta ahora recogidos en la normativa estatal. Así, con la nueva ley, el acogimiento se formalizará previa valoración de la adecuación de la familia para tal fin<sup>97</sup>.

---

96 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014. En contra de la administrativización del acogimiento se manifiesta CAMPO IZQUIERDO. El autor dice que le preocupa que el acogimiento, como ya ocurrió en su día con el desamparo, se administrativice, porque entiende que con ello se pretende evitar el control jurisdiccional que, nos guste o no, da mayores garantías a las familias de origen y al menor de cara a evitar situaciones de indefensión y, sobre todo, de control sobre actuaciones realizadas para reintegrar al menor con su familia de origen o extensa, antes de iniciar trámites de acogimiento permanente o adopción con terceros (CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», ob. cit., pp. 1-2).

97 «En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que

Sobre este particular, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2018 (RJ 2018/2792). El supuesto en cuestión tiene su origen en la solicitud de acogimiento por parte de la abuela materna de una menor declarada en desamparo, solicitud que fue desestimada por resolución administrativa alegando la falta de idoneidad de la solicitante. La abuela se opone a dicha resolución y formula demanda ante el juez de primera instancia, que la desestima al entender que la resolución adoptada es conforme a derecho y atiende al interés superior de la menor. El juez en este caso se apoya fundamentalmente en el contenido del informe emitido por el equipo psicossocial adscrito al juzgado. La abuela interpone recurso de apelación y la audiencia provincial lo estima revocando la sentencia de primera instancia. En esta ocasión, la Audiencia no comparte la valoración que efectúa el juzgado de primera Instancia para sustentar su fallo desestimatorio, porque entiende que los factores desfavorables que se recogieron en el informe psicossocial no son de tal entidad como para considerar a la abuela inhábil o inadecuada para ostentar la condición de acogedora. La Administración pública interpone recurso ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal recuerda que entre los principios rectores que establece la legislación para los poderes en relación con los niños se prevé «el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés» (art. 11. 2 b LOPJM). El Supremo sostiene que la abuela es capaz, a pesar de las dificultades que la acucian y posiblemente algo afectada por las mismas, de proporcionar a la menor el ambiente familiar y de estabilidad emocional que la Administración pública está deseando procurar para la misma, por lo que desestima el recurso.

Por otro lado, se mantiene la distinción entre acogimiento en familia extensa del menor y acogimiento en familia ajena. Este último podrá ser especializado cuando se desarrolle en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral (art. 20.1 LOPJM)<sup>98</sup>.

Se regula asimismo un catálogo de derechos y deberes de los acogedores (art. 20 bis LOPJM). La trascendente función desempeñada por las familias de acogida hace muy conveniente que una disposición general perfile su estatus y así se había destacado

---

se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia». Además, como apunta el legislador, «cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento» (art. 20.2 LOPJM).

98 Además, el acogimiento especializado podrá ser profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la entidad pública (art. 20.1 *in fine* LOPJM).

en las conclusiones de la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. Se incluye, en primer lugar, un amplio elenco de derechos destinados a permitir a los acogedores el ejercicio adecuado de sus funciones en beneficio del interés del menor<sup>99</sup>. Entre tales derechos que contempla la reforma, cabe destacar especialmente el derecho a ser oídos por la Entidad pública antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen [art. 20 bis 1, letra b LOPJM]. Se considera acertada esta previsión no solo porque supone el reconocimiento del interés legítimo de los acogedores en estas decisiones, sino por el hecho de que los mismos pueden aportar información valiosa para coadyuvar al acierto en la toma de decisiones. Lo mismo puede decirse del reconocimiento del derecho a ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada (art. 20 bis 1, letra d) LOPJM)<sup>100</sup>. También es destacable el derecho a relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la entidad pública entiende que conviene a su interés superior y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 20 bis 1, letra m LOPJM).

Junto con este elenco de derechos se incorpora asimismo un catálogo de deberes de los acogedores, tales como velar por el bienestar y el interés del menor, oír al menor antes de tomar decisiones que le afecten, asegurarle la plena participación en la vida familiar, informar a la entidad pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor, respetar y facilitar las relaciones del menor con su familia de origen en la medida de sus posibilidades y en el marco del régimen de visitas establecido y facilitar, en su caso, la reintegración familiar (art. 19 bis 2 LOPJM).

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las mismas obligaciones que se imponen a los progenitores de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. La reforma precisa, como novedad, que cuando se trate de un menor discapacitado deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (art. 173.1 CC).

Por otro lado, la constitución del acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera

---

99 LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», ob. cit., núm. 11, 2015, p. 7 (versión electrónica).

100 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, pp. 34-35.

mayor de doce años (art. 173.2 CC). La reforma incluye en este precepto la intervención del menor acogido, que no se contemplaba en la anterior regulación.

Además, también como novedad, se contemplan los derechos del menor acogido, destacando, entre otros, el derecho a relacionarse con su familia de origen, sobre el que trataremos posteriormente, el derecho a mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si conviniera a su interés superior y siempre que lo consintieran el menor, la familia de acogida y la de origen, y el derecho a pedir el cese del acogimiento (art. 21 *bis* LOPJM).

### **6.2.2. Acogimiento familiar: tipos**

En otro orden de ideas, hay que tener presente, asimismo, que la nueva ley suprime el acogimiento familiar provisional, que ya no se entiende necesario ante la simplificación de la figura, y suprime también el acogimiento preadoptivo, que se configura expresamente como una fase del procedimiento de adopción<sup>101</sup>. Con ello, explica el legislador, se introduce claridad en los verdaderos supuestos de acogimiento familiar, que quedarán concretados en los tres siguientes: de urgencia, temporal y permanente:

a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda. El objetivo es limitar lo máximo posible el tiempo de duración de la transición, dada la corta edad del menor<sup>102</sup>.

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable, como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva<sup>103</sup>.

c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La entidad pública podrá solicitar del juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la

---

101 Cabe mencionar de nuevo aquí la disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, a cuyo tenor todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realicen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 *bis* CC.

102 MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», *ob. cit.*, p. 412.

103 De acuerdo con la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realicen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 *bis* CC.

tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (art. 173 bis CC)<sup>104</sup>.

### 6.2.3. Acogimiento residencial

En cuanto al acogimiento residencial, como se viene apuntando, es subsidiario del familiar, y así lo establece expresamente el legislador en diversos preceptos.

«Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años, y excluyendo la medida para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses» (art. 21.3 LOPJM)<sup>105</sup>.

Ello se explica, en palabras de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, porque la familia se considera de forma unánime como el instrumento social más idóneo para la transmisión de valores y pautas de conducta, para la formación y el pleno desarrollo personal del menor. Sin embargo, en ocasiones, el acogimiento residencial puede resultar la medida más

---

104 BERROCAL LANZAROT realiza una comparación de estas modalidades que establece la reforma con las tres que contemplaba la regulación anterior: acogimiento familiar simple, preadoptivo y permanente. Así, explica la autora, el acogimiento familiar simple está, al igual que el acogimiento temporal actual, caracterizado por la nota de transitoriedad. De hecho, tal acogimiento simple obedecía a los supuestos en que era seguro o previsible que la guarda concluiría con la reinserción del menor en su propia familia, al haber tenido lugar por un desamparo motivado por razones coyunturales o guarda asumida de modo transitorio por la entidad pública a solicitud de los padres (antiguo art. 173 bis 1 CC); o, también como recurso provisional hasta que se toma una decisión sobre la asunción de una medida de carácter más estable para el menor —adopción o constitución de la tutela ordinaria—. No se establecía plazo, a diferencia de la regulación actual, donde el acogimiento familiar temporal tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor determine la necesidad de una prórroga de la medida por la inmediata o previsible reintegración en la familia de origen o la adopción de otra medida de protección definitiva. En cuanto al antiguo acogimiento familiar permanente, tenía lugar ante el carácter definitivo de las circunstancias que motivaron el desamparo, que no hacían posible la reinserción del menor en su familia, y sin que además fuera conveniente la adopción para el menor —por su edad avanzada—. De ahí, la exigencia de un acogimiento más estable y desprovisto de la nota de transitoriedad. Sin embargo, en la actual regulación se adoptará tal acogimiento cuando finalice el plazo de dos años de acogimiento temporal y no sea posible la reintegración en la familia de origen o en los casos de menores con necesidades especiales o cuando la situación del menor y su familia así lo aconsejen (BERROCAL LANZAROT, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», ob. cit., p. 15).

105 Este carácter prioritario del acogimiento familiar se establece asimismo en el artículo 172 ter 1 CC al disponer que la guarda «se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial».

indicada atendiendo al interés superior del menor, una vez valoradas sus circunstancias personales, familiares y sociales<sup>106</sup>. Tal preferencia conlleva, asimismo, que cuando se acuerde un acogimiento residencial una de las obligaciones que compete a las entidades públicas y los centros de acogimiento sea la de promover la relación y colaboración familiar, programándose al efecto los recursos necesarios para posibilitar el retorno del menor a su familia de origen, si se considera que es conveniente para su interés (art. 21.1e) LOPJM). Además, ha de contar con un plan individual de protección de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución (art. 21.1b) LOPJM). De esta manera, la reforma impone a la entidad pública el deber de elaborar planes de trabajo con las familias desde el momento en que se constituye el acogimiento residencial, con objetivos claros y evaluables en un plazo de tiempo determinado, para evitar que los acogimientos residenciales se perpetúen y no puedan ensayarse otra vías de convivencia familiar<sup>107</sup>.

La reforma establece, asimismo, que todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de la protección deberán estar siempre habilitados administrativamente por la entidad pública, debiendo respetar el régimen de habilitación lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio (art. 21.2 LOPJM)<sup>108</sup>.

#### **6.2.4. Régimen de visitas del menor acogido**

Por último, otra novedad destacable es la posibilidad de que la entidad pública acuerde, para el menor sometido a acogimiento familiar o residencial, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones, siempre que sea conveniente para su interés. Para ello se requiere oír al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años<sup>109</sup>.

En estrecha relación con lo anterior, la reforma modifica, asimismo, el artículo 161 CC, que pasa a disponer que la entidad pública competente regulará las visitas y

---

106 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 145.

107 MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 41.

108 Sobre estos centros de protección de menores véase MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 423-426.

109 «La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa» (art. 172 ter, 3, CC).

comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal<sup>110</sup>. En esta misma línea, como adelantamos *ut supra*, la LOPJM —tras la reforma— establece que el menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la entidad pública (art. 21 *bis* 1 d)<sup>111</sup>. Por tanto, con la nueva normativa, la regulación de las visitas y comunicaciones del menor con su familia de origen corresponde a la Entidad pública. Es más, la intervención de la Entidad pública no acaba con la regulación del régimen de visitas, toda vez que ha de llevar a cabo también una función de control, tal como dispone el artículo 172 *ter* 2 CC *in fine*, a tenor del cual la «situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses»<sup>112</sup>.

En línea con la cuestión básica que centra el objeto de este trabajo, la cual es el interés superior del menor en situación de desprotección, vemos como la entidad pública, a la hora de regular el régimen de visitas del menor acogido, ha de basarse en su interés superior, que, como se viene apuntado desde un inicio, es el criterio fundamental al que debe atenderse a la hora de adoptar cualquier decisión que le afecte. Por ello, aunque la regla general sea el mantenimiento de las relaciones del menor con su familia de origen, cuando dichas relaciones perjudiquen su interés se procederá a la suspensión del régimen de visitas inicialmente fijado.

Al respecto, puede verse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5635). El caso en cuestión parte de la oposición de los padres de dos menores a la resolución administrativa por la que se acuerda suspender, en interés de aquellos, el régimen de visitas de los progenitores. Los menores se encontraban entonces en situación de acogimiento familiar permanente. La sentencia

---

110 A tal efecto, el director del centro de acogimiento residencial informará a la entidad pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. En cualquier caso, como añade el mismo artículo 161 CC, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

111 Recordemos que los acogedores tienen, asimismo, el deber de «respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso» (art. 20 *bis* 2 e) LOPJM).

112 MARTÍNEZ CALVO, J., «La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 253-254.

dictada en primera instancia, después de resolverse que la entidad pública sí tiene legitimación para la suspensión o regulación del derecho de visitas de los menores con sus progenitores, conforme al artículo 161 CC, centra el debate en determinar si ello es en interés del menor. Se desestima el recurso y los padres interponen recurso de apelación. La audiencia provincial confirma íntegramente la sentencia dictada en primera instancia. Los padres recurren al Tribunal Supremo, que desestima igualmente el recurso, confirmando la sentencia de instancia. Basándose en los informes aportados, la sentencia de instancia, confirmada después por el Supremo, destaca el pronóstico negativo respecto de una posible vuelta de los menores con sus progenitores. En particular, se apunta que, desde la suspensión cautelar de las visitas con los progenitores, se aprecia en los menores una notable mejoría en todos los niveles, pues se han ido estabilizando y ha mejorado su adaptación a las familias acogedoras y a sus entornos. No existe, en absoluto, ningún propósito de retorno ni a medio ni a largo plazo, por lo que no se estima conveniente ni mantener lazos ni crearlos, máxime cuando se tiene la garantía de que el contacto de los menores con miembros de la familia biológica desfavorecería la adecuada integración de los niños en sus nuevos mundos y realidades.

A nivel personal, y principalmente en el caso del hermano más pequeño, puede llevarle a una desestabilización emocional que derive en problemas de conducta y agudización de la sintomatología, dificultades de aprendizaje, falta de concentración, mayor agresividad, perjudicando su desarrollo evolutivo. Los aspectos positivos derivados de la falta de contacto con los progenitores tienen mucho más peso en la salud mental de los menores, que han sufrido sobremanera, que lo que pueda afectar en su cotidianeidad la posibilidad de que idealicen a sus padres, siendo la negligencia — voluntaria o involuntaria— de los progenitores rotunda y los daños causados, de graves consecuencias. Respecto al hermano mayor, la pediatra desaconseja firmemente las visitas con sus progenitores, porque esto supondría un nuevo trauma añadido a los ya sufridos. Considera que es un menor altamente dañado por las situaciones de maltrato infantil sufridas en su primera infancia. La nueva exposición a la presencia de sus maltratadores supondría un perjuicio importante en el menor, así como el empeoramiento de la estabilidad, que poco a poco va ganando con las nuevas vivencias con su familia de acogimiento, donde el menor se encuentra más seguro.

Así, la audiencia deduce que la decisión de la Administración responde al interés de los menores y por ello desestima la demanda de los padres. Además, la sentencia destaca que los padres no han aportado ninguna prueba a fin de acreditar que han variado las circunstancias tenidas en cuenta al suspender las visitas, ni que el beneficio de los menores pase por modificar lo acordado. Consecuentemente con todo lo expuesto, el Tribunal Supremo desestima igualmente el recurso de los progenitores, con base en el interés superior de los menores de edad.

### 6.3. La adopción

#### 6.3.1. Consideraciones previas

Como sabemos bien, desde que se promulgara el Código Civil, la regulación de la adopción ha sido objeto de diversas e importantes reformas. Así, inicialmente, la adopción se reguló como una institución dirigida exclusivamente a satisfacer los intereses de continuidad patrimonial y familiar de los adoptantes<sup>113</sup>. Sin embargo, hoy se configura como un instrumento de integración familiar presidido por el interés prevalente del menor adoptado.

La regulación actual del instituto adoptivo se debe, en su mayor parte, a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. A raíz de su entrada en vigor, la adopción se basa en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado, que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor se articulan en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación (arts. 108 y ss. CC)<sup>114</sup>. Así pues, esta ley supone un cambio categórico en la configuración del instituto adoptivo, que pasa de velar preferentemente por el interés del adoptante a

---

113 En esta línea, apunta BARBER CÁRCAMO, el adoptante asumía un papel clave en la configuración de la adopción, toda vez que su constitución y sus efectos dependían de la voluntad de aquel. Se trataba así de proteger a toda costa a la familia legítima del adoptante. Consiguientemente, el adoptado no rompía todos los vínculos con familia biológica porque no adquiría un *status familiariae* en la familia del adoptante, no se integraba en la misma ni adquiría derechos sucesorios; antes bien, la adopción solo le confería un *status filii* de contenido básicamente personal entre el adoptante y el adoptado al quedar este sometido a la patria potestad de aquel. En palabras de la autora, en la adopción confluyen, al menos, dos presupuestos estructurales que la «condenan» a su frecuente reforma, o mejor, a su adaptación a las circunstancias circundantes. Uno: la adopción no es una institución jurídica construida sobre una realidad natural que el derecho deba respetar, reconocer y amparar. Y dos: las finalidades sociales a que la adopción ha dado respuesta a lo largo de los siglos han variado sustancialmente (BARBER CÁRCAMO, R., «La filiación adoptiva», en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia. Las relaciones paterno-filiales* (I), vol. V, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 510).

114 Esta ley, en general, supuso la incorporación al Código civil de normas dispersas en la legislación administrativa, introduciendo así en él la figura del acogimiento como forma de protección de menores y reforzando la intervención de las entidades públicas competentes, al servicio del control del indeseable tráfico de niños. La Ley refiere en general la adopción a los menores no emancipados, reduce y flexibiliza los requisitos para adoptar, abriendo la institución más allá del matrimonio, y reordena los consentimientos exigibles para su constitución, tratando de conciliar la protección de los derechos de los padres biológicos con su indiscriminada oposición a la adopción. Por otra parte, clarifica la naturaleza judicial del acto constitutivo de la adopción, suprimiendo la necesidad de otorgar escritura pública, que se había revelado problemática e innecesaria (BARBER CÁRCAMO, R., «La filiación adoptiva», ob. cit., p. 519).

priorizar el interés del adoptado por encima de cualquier otro; de la preservación de la familia legítima del adoptante a la inserción plena del adoptado en la misma; y del juego de la autonomía de la voluntad del adoptante en la constitución y efectos de la figura a su estricta constitución judicial y configuración *ex lege*<sup>115</sup>. Paralelamente, se debe resaltar también que la Ley 21/1987 aumenta notablemente la intervención en el trámite adoptivo de las instituciones públicas y de las privadas que colaboren con ellas. Así, para iniciar el expediente de adopción se exige la propuesta previa por parte de la entidad pública competente. Con esta exigencia de intervención administrativa en el proceso adoptivo, el legislador pretende acabar con el descontrol que existía en estas actuaciones preliminares<sup>116</sup>. En suma, pues, la referida ley implica a la Administración pública en la adopción mucho más intensamente, con la finalidad de garantizar los derechos del menor. Por último, es importante apuntar que con esta reforma también adquiere mayor relevancia la intervención judicial en la tramitación de la adopción, al suprimir el requisito de escritura notarial para formalizar la adopción. Con el nuevo texto legal, esta quedará constituida, únicamente, por resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del menor. Se consagra así el carácter jurisdiccional de la adopción y se elimina la necesidad de otorgar escritura pública<sup>117</sup>.

No obstante, pese al indudable avance que esta ley de 1987 supuso y a las importantes innovaciones que introdujo, lo cierto es que su aplicación también fue poniendo de manifiesto determinadas lagunas, a la vez que el tiempo transcurrido desde su promulgación hizo surgir nuevas necesidades y demandas en la sociedad. Ello propició la redacción de nuevas previsiones sobre la adopción en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. En concreto, esta ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes; es decir, a partir de dicha ley, los adoptantes deben ser declarados idóneos para poder adoptar a un menor. Dicho requisito habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es esta la que formula la propuesta, o directamente por el juez, en otro caso<sup>118</sup>. Además, el incremento notable en los últimos años de las

---

115 BARBER CÁRCAMO, R., «La filiación adoptiva», ob. cit., pp.519-520.

116 En palabras de GIL MARTÍNEZ, se había producido la aparición de verdaderas organizaciones, con fines no muy altruistas, sino más bien crematísticos, orientadas hacia la colocación de niños para ser adoptados, teniendo que someterse los interesados en adoptar, en muchos casos, a las exigencias fijadas por aquellas organizaciones. Los contactos con clínicas, instituciones religiosas y otras asociaciones acogedoras de niños abandonados permitían su actuación, en muchas ocasiones, ilícita. Como reiteradamente ha salido a la luz a través de los medios de comunicación, se ha llegado a producir un auténtico tráfico de niños que ha obligado a intervenir a la jurisdicción penal para poner coto a tales vicios, a los que no han sido ajenos los propios progenitores (GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción: Ley 21/1987, de 11 de noviembre, comentarios y formularios*, Dykinson, Madrid, 1990, pp. 25-26).

117 En relación con aquella fase notarial, GIL MARTÍNEZ apuntaba que «a más de suponer un trámite dilatorio, innecesario y encarecedor del instituto, no parece que tuviera mucha justificación» GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción*, ob. cit., p. 13).

118 Como explica la exposición de motivos de la LO 1/1996, «este requisito, si bien no estaba expresamente establecido en nuestro derecho positivo, su exigencia aparece explícitamente en la

adopciones de niños extranjeros por parte de adoptantes españoles hace también que la ley orgánica aborde parcialmente la regulación de la adopción internacional<sup>119</sup>.

Precisamente, la creciente extensión de este fenómeno de la adopción internacional impulsa posteriormente la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Esta norma nace, efectivamente, con objeto de implementar una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada, capaz de dar respuesta al citado fenómeno de la adopción internacional en España. Cabe destacar especialmente que esta ley reconoce por primera vez de forma expresa el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos, sea la adopción nacional o internacional<sup>120</sup>. De esta forma, el legislador atiende a lo que venía siendo una demanda social<sup>121</sup>. Este derecho del menor adoptado resulta clave, como veremos, para la incorporación en nuestro derecho de una de las principales novedades que introduce en materia de adopción la Ley 26/2015, la llamada adopción abierta, toda vez que esta nueva figura representa, en realidad, una aplicación concreta del derecho del niño a conocer sus orígenes<sup>122</sup>.

Y, como la anterior, han ido surgiendo con posterioridad otras demandas que han impulsado recientemente, en el año 2015, una nueva reforma legal sobre protección de menores que ha incidido también sobre la adopción. En efecto, el paso del tiempo ha evidenciado de nuevo la necesidad de adaptar esta figura de la adopción a la realidad social vigente, esto es, a las circunstancias concurrentes actualmente que difieren de las que existían cuando se promulgaron las anteriores reformas<sup>123</sup>. Con

---

Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional y se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes».

119 La ley diferencia las funciones que han de ejercer directamente las entidades públicas de aquellas funciones de mediación que puedan delegar en agencias privadas que gocen de la correspondiente acreditación. Asimismo, establece las condiciones y requisitos para la acreditación de estas agencias, entre los que es de destacar la ausencia de fin de lucro por parte de las mismas. Además se modifica el artículo 9.5 del Código Civil estableciendo la necesidad de la idoneidad de los adoptantes para la eficacia en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero, dando de esta manera cumplimiento al compromiso adquirido en el momento de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas que obliga a los Estados parte a velar por que los niños o niñas que sean adoptados en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales en la adopción.

120 Véanse, al respecto, los artículos 12 LAI y 180.5 CC.

121 En España, esta cuestión sobre el derecho del adoptado a conocer sus orígenes había sido objeto de debate en los últimos años, tanto en los medios de comunicación como en la doctrina jurídica, y había dado lugar al nacimiento de movimientos asociativos y a diversas iniciativas de reforma legislativa que hasta ahora no terminaban de prosperar (GARRIGA GORINA, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 253).

122 SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 ter, 2016, pp. 68-69.

123 Como señala GARRIDO CHAMORRO, hasta tal punto ello es así que no resulta exagerado decir

todo, estamos plenamente de acuerdo con MARTÍNEZ DE AGUIRRE cuando afirma que, si bien se trata de una reforma importante, no es estructural, pues las líneas maestras del régimen legal de la adopción no se han visto modificadas, aunque haya habido novedades importantes, como se pondrá de manifiesto enseguida. Así, la adopción sigue siendo básicamente un instrumento de protección de menores, mediante el establecimiento de un vínculo completo de filiación carente de base biológica, y la paralela eliminación de los vínculos legales eventualmente preexistentes; todo ello, además, con una fuerte intervención administrativa, que se mantiene, y con la interdicción de las adopciones privadas, que igualmente se mantiene<sup>124</sup>.

### 6.3.2. Requisitos para adoptar. Aptitud e idoneidad de los adoptantes

En materia de adopción, el artículo 175 CC continúa exigiendo una edad mínima para poder adoptar (veinticinco años)<sup>125</sup>, si bien se introduce como novedad que entre el

---

que la adopción, tal y como se concibe y regula en nuestra actual sociedad, en el derecho contemporáneo, es una figura de nueva planta, creación del nuevo legislador, que prácticamente nada tiene que ver con sus antecedentes históricos. Porque datos como la intensa intervención judicial y especialmente administrativa que preside los procedimientos de adopción, la subordinación de toda la regulación al principio o valor fundamental del interés del menor, la organización de toda la regulación de la materia dentro del ámbito de la normativa, instituciones y medidas de protección de menores o la generalización de un uso de esta figura caracterizado por su finalidad (dar un entorno familiar a menores, que por carecer del mismo se encontrarían con notables dificultades para su desarrollo afectivo y personal) y por la equiparación del trato que se da a estos hijos adoptivos y los biológicos, son indicios de una configuración de la institución que se encuentra enormemente alejada de las finalidades que históricamente se le atribuían (GARRIDO CHAMORRO, P., «La adopción», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia*, Civitas, Navarra, 2015, p. 1075).

124 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 322.

125 Así se establece en el artículo 175 CC en la redacción introducida en su día por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Como explica ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, con ello el legislador se mantenía fiel a dos características omnipresentes en el derecho español sobre capacidad para ser adoptante: una, la exigencia de una capacidad de obrar reforzada, más allá de la plena capacidad de obrar general que se consigue a la mayoría de edad; y dos, una paulatina disminución en la edad legalmente fijada, desde los cuarenta y cinco años cumplidos que exigía la redacción originaria del Código Civil, rebajada luego a treinta y cinco en la ley de 24 de abril de 1958, y a treinta años en la ley de 4 de julio de 1970. Cierto es, añade la autora, que el tener los veinticinco años no asegura la existencia de madurez en el individuo. Mas, se trata de buscar *a priori* mayores garantías en la protección que el ordenamiento dispensa al menor que va a ser adoptado. Además, la exigencia de tener esta edad va íntimamente ligada a la concurrencia de otros requisitos exigidos (básicamente a los que se requieren para ser declarado idóneo), que difícilmente podría reunir una persona menor de esa edad [ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, M.<sup>a</sup> M., «Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, en *La Ley* (Derecho de Familia), núm. 7, octubre 2015, p. 3 (de la versión electrónica)].

adoptante y el adoptado haya una diferencia de edad, como mínimo, de dieciséis años, y, como máximo, de cuarenta y cinco<sup>126</sup>, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 CC<sup>127</sup>. Esta diferencia de edad máxima se incorpora para evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad provoquen distorsiones no deseables<sup>128</sup>. En este orden de ideas, es cierto que ya con anterioridad a la reforma se venía denegando la idoneidad de los solicitantes de la adopción cuando estos tenían una edad elevada.

Así, en un supuesto en el que el hombre que pretendía adoptar a un menor junto con su mujer tenía setenta y un años, el tribunal señala que «una diferencia generacional excesiva con el futuro hijo compromete a medio plazo la viabilidad del proyecto adoptivo, al tenerse que enfrentar la familia en el futuro al doble estresor de atender la crianza del menor y al proceso natural de envejecimiento del esposo; esta realidad objetiva e insoslayable, fruto del inexorable paso del tiempo, constituye a juicio de la Sala un obstáculo que pone en peligro el éxito de una adopción, no solo a causa de la magnitud del bache generacional que podría existir, sino también por el progresivo declive de las facultades físicas que implica la senectud» [SAP Valencia (Sección 1.ª) de 13 de septiembre de 2004 (RJ 2005\1147)].

Por otro lado, con la reforma se permite la adopción conjunta o sucesiva también por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, equiparando de esta forma a las parejas de hecho con los matrimonios (art. 175.4 CC). Y ello comprende la pareja de hecho heterosexual y homosexual. En rigor, la posibilidad de que una pareja de hecho adoptase a un menor se admitía con anterioridad a la reforma; si bien no de forma expresa, sí implícitamente, en virtud de la disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987, que equiparó, a los efectos de la adopción, a los cónyuges con los integrantes de una pareja estable heterosexual al disponer: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». Consiguientemente, quedaba excluida en todo caso la adopción por una pareja

---

126 Antes de la reforma la diferencia de edad mínima se establecía en catorce años, y nada se imponía sobre la diferencia de edad máxima.

127 Se exceptúa este requisito de diferencia de edad máxima en casos especiales. Concretamente, cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª) ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2.ª) ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; 3.ª) llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo; 4.ª) ser mayor de edad o menor emancipado (art. 176.2 CC). Asimismo, si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior (art. 175.1 *in fine* CC).

128 En opinión de CAMPO IZQUIERDO, este límite va encaminado a evitar adopciones de menores por personas de avanzada edad, que más que padres pasarían a ser abuelos (CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», ob. cit., p. 2).

homosexual. Cuando se admitió el matrimonio entre personas del mismo sexo con la Ley 13/2005, de 1 de julio, y se modificó el artículo 175.4 CC para admitir la adopción conjunta por matrimonios homosexuales, se planteó el debate sobre si esta reforma incluía asimismo la posibilidad de que una pareja homosexual adoptase a un menor. Algunas leyes autonómicas sobre parejas de hecho contemplaron expresamente la adopción conjunta por parejas del mismo sexo<sup>129</sup>. Pero lo cierto es que el Código Civil solo permitía adoptar a parejas de hecho heterosexuales. Así las cosas, la Ley 26/2015 viene a zanjar definitivamente el debate al admitir expresamente que las parejas no casadas del mismo sexo pueden adoptar.

Además, la reforma incluye otra novedad respecto a los requisitos para una adopción conjunta. En el caso de que el menor se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja de hecho, la separación de los mismos durante el acogimiento y con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción (art. 175.5 CC). Como apunta la doctrina, esta referencia al acogimiento permanente parece un error del legislador, pues esta figura está pensada como una alternativa a la adopción. Por ello la referencia debió ser al acogimiento familiar temporal (art. 173.2 b CC), que es el que permite, llegado el caso, constituir una adopción posterior<sup>130</sup>. Esta previsión que introduce la reforma resulta a nuestro juicio favorable, pues cuando el menor está ya conviviendo con carácter previo a la adopción con la pareja o con los cónyuges, la separación de estos no tiene por qué afectar a su relación con el niño, igual que la crisis de una pareja o un matrimonio no tiene por qué afectar al vínculo que existe con sus hijos biológicos. Así, como señala RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, de la misma manera que los hijos por naturaleza pueden verse inmersos y alcanzados por un proceso de separación, divorcio o ruptura de convivencia de sus progenitores, sin que ello afecte al vínculo de filiación existente, y sin que tal situación, en sí misma, haya de ser perjudicial en el marco de las relaciones paternofiliales, los hijos adoptados, o incluso en proceso de adopción, pueden encontrarse igualmente ante la misma situación, sin que ello deba influir tampoco en la culminación de la adopción, ni en las relaciones presentes y futuras entre los adoptantes y el adoptado que ya está integrado satisfactoriamente en la vida familiar<sup>131</sup>. Con todo, la reforma permite que se efectúe la propuesta de adopción pero

129 Por ejemplo, la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (art. 8); la Ley 2/2003 del País Vasco, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (art. 8), la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas y posteriormente el Código de Derecho Foral de Aragón, aportado por RDL 1/2011, de 22 de marzo (arts. 56 y 312).

130 LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 175», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 607-608.

131 RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, parte Doctrina. Algún

no obliga a ello, es decir, la entidad pública tendrá que valorar en cada caso concreto si la adopción conjunta por los miembros de la pareja rota o incluso su adopción por uno de ellos (con el eventual establecimiento de un derecho de visitas a favor del otro) resulta más beneficiosa para el menor que su inserción en otro núcleo familiar dotado de una mayor estabilidad<sup>132</sup>.

Con el fin de fortalecer la seguridad jurídica, la reforma introduce una definición de la idoneidad para adoptar, entendiendo por tal la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción (art. 176.3 CC)<sup>133</sup>. Asimismo, se establece expresamente que no podrán ser declarados idóneos quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Administración pública (art. 176.3, párrafo 3.º, CC).

La competencia para pronunciarse sobre la idoneidad de los adoptantes corresponde a la entidad pública<sup>134</sup>. Para emitir la declaración de idoneidad, la entidad requerirá

---

autor ha manifestado sus reservas sobre esta regla. En concreto, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE, estas reservas proceden de la especial necesidad de estabilidad que tienen muchos de los menores pendientes de adopción: ¿en qué medida cabe decir que se proporciona al menor un hogar estable y armonioso, cuando ese hogar está roto en el momento en que se formula la propuesta de adopción? Porque no se puede olvidar: i) que los principales perjudicados por las rupturas de pareja son los hijos (o, en este caso, los menores a su cargo), muchas veces utilizados por los adultos involucrados en la ruptura como armas arrojadizas; ii) que en muchas ocasiones la presencia de menores aumenta la conflictividad de la ruptura, al tener que adoptarse decisiones sobre su custodia a las que, a su vez, están vinculadas las decisiones sobre la vivienda y la eventual existencia de una pensión por alimentos en favor de dichos menores (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», ob. cit., pp. 336-337).

132 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», ob. cit., p. 337. El citado autor entiende que en tal caso sería preciso proceder a una reevaluación de la idoneidad de los solicitantes de adopción, puesto que las circunstancias que justificaron la previa declaración administrativa de idoneidad han cambiado radicalmente. No está de más subrayar ahora que en todas estas decisiones debe primar el interés superior del menor, y no los deseos de los acogedores o guardadores.

133 Se incorpora esta definición a fin de fortalecer la seguridad jurídica y para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (ratificado por España el 30 de mayo de 1995), y el artículo 10 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008 (ratificado por España el 16 de julio de 2010). La primera de estas normas introdujo la necesidad de declarar la idoneidad de los adoptantes con base en la importancia primordial que tiene el interés superior del niño en estos casos, tal como declara el artículo 21 CDN. La segunda de esas normas deja claro que la autoridad competente solo podrá decretar la adopción una vez que haya llevado a cabo las investigaciones adecuadas sobre el adoptante (LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 175», ob. cit., p. 611).

134 Al respecto, ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ señala que el hecho de que en nuestro derecho el juez pueda y deba valorar posteriormente la declaración de idoneidad propuesta con carácter previo

una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Si considera que existe idoneidad, formalizará la declaración oportuna mediante la correspondiente resolución (art. 176.3, párrafo segundo, CC).

Así las cosas, hay dos novedades especialmente destacables que la Ley 26/2015 introduce en el procedimiento de adopción. En primer lugar, se exige que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea necesariamente previa a la propuesta de adopción que la entidad pública formula al juez (art. 176.2 CC), cuestión que no estaba claramente establecida antes de la reforma. Y, en segundo lugar, se introducen dos modificaciones en los supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la entidad pública de protección de menores para iniciar el expediente judicial de adopción (art. 176.2 CC). Por un lado, en el caso de que el menor «sea hijo del cónyuge del adoptante» se añade «o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad», asimilando, como dijimos anteriormente, las parejas de hecho a los matrimonios. Por otro lado, antes de la reforma se incluía el llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo. Ahora, tras la reforma, solo en el supuesto de que se haya dictado resolución de guarda con fines de adopción y haya transcurrido un año desde entonces, o bien el menor se encuentre bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo, se podrá prescindir de la propuesta de la entidad. Por consiguiente, con este cambio se requerirá la propuesta de la entidad pública en el caso de que el menor se encuentre en situación de acogimiento temporal o permanente o cuando no se cumplan los citados requisitos.

### **6.3.3. Guarda con fines de adopción**

Enlazando con lo anterior, otra novedad importante en esta materia es la denominada guarda con fines de adopción, también llamada guarda para la convivencia preadoptiva. Esta figura se introduce con el fin de permitir que, con anterioridad a que la entidad pública formule la correspondiente propuesta al juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, y, de esta forma, evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia. Para ello, la entidad pública tendrá que delegar la guarda a los acogedores con fines de adopción, que tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares. En principio, la entidad pública suspenderá el régimen de visitas y relaciones del menor con su familia de

---

por la entidad pública pero no pueda declararla ab initio, ha sido criticado por la doctrina que reiteradamente se viene quejando de la administrativización el derecho civil, y dentro de él, de manera particular, la materia de protección de menores (ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, M.<sup>ª</sup> M., «Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción», ob. cit., p. 3).

origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva, salvo que ello no sea recomendable para el interés del menor<sup>135</sup>.

Sobre esta suspensión de las visitas en la guarda con fines de adopción, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2018 (RJ 2018/2444). El objeto principal de la controversia surge de la oposición por parte de la abuela de cinco hermanos menores declarados en situación legal de desamparo a la resolución administrativa que no se pronuncia respecto a las relaciones de aquella con sus dos nietas más pequeñas, pese a haberse solicitado las mismas, omitiéndose cualquier razonamiento por el que se denegaron. La abuela pide que se revoque dicha resolución permitiendo las relaciones respecto a todos sus nietos. La sentencia de primera instancia estima la demanda. La parte demandada interpone recurso de apelación ante la audiencia provincial que desestima el recurso. De nuevo, la parte demandada formula recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo desestima, confirmando la sentencia recurrida.

El Supremo destaca la cuestión principal que se debate aquí, y es si en un caso de acogimiento familiar preadoptivo procede el régimen de visitas de la familia biológica con los menores. Como recuerda el Alto Tribunal, la guarda con fines adoptivos (que en la nueva ley de 2015 viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo) tiene como fin conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva. De ahí que con esta figura se produce la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen, salvo excepciones. Pero como no se trata de una adopción definitiva, es por lo que las relaciones con la familia de origen no se extinguen, sino que se suspenden, en tanto no se obtenga la resolución judicial constitutiva de aquella. Las excepciones a esta previsión son las siguientes: i) que convenga hacer lo contrario atendiendo al interés del menor; ii) que se dé alguno de los supuestos previstos en el art. 178.4 CC, que se refiere a la posibilidad de acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se determine y la familia adoptiva.

En suma, como explica el Supremo, lo que se debe determinar en un caso como este es si favorece el interés de los niños ser visitados por la familia biológica, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentran, o si, por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que la entidad pública no demuestra que las visitas perjudican a las menores; antes bien, se limita a presentar un informe del que se colige que las relaciones de la abuela con sus nietos no les perjudican, sin recoger una sola alusión, análisis o valoración del posible perjuicio que el contacto de los menores con su abuela pueda causar en ellos,

---

135 Además, esta suspensión de régimen de visitas también queda desechada, como enseñada veremos, en los supuestos previstos en el artículo 178.4 CC, esto es, cuando el interés del menor aconseje, en relación con su situación familiar, edad, o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la entidad pública, que debe mantenerse de alguna forma la relación o contacto con familiares de la familia de origen.

naturalmente en el proceso de adaptación e integración en la eventual familia adoptiva. De ahí que el recurso no pueda prosperar, sin perjuicio de la decisión judicial sobre la propuesta de adopción al respecto.

Por último, hay que apuntar en relación con esta figura que aquí nos ocupa que el legislador impone a la entidad pública el deber de realizar la propuesta de adopción al juez en el plazo más breve posible, y, en todo caso, antes de que transcurran tres meses desde que se acordó la guarda con fines de adopción (art. 176 *bis* CC). No obstante, cuando la entidad considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un período de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año.

#### **6.3.4. La voluntad de los interesados en la adopción**

El artículo 177 CC establece cuáles son los consentimientos y asentimientos necesarios en el procedimiento constitutivo de la adopción, así como las personas que han de ser oídas.

Respecto al consentimiento, como antes de la reforma, el citado artículo establece en su apartado primero que han de consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. Estos consentimientos, como sabemos, constituyen un requisito esencial para poder constituir la adopción, de manera que no puede constituirse sin ellos. Ello no obstante, el juez tan solo está vinculado al interés del menor adoptando a la hora decidir sobre la adopción, por lo que podría denegar la misma aunque se hubieran prestado los consentimientos oportunos si considera que esto es lo más beneficioso para el interés del menor.

En cuanto a las audiencias, el artículo 177.3 CC establece que deberán ser oídos por el juez: los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción; el tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores, y el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez. Con la reforma se introduce a la familia acogedora junto con el guardador o guardadores.

Por lo que respecta a quienes han de asentir la adopción<sup>136</sup>, se incluye junto con el cónyuge del adoptante, lógicamente, a la persona unida al mismo por análoga relación

---

136 Recordemos, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, que el asentimiento es una declaración de voluntad de naturaleza similar al consentimiento, pero emanado de quien no va a ser parte de la relación jurídica de filiación adoptiva; por tanto, no entraña la asunción de su contenido y efectos en el propio patrimonio jurídico de quien lo presta, sino autorización, licencia, permiso. No es complemento de un consentimiento insuficiente, sino declaración autónoma de voluntad (RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil IV*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 562). Así pues, como añade ESPADA MALLORQUÍN, el asentimiento es esencial, pero su exigencia es más flexible que la del consentimiento, ya que cuando es imposible su prestación puede constituirse válidamente la adopción. Sin embargo, su omisión puede dar lugar a la extinción de la adopción. Por consiguiente, existe un derecho a asentir o vetar la adopción que *ope legis* se concede a ciertos sujetos (ESPADA MALLORQUÍN S., «La adopción en Derecho civil común», en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ G. (coord.), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2012, p. 1782).

de afectividad a la conyugal<sup>137</sup>. Igualmente, con el fin de dar coherencia al sistema, la reforma establece expresamente que, sin perjuicio de su derecho a ser oídos, no será necesario el asentimiento para la adopción de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada (art. 177 CC). Por último, en relación con la mujer embarazada, se establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los treinta días requeridos antes de la reforma, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5.5 del Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España (art. 177 CC).

### 6.3.5. La adopción abierta

Esta figura de la adopción abierta es introducida en nuestro derecho por la Ley 26/2015<sup>138</sup>. Hasta la entrada en vigor de esta reforma, no cabía en nuestro ordenamiento más que la denominada adopción cerrada, esto es, sin posibilidad alguna de relación personal del adoptado con la familia de origen. Con esta nueva modalidad es posible que, tras la adopción, se mantenga algún tipo de relación o contacto entre la familia biológica, la adoptiva y el menor adoptado.

En suma, hablamos de una nueva figura legal digna de tener presente, por cuanto supone un nuevo planteamiento de la institución adoptiva en nuestro derecho. Cambio este que viene justificado, a su vez, por la profunda transformación de los objetivos perseguidos a través de la adopción, a la que se ha aludido anteriormente. En efecto, si en sus inicios la adopción trataba de proteger prioritariamente los intereses de las familias adoptantes, hoy esta figura busca ante todo proteger el interés del menor que está en situación de desprotección<sup>139</sup>. Precisamente, con la adopción abierta se pretende evitar que el interés del menor adoptado pueda verse seriamente lesionado al constituirse la adopción, en aquellos casos en los que existan vínculos afectivos con

---

137 Como apunta ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, las razones para incorporar el asentimiento de las personas que estén unidas al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal son las mismas que justificaban el asentimiento del cónyuge. Y es que la adopción realizada por su consoporte/pareja sentimental va a afectarle en muchos sentidos: personal, psicológica, patrimonial y afectivamente. Además, dado que la adopción es una institución de integración familiar, es impensable que no se tenga en cuenta la opinión de una persona que va a convivir diariamente con ese menor y que se encuentra ligada sentimentalmente al padre o madre de este (ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, M.ª M., «Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción», ob. cit., p. 4).

138 Un estudio sobre esta figura puede verse en VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las *open adoptions* en el Derecho anglosajón», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 4-30.

139 SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., p.70.

la familia natural del menor, cuya ruptura pueda ser gravemente perjudicial para dicho interés<sup>140</sup>.

Estamos de acuerdo con SABATER BAYLE cuando concluye que esta figura supone incorporar el Código Civil español, para los menores adoptados, el derecho a relacionarse con los progenitores, que ya preveía anteriormente el artículo 160 para aquellos niños que habían sido separados del entorno familiar de origen como medida de protección por encontrarse en situación de desamparo. Y prueba de ello es que antes de la reforma el citado precepto exceptuaba a los menores que habían sido adoptados; ahora, sin embargo, el artículo los contempla expresamente, al disponer que los menores adoptados pueden relacionarse con su familia de origen, siquiera sea en los términos legalmente previstos (art. 178.4 CC)<sup>141</sup>.

### **A) Regulación de la adopción abierta en la nueva Ley 26/2015**

El artículo segundo de la Ley 26/2015 introduce la figura de la adopción abierta a través de la reforma del artículo 178 CC, incluyendo el apartado 4, a cuyo tenor: «Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez.

---

140 En esta línea, como destaca SABATER BAYLE, un precedente de la adopción abierta podemos encontrarlo en el artículo 235-47.4 del Código Civil de Cataluña, conforme al cual la autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del Ministerio Fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor. Como vemos, el legislador estatal, como el autonómico, reconoce el derecho de los menores adoptados a relacionarse con su familia de origen cuando así lo aconseje su interés, si bien es cierto que abandona la exigencia de excepcionalidad que apunta expresamente el Código Civil catalán (SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., pp. 71-72).

141 SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., pp.77-78.

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen».

La lectura de este precepto nos lleva a plantearnos una primera cuestión básica sobre este nuevo modelo: ¿cabe propugnar su aplicación en todos los casos de adopción? Como bien sabemos, en nuestro derecho uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en materia de protección de menores es el de procurar siempre el mantenimiento del menor con su familia de origen, de tal forma que si el mismo está en situación de desamparo porque sus padres no cumplen sus deberes inherentes a la patria potestad y hay que separarlos, se trabajará prioritariamente para conseguir la reinserción del menor con su familia. Únicamente cuando esto no sea posible, se buscará la integración plena del menor en una nueva familia a través de la adopción.

Por tanto, la adopción se regula como una medida extrema, como última *ratio*, para aquel menor que está en situación de desamparo y, pese a los esfuerzos por parte de los profesionales implicados porque termine dicha situación de desprotección, no puede volver a vivir con su familia biológica<sup>142</sup>. Este es un aspecto sumamente relevante en relación con la figura de la adopción abierta prevista, como se viene diciendo, para mantener algún tipo de contacto entre el adoptado y su familia originaria. En línea de principio, cabría cuestionarse cómo es posible acordar mantener cualquier tipo de contacto entre el menor y la familia de la que han tenido que separarle por encontrarse en situación de desamparo. Pero lo cierto es que la introducción de esta nueva modalidad adoptiva en nuestro ordenamiento sí tiene sentido según qué casos.

Concretamente, puede resultar idónea en aquellos supuestos en los que las necesidades particulares del menor así lo justifican; es decir, cuando el interés superior del menor aconseja, habida cuenta, las circunstancias concurrentes, que el mismo mantenga alguna forma de contacto con algún o algunos miembros de su familia de origen. En este sentido, cabe traer a colación los casos de niños que se encuentran en el sistema de protección y han alcanzado cierta edad (los llamados

---

142 En todo caso, para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico (art. 19 *bis* LOPJM).

menores mayores)<sup>143</sup>, o de hermanos que no quieren separarse y para los que no es posible encontrar una familia que les adopte a todos y, en definitiva, los supuestos en los que el asentimiento de los padres constituye una grave dificultad porque se oponen a toda costa a la adopción salvo si pueden mantener una cierta relación con los hijos. Para estos casos realmente la adopción abierta puede constituir una opción adecuada para proteger el interés del menor<sup>144</sup>. No obstante, el hecho de que el menor se integre en una familia nueva porque no era posible que permaneciera en la suya propia obliga necesariamente a extremar la cautela a la hora de proponer y acordar las relaciones del menor con su anterior familia, pues ya no se trata solo de conocer los orígenes biológicos sino de mantener contactos y visitas con los familiares de origen<sup>145</sup>. Veamos ahora, con más detalle, la regulación de esta nueva figura que incorpora la reforma de 2015.

### **B) Intervención de la autoridad administrativa y judicial**

En primer lugar, el legislador impone, junto con la intervención de la autoridad administrativa, la de la autoridad judicial, siendo esta la que deberá acordar la adopción abierta en cada caso. Además, compete también al juez determinar la periodicidad, duración y condiciones del contacto; esto es, decidir cómo se han de

---

143 Como apunta SABATER BAYLE, esta nueva modalidad responde al hecho constatado en nuestros días del progresivo incremento de la edad de los menores que se encuentran bajo supervisión de la Administración en espera de ser adoptados, en las diversas situaciones de acogimiento previstas en nuestro ordenamiento jurídico (adopción de «menores-mayores»). Estos niños mayores mantienen por lo general algunas relaciones de convivencia con determinadas personas a través del «derecho de visita» en su caso acordado con la entidad pública y, por consiguiente, saben quiénes son sus allegados o familiares y les conocen. Ello les diferencia de la situación propia de los «adoptados-bebés», antiguamente más frecuente, en la que los niños no habían tenido ocasión siquiera de conocer a sus progenitores o hermanos, por lo que no habían experimentado propiamente el hecho traumático de la separación respecto a sus familiares o allegados originarios (SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., p.70).

144 LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 11, 2015, p. 8 (versión electrónica). En esta misma línea, la directora general de Familia e Infancia del Ministerio de Sanidad, Salomé Adroher, aseguraba en una entrevista, poco antes de entrar en vigor la reforma del sistema de protección de la infancia, que la introducción de este modelo de la adopción abierta en España no se plantea como una opción ordinaria, sino como una alternativa a la fórmula del acogimiento. En sus palabras: «Muchas familias de origen no permiten la adopción porque no quieren perder los vínculos, y esa es una de las razones por las que muchos niños acaban viviendo durante años en centros de protección o en familias de acogida provisionales. Con esto pretendemos que esas familias de origen se atrevan a dar el salto, y también que haya muchas más que se lancen a adoptar a esos niños porque, aunque estén obligadas a mantener los vínculos con los padres biológicos, no tendrán que vivir con la amenaza de que se los pueden quitar» (*vid.* en [http://politica.elpais.com/politica/2014/09/30/actualidad/1412076929\\_989220.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/09/30/actualidad/1412076929_989220.html)).

145 ANGUITA RÍOS, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, p. 14 (del documento PDF generado por Thomson Reuters ProView).

desarrollar las visitas o comunicaciones, si bien lo hará partiendo de la propuesta de la entidad pública o del Ministerio Fiscal. La entidad pública cumple, al igual que el juez, importantes funciones en este tipo de adopción: es la que propone, junto con el Ministerio Fiscal, esta modalidad adoptiva; también deberá desarrollar, en caso necesario, funciones de intermediación, y ha de remitir al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos, a petición del juez<sup>146</sup>.

En todo caso, la medida se acordará únicamente cuando lo aconseje el interés del menor, teniendo en cuenta su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la entidad pública. Con esta precisión, el legislador ha tenido en cuenta la conveniencia de individualizar al máximo la decisión sobre la medida<sup>147</sup>.

### **C) Variabilidad del acuerdo de contacto**

El acuerdo de adopción abierta puede variar notablemente de un caso a otro, en función de tres factores determinantes. En primer lugar, las personas con las que se establece el contacto, que pueden ser los padres biológicos u otros parientes, especialmente los hermanos del menor adoptado. Cabe destacar que el legislador español habla solo de miembros de la familia de origen. Dada la excepcionalidad de la medida, el precepto limita al ámbito familiar el círculo de personas que pueden relacionarse con el menor si, llegado el caso, así lo acuerda el juez, lo que excluye a otros allegados que no sean parientes del niño. Y es relevante, asimismo, la especial referencia a los hermanos biológicos, debiendo favorecerse en todo caso la relación entre ellos, de tal forma que el legislador les otorga prioridad, frente al resto de familiares del menor. En este sentido, cabe afirmar que la incorporación de la adopción abierta en nuestro derecho se hace pensando, especialmente, en los hermanos, es decir, en mantener el contacto entre los hermanos biológicos<sup>148</sup>.

En segundo lugar, y dentro del ámbito de las personas mencionadas, puede variar también el tipo de contacto que se determine por el juez, pudiendo ir desde un mero

---

146 ANGUITA RÍOS, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», ob. cit., p. 23.

147 Como señala SABATER BAYLE, por regla general, ni siempre será conveniente establecer la medida del mantenimiento de contactos que hasta entonces protagonizaban el menor y sus familiares de origen, ni tampoco el juez dictará acuerdos de mantenimiento, supresión o finalización, en todo caso, al dictar el auto de adopción. En este punto será decisiva la valoración de las «circunstancias significativas» que desarrolle cada entidad pública al formular su propuesta previa de mantenimiento de contactos con la familia. Ello podría colapsar la Administración por acumulación de recursos contra las «valoraciones» que le encomienda la norma y, a la postre, retrasar los procesos de adopción, lo que sin duda sería contrario a las finalidades generales de la reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia (SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., pp. 89-90).

148 ANGUITA RÍOS, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», ob. cit., p. 11.

intercambio de información o un contacto indirecto (por carta, correo electrónico, teléfono, etc.) hasta un contacto directo a través de visitas.

Por último, hay que tener en cuenta también la periodicidad o frecuencia del contacto que podrá ser mayor o menor atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto. De este modo, los profesionales de la Administración pública competente o del Ministerio Fiscal podrán proponer la adopción abierta atendiendo siempre al caso concreto. De considerarla oportuna, elaborarán un informe proponiendo tal medida y determinando las personas pertenecientes a la familia biológica del menor con las que consideran que es conveniente mantener el contacto.

#### **D) Consentimientos**

Sin perjuicio de dicha propuesta de adopción abierta por parte de la entidad pública o del Ministerio Fiscal, se requiere en todo caso el consentimiento de la familia adoptiva para que el juez la acuerde. En rigor, la disponibilidad de las familias solicitantes de adopción para aceptar esta modalidad adoptiva se debería conocer previamente, toda vez que la reforma impone, como hemos visto, el deber de hacer constar ya en la declaración de idoneidad si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen (art. 178.4 *in fine* CC)<sup>149</sup>.

Recordemos que para poder adoptar es necesario antes de nada que la Administración pública declare a los solicitantes idóneos para el ejercicio de la patria potestad. Es decir, que los solicitantes han de obtener con carácter previo una declaración de idoneidad para poder optar a la adopción de un menor de edad. Como ya vimos, se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. La declaración de idoneidad por la entidad pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art. 176.3 CC).

Por tanto, dado que con la entrada en vigor de la nueva ley se tendrá que destacar ya en esta declaración si los solicitantes están dispuestos aceptar una adopción abierta, es cierto que será necesario adaptar el proceso de declaración de idoneidad hasta

---

149 Tal como destaca LÓPEZ AZCONA, en los términos que se expresa el legislador en este precepto, este dato sobre la posición de los solicitantes ante la adopción abierta no deberá condicionar en ningún caso la declaración administrativa de idoneidad, de tal manera que la Administración solo lo tendrá en cuenta a los efectos de plantear las propuestas de adopción abierta (LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, enero de 2016, p. 60).

ahora vigente y los exámenes psicosociales, así como las fases previas de información y formación para los padres adoptantes, que deberán tener en cuenta especialmente esta nueva posibilidad legal<sup>150</sup>.

Junto con el consentimiento de la familia adoptiva, se requiere también el consentimiento del menor adoptado si tiene suficiente madurez y, en todo caso, si es mayor de doce años. En consecuencia, el menor ha de manifestar igualmente su voluntad de seguir manteniendo algún tipo de contacto con su familia de origen.

### **E) Supervisión de los contactos judicialmente acordados**

Una vez que la adopción se ha formalizado en su modalidad de adopción abierta, porque el juez ha considerado que es lo más oportuno para el interés del menor, es muy importante la supervisión posterior de los contactos inicialmente acordados. En efecto, la adopción abierta puede ser en determinados casos la medida más adecuada, es decir, la que mejor responde a las necesidades del menor adoptado, al tiempo que preserva también los intereses de las familias de origen y la familia adoptiva. Sin embargo, es cierto que el mantenimiento del contacto con el menor adoptado conlleva, por regla general, unos riesgos que hay que conjurar, para lo cual el legislador ha previsto la supervisión de la adopción abierta por las autoridades competentes.

En esta línea, la reforma dispone que, si fuera necesario, el contacto con el menor se llevará a cabo con la intermediación de la entidad pública o entidades acreditadas a tal fin<sup>151</sup>. Asimismo, impone el deber de la entidad pública de remitir al juez, durante los dos primeros años, informes periódicos sobre esas visitas y comunicaciones que mantenga el menor con la familia de origen. Es más, tiene que proponer al juez bien el mantenimiento de estas visitas o bien la modificación de las mismas, según considere que es mejor para el menor. Transcurridos los dos años los informes y las propuestas se remitirán a petición del juez. De esta forma, el legislador ha pretendido dotar al proceso de adopción abierta de una supervisión por las autoridades competentes (administrativa y judicial), a las que corresponde comprobar que esta modalidad adoptiva realmente responde al interés del menor adoptado y asegurar su correcta puesta en práctica e incluso su modificación en el caso de que sea necesario. En definitiva, no perdamos de vista que la adopción abierta perdura en el tiempo y, por ende, es un proceso no exento de vicisitudes; de ahí que deban preverse mecanismos de revisión de estos acuerdos, así como herramientas de resolución de posibles

---

150 GÓMEZ BENGOCHEA, B., «Regulación de la adopción en la nueva legislación de protección de menores», en *Principales modificaciones legislativas en el marco de protección de la infancia y adolescencia en España*, Sevilla, 2016, p. 43.

151 En palabras de ANGUITA RÍOS, este es un punto crucial en la adopción abierta: «Se necesitará en muchas ocasiones la intervención de personas especializadas y preparadas para apoyar a las familias en los posibles cambios de sus relaciones. Entiéndase este aspecto no en un sentido negativo, sino en hacer concurrir una nueva voluntad especializada y necesaria para poner un cierto orden en un nutrido» (ANGUITA RÍOS, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», ob. cit., p. 14).

conflictos, como puede ser la intermediación de la entidad pública u otra entidad acreditada<sup>152</sup>.

Los profesionales de la entidad pública deberán apoyar a las partes y participar en el seguimiento de esa relación, informando sobre la conveniencia o no de su permanencia en el tiempo, a partir de una valoración de los resultados y consecuencias que la misma tenga para el menor, como prioridad absoluta, más allá del interés que pueda suponer para los adoptantes y su familia de origen (preámbulo, Ley 26/2015).

En estrecha conexión con lo que se acaba de decir, el legislador no regula esta modalidad adoptiva como una medida inalterable ni definitiva, disponiendo que el juez podrá acordar su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. Asimismo, legitima para solicitar la suspensión o supresión de las visitas o comunicaciones a la entidad pública, la familia adoptiva, la familia de origen y al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años (art. 178.4 CC). La legitimación de estas personas para instar que se suspendan o finalicen las visitas y/o comunicaciones resulta del todo lógica si tenemos en cuenta que son estas las partes implicadas en el contacto. La adopción abierta ha de articularse en todo caso sobre la base de la voluntad de todas las partes implicadas. Y si alguna de ellas no quisiera continuar manteniendo el contacto no se le puede obligar a hacerlo contra su voluntad.

En suma, pues, la reforma sienta las bases del procedimiento a seguir para acordar la adopción abierta, alude a las autoridades competentes involucradas y a los mecanismos de seguimiento y revisión de los acuerdos. Sin embargo, es evidente que la nueva ley requiere de un desarrollo reglamentario que detalle la escueta regulación que establece sobre este particular, lo cual no impide afirmar que el legislador ha dado un paso significativo reconociendo explícitamente en nuestro derecho esta nueva modalidad adoptiva. Y también un paso lógico, si tenemos en cuenta que la adopción abierta viene a ser el corolario del derecho del menor adoptado a conocer sus orígenes biológicos. En este sentido, tal como destaca ANGUIA RÍOS, con esta figura «se ha dado el paso lógico a seguir: una vez que se facilita el acceso, se canalizan los procedimientos y se constituyen obligaciones para los agentes intervinientes en torno a permitir identificar a la familia de origen, el siguiente impulso sería el contacto con dichos familiares, por lo que dentro de esta coherencia lo que se ha hecho ha sido institucionalizar esta vía»<sup>153</sup>.

---

152 «La adopción abierta: varias velocidades, varias medidas», *Boletín Mensual ISS (The International Social Service)*, núm. 194, septiembre de 2015, p. 2.

153 ANGUIA RÍOS, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», ob. cit., p. 13. Como explica la autora citada «Con la adopción abierta se institucionaliza el paso siguiente en la investigación de los orígenes. Hasta ahora se ha intentado dar respuesta a los interrogantes que pueda plantearse la persona adoptada sobre su identidad e historia personal; desdramatizar la adopción pasando de los sentimientos de abandono, rechazo y baja autoestima que aparece asociada a los casos de búsqueda activa de los orígenes a otros de manifiesta asunción de la identidad personal. La adopción abierta visualiza una imagen más

## 7. EPÍLOGO

Partiendo de todo lo que ha sido expuesto en el presente trabajo, cabe destacar una conclusión fundamental. De todos los principios que han de regir la actuación de la Administración pública en sede de protección de menores, sin duda, la prevalencia del interés del menor es el más importante. Como se ha podido comprobar, todos los demás principios rectores (el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen, su integración familiar y social, el carácter educativo de las medidas que se adopten, etc.) están subordinados o son instrumentales de este. Por tanto, el mandato legal que se impone directa y primariamente a los poderes públicos es la búsqueda del interés del menor de edad en cada supuesto concreto, cualquiera que sea este y donde quiera que se encuentre. El resto de disposiciones están supeditadas en todo caso a la consecución del interés del menor, que se convierte así en el *leitmotiv* del sistema de protección de la infancia y la adolescencia<sup>154</sup>.

En definitiva, siempre que el menor está en situación de desprotección social se produce, inevitablemente, un conflicto de intereses o derechos concurrentes, y en este contexto la primacía de su interés es algo más que una mera directriz informadora: es el mandato legal que se impone a la entidad pública competente, de tal forma que el resto de principios ha de ceder frente al citado interés cuando su compatibilidad no sea posible.

Dicho esto, la cuestión que se nos plantea, antes y después de la reforma de 2015, no es otra que la de determinar en qué consiste el referido interés que ha de prevalecer sobre cualquier otro ante un caso de desprotección. Como bien sabemos, no existe una respuesta unívoca; no cabe una definición de este concepto. Con claridad meridiana alude a ello RIVERO HERNÁNDEZ al destacar la dificultad de «definir (intentarlo siquiera) con cierta pretensión de generalidad qué es o en qué consiste el interés del menor, o apuntar ideas aprioristas en este sentido con alguna validez como concepto o categoría general, dado el relativismo que enseguida se adivina al abordarlo»<sup>155</sup>. Ello no obstante, es cierto que la reforma legal de 2015 sí ha supuesto un avance muy notable en este contexto, toda vez que incluye expresamente criterios de interpretación y aplicación del interés del menor, elementos de ponderación y garantías, que facilitan sumamente su concreción y valoración en el caso concreto.

---

positiva de los progenitores configurándose dentro de un círculo de personas responsables que no pudieron afrontar la crianza de un hijo».

154 RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 283-285.

155 RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, ob. cit., p. 62.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, M.<sup>a</sup> M., «Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, en *La Ley* (Derecho de Familia), núm. 7, octubre de 2015.
- ANGUITA RÍOS, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016.
- BARBER CÁRCAMO, R., «La filiación adoptiva», en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia. Las relaciones paterno-filiales* (I), vol. V, Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La guarda y el acogimiento de menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2015.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015.
- CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», *La Ley. Derecho de Familia*, 2014.
- DE PABLO CONTRERAS, P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- ESPAÑA MALLORQUÍN, S., «La adopción en Derecho civil común», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ G. (coord.), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GARRIDO CHAMORRO, P., «La adopción», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia*, Civitas, Navarra, 2015.
- GARRIGA GORINA, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción: Ley 21/1987, de 11 de noviembre, comentarios y formularios*, Dykinson, Madrid, 1990.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B., «Regulación de la adopción en la nueva legislación de protección de menores», en *Principales modificaciones legislativas en el marco de protección de la infancia y adolescencia en España*, Sevilla, 2016.
- QUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en CABEDO MALLOL, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015.
- HUETE NOGUERAS, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 90-91.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 11, 2015.
- LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, enero de 2016.
- LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 175», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- MARTÍNEZ CALVO, J., «La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- PERLINGIERI, P., «La familia en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Privado*, 1988.
- RAVELLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.
- Elementos de Derecho Civil IV*, Bosch, Barcelona, 1993.
- ROCA I TRIÁS, E., *Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, parte Doctrina.
- SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 ter, 2016.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., «Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 2017.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las *open adoptions* en el Derecho anglosajón», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017.
- VERDERA IZQUIERDO, B., «El interés del menor *versus* interés familiar e interés particular de los progenitores», en MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

MAQUETACIÓN:

Ministerio de Justicia

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

