

# Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores

Y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (I)

---

**Beatriz Leiva Rodríguez y M<sup>ª</sup>del Carmen García Garnica [\*]**

Resumen. El objeto del presente trabajo es llevar a cabo un análisis del sistema de protección de menores en España, teniendo en cuenta las últimas modificaciones introducidas por la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio. A partir de una aproximación a los principios vertebradores del sistema de protección (básicamente, el interés superior del menor, su derecho a ser escuchado y la reintegración familiar del menor), se examinan cada una de las instituciones contempladas en el sistema de protección de menores, con referencia a los distintos supuestos de hecho que dan lugar a su adopción. Todo ello, destacando las reformas introducidas por las citadas leyes tanto en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor como en el Código Civil.

Palabras clave: Derecho, interés superior del menor, tutela administrativa, riesgo, desamparo, acogimiento

Abstract. The aim of the present work is to carry out an analysis of the protection system of children in Spain taking into account the latest modifications introduced by the recent Organic Law 8/2015, of the 22<sup>th</sup> of July, and the Law 26/2015, of the 28<sup>th</sup> of July. After an approach to the organising principle of the protection system (basically the best interests of the child, his right to be heard, and the reintegration into the family of the child, each institution of child and youth protection, contemplated in the protection child system is examined with reference to the different factual scenarios that give rise to this adoption. All of this, highlighting the introduced reforms by the aforesaid laws as in both Organic Law of Legal Child Protection and Civil Code.

Keywords: Law, best interests of the child, public guardianship, risk situations, abandonment, temporary foster care

## Introducción: la protección del menor en España y la justificación de su reforma

Desde finales del siglo xx, diversas transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad provocaron un cambio en el status social del niño, lo cual desembocó en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

Esta línea es la seguida por el legislador postconstitucional, el cual vino a considerar a los menores como sujetos de derechos, teniendo en cuenta su desarrollo evolutivo a la hora de ejercitarlos pero interpretando dichas limitaciones de forma restrictiva.

Así pues, el ordenamiento jurídico fue reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de interesarse en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás [1].

Por su parte, la Constitución Española en su artículo 39 establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en particular de los menores, los cuales gozarán asimismo de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal pretende el establecimiento de un sistema público de protección de menores de carácter global y uniforme en todo el territorio del Estado, para lo cual promulgó diversas leyes,

cuyo máximo exponente lo constituye 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, Ley Orgánica 1/1996) [2], estableciendo así un marco regulador de las instituciones sobre las que se asienta la protección del menor, el cual sería con posterioridad el referente de la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con sus competencias en la materia.

No obstante, durante estos veinte años transcurridos desde la aprobación de la citada Ley Orgánica se han producido diversos cambios sociales que han incidido en la situación de los menores, lo cual ha hecho necesario mejorar los instrumentos de protección jurídica para hacer efectivo el mandato constitucional contenido en el citado artículo 39 de la Constitución.

Es por ello por lo que se aprobaron la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, Ley Orgánica 8/2015); y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, Ley 26/2015).

La razón de que la reforma se haya realizado en dos leyes es que todo lo que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución) debe ser aprobado por Ley Orgánica y las demás cuestiones han sido reguladas por Ley ordinaria [3].

Las reformas más importantes afectan a la Ley Orgánica 1/1996, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional y la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque el presente estudio va a centrarse en las modificaciones operadas en los dos primeros textos legales.

Las novedades introducidas en relación a la Ley Orgánica 1/1996 se refieren básicamente a la adaptación de los principios de actuación administrativa ante las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España; realizándose, asimismo, una profunda revisión de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia. Por su parte, las principales modificaciones introducidas en el Código Civil están referidas al sistema español de protección de menores y, por tanto, se encuentran en estrecha relación con las contenidas en la Ley Orgánica 1/1996 [4].

Con el presente trabajo se pretende realizar un análisis detallado de las instituciones del sistema de protección de menores en España, desde la perspectiva de la reforma operada tanto por la Ley Orgánica 8/2015 como por la Ley 26/2015.

## 1. Los principios del sistema de protección de menores

### 1.1. El interés superior del menor

La sensibilidad social hacia la infancia arranca con la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York [5], la cual, según dispone la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, «marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo».

De este modo, la citada Convención, en su artículo 3.1, señala la necesidad de atender al interés superior del menor en todas las medidas que adopten tanto las instituciones de bienestar social como los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos.

Si bien la Ley Orgánica 1/1996 recoge expresamente este principio del «interés superior del menor» en su artículo 2, podemos localizar referencias al mismo en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de la especial situación de vulnerabilidad de los menores y, por lo tanto, de su necesidad de protección; con lo que nos encontramos ante «un criterio que ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad» [6]. No obstante ha sido objeto, a lo largo de los años, de diversas interpretaciones al tratarse de un concepto jurídico indeterminado y con una significación flexible dependiente de numerosas variables (sociales, intelectuales, jurídicas), con lo que habrá de concretarse caso por caso en función de las circunstancias específicas que concurren [7].

La finalidad principal que se persigue con el «interés del menor» consiste en asegurar el respeto de todos sus derechos, garantizando no su voluntad sino aquello que sea más beneficioso para él, tanto en el momento actual como en un futuro. Así, «no se puede considerar que este interés deba coincidir siempre con las apetencias o deseos del menor, sino que hay que atender en cada caso al análisis de coordenadas como la edad, madurez, educación, etc.» [8].

Una segunda finalidad de este principio consiste en garantizar el desarrollo libre e integral de la personalidad del menor, protegiéndolo durante su etapa de formación,

en la cual se encuentra imposibilitado para dirigir plenamente su vida con la madurez y responsabilidad que ello requiere. Así pues, el principio del interés del menor conlleva no sólo la búsqueda del provecho del menor, sino también procurar la evitación de un daño [9].

Por último, es preciso hacer referencia a la supremacía del interés del menor, de manera que en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que exista conflicto con cualquier otro interés legítimo de una tercera persona afectada, primará en todo caso el primero —aunque valorando los derechos fundamentales de los demás individuos que pudieran verse afectados—.

Llegados a este punto, es posible establecer una triple naturaleza de este principio del «interés superior del menor» [10]. Por un lado, nos encontramos ante un derecho sustantivo y subjetivo del menor directamente invocable ante los Tribunales, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución [11]. Por otro lado, se trata de un principio general de carácter informador e interpretativo, de manera que en el supuesto de varias posibles interpretaciones de una misma disposición jurídica, debe optarse siempre por aquella que obedezca al citado interés superior del menor. Finalmente, este principio es una norma de procedimiento y en caso de no tenerse en cuenta en cualquier proceso, se podrá recurrir ante el Juzgado.

Con respecto a la nueva regulación legal, la reciente Ley Orgánica 8/2015, incorpora tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años [12] como los criterios de la Observación general nº 14 (2013), del Comi-

té de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) [13], y trata de adaptarse a sus requerimientos reforzándolo, a la vez que engloba su triple naturaleza. De este modo, supone una mejora con respecto a la regulación actual, ya que hasta la publicación de las nuevas leyes la normativa estatal no recogía ninguna técnica para su valoración, lo que había dado lugar a divergencias en su interpretación a la hora de justificar distintas decisiones que afectan a la vida del menor [14].

Con la finalidad de objetivar los criterios de valoración del interés superior del menor, el legislador ha recogido en el artículo 1º.2 de la mencionada Ley Orgánica una serie de criterios generales para su aplicación e interpretación en cada caso, como ya lo establecieron en su momento la Children Act de Reino Unido (1989) o la Uniform Marriage and Divorce Act en el Estado de Ohio de Estados Unidos (1973) [15]. Modifica entonces el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 para incorporar los siguientes criterios de valoración del interés superior del menor: el derecho a la vida y a la satisfacción de sus necesidades básicas; la consideración de sus deseos y opiniones, así como su derecho de participación; el derecho a su familia de origen; y la preservación de su identidad, cultura y religión, así como su no discriminación. A su vez, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad (de manera que la medida que se adopte no limite más derechos que los que ampara), enumera una serie de elementos de ponderación de los mismos: edad y madurez del menor, igualdad y no discriminación, el efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones, la preparación del tránsito a la edad adulta, y aquellos otros elementos que sean considerados pertinentes en el supuesto concreto.

Desde la entrada en vigor de las nuevas leyes (tanto de la mencionada Ley Orgánica 8/2015 como de la Ley 26/2015) el interés superior del menor ha de ser estimado siempre tanto por los profesionales y operadores jurídicos como por las instituciones (ya sean públicas o privadas), Tribunales y órganos legislativos, y además es necesario que en la motivación de cada decisión, resolución o informe técnico que emitan especifiquen los criterios y valores que han sido tenidos en cuenta, con la finalidad de poder conocer su correcta aplicación.

Finalmente, la nueva regulación viene a establecer una técnica de valoración del interés superior del menor ante la concurrencia de otros intereses, ya que

en las decisiones que se acuerdan sobre los menores, en los procedimientos administrativos y judiciales, siempre hay terceras personas afectadas: padres, abuelos, hermanos, allegados... por lo que se ha previsto cómo decidir en caso de concurrencia de cara a priorizar el interés superior del menor pero valorando los derechos fundamentales de esas personas [16].

Tal y como establece el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, si concurre cualquier otro interés legítimo con el interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, amparando este, respeten también aquellos otros presentes, y si esto no fuese posible, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquiera otro. En el supuesto de que pudieran verse afectados derechos fundamentales de otras personas por las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor, deberán valorarse en todo caso.

En la delimitación de este concepto el papel de la jurisprudencia ha sido determinante; no obstante, los órganos jurisdiccionales

no se han mostrado excesivamente precisos ya que se entiende que, al situarnos ante un concepto jurídico indeterminado, se confiere un cierto grado de autonomía judicial para que los órganos jurisdiccionales puedan adaptar el mandato legal a las circunstancias concretas presentes en cada menor, acercándose a su verdadera situación. Ahora bien, esta nota de indeterminación no puede ser llevada al extremo ya que de lo contrario nos encontraríamos con resoluciones judiciales arbitrarias derivadas de la exclusiva interpretación subjetiva del juzgador, lo que daría pie a una inseguridad jurídica.

A título ejemplificativo, es destacable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de febrero de 2000 (JUR 2000\123432), la cual trata el nombramiento de tutor de tres hermanas cuya madre común y el padre de dos las dos hijas menores, fallecieron en un accidente de tráfico. En este caso, los abuelos paternos de estas dos hijas se opusieron a la constitución de la tutela a favor de los familiares maternos, pese a que el padre de la mayor de las hijas no mantenía relación alguna con la menor.

Así, a la hora de decidir qué familiar debía ser nombrado tutor de las menores, la Audiencia Provincial llevó a cabo una adaptación del principio del «interés del menor» al caso en cuestión, tomando en cuenta los siguientes criterios: mayor equipamiento de la localidad de residencia de cada uno, mayor adecuación de la edad, el mantener unidas a las hermanas y, por último, la opinión de las menores al respecto, ya que tienen derecho a ser oídas [17]. En este caso, las tres hermanas coincidieron en su voluntad de permanecer unidas en el hogar de su tía materna.

Por su parte, la doctrina del Tribunal Supremo demuestra que nos encontramos no solo ante un principio rector, sino ante un dere-

cho subjetivo de los menores. En este sentido, la STS 620/2015, de 11 de Noviembre de 2015 (LA LEY 163156/2015), resolviendo una acción de reclamación de filiación extramatrimonial y de cambio del orden de los apellidos, hace una interpretación de la norma rechazando su interpretación literal justificándolo en el interés superior del menor. Así el Tribunal Supremo considera que aunque según lo dispuesto en nuestro ordenamiento, «en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC, que es el caso presente, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre», en este caso concreto y teniendo en cuenta que el interés superior del menor es siempre el criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, el primer apellido será el de la madre y el segundo el del padre que ejercitó tardíamente la acción de reclamación de paternidad, ya que tal y como dispone, «a la fecha que se resuelve el recurso el menor tiene cerca de seis años, durante los cuales familiar, social y escolarmente se ha identificado para el primer apellido con el de la madre, y con él debe permanecer», pues de lo contrario se estaría comprometiendo su derecho fundamental a la propia imagen.

## 1.2. La obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten: a audiencia del menor

El propio ordenamiento jurídico les reconoce a los menores el derecho a ser oídos y escuchados sin discriminación, en todos los procedimientos —ya sean administrativos, judiciales o de mediación— en que estén afectados y que conduzcan a cualquier deci-

sión que incida en su esfera personal, familiar o social, en función de su edad y madurez (artículo 9.1 Ley Orgánica 1/1996), con lo que se consideran personas en desarrollo que adquieren de forma progresiva plena capacidad para actuar todos sus derechos [18].

Con el objetivo de garantizar este derecho del menor a ser oído y escuchado, la Ley Orgánica 8/2015 viene a establecer una importante variación del citado artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, precepto que asimismo se complementa con el artículo 9 bis, ter, quater y quinquies de la Ley 26/2015 [19]. Con esta modificación, se consagra como un derecho fundamental del mismo su audiencia y defensa en los términos del artículo 24 de la Constitución, cuya vulneración podría suponer una indefensión.

Por otro lado, se introduce el término madurez en sustitución de juicio [20], entendiéndose como «la capacidad del menor para expresar sus opiniones sobre las cuestiones del asunto en que esté implicado de forma razonable e independiente» [21], madurez que será valorada por personal especializado, teniendo en cuenta tanto su desarrollo evolutivo como su competencia para comprender y evaluar el asunto concreto que se tratará en cada caso. Por lo tanto, no establece un límite mínimo de edad para el ejercicio de este derecho pero sí afirma que se considerará que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Además, con la finalidad de garantizar una atención de calidad, tanto en los procedimientos judiciales como administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, pudiendo ser asistidos, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, preservando siempre su intimidad y utilizando un lenguaje comprensible para él. También se prevé que en el caso de que el menor

no pueda ejercitar este derecho por sí mismo (incluso asistido de intérpretes) o no convenga a su interés, se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. En cualquier caso, en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar el resultado de la audiencia al menor y su valoración, por lo que se estimará el peso de su opinión en la adopción de la decisión [22].

Finalmente, con la modificación de este artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, se hace una previsión para el supuesto de que tanto en vía administrativa como judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores. La resolución estará entonces motivada en el interés superior del menor indicando expresamente los recursos existentes contra tal decisión, y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante.

Puede apreciarse como la falta de audiencia del menor (sin ninguna motivación basada en su interés superior) comporta la nulidad de las actuaciones en la STS 413/2014, de 20 de Octubre de 2014 (LA LEY 149445/2014), en la que el Tribunal Supremo, resolviendo un proceso de divorcio, acordó dicha nulidad de oficio de la sentencia de apelación, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense, en la que se no se había oído a los menores, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la misma para que se les dé audiencia de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los mismos. Así, tal y como lo expone el Tribunal Supremo, la audiencia del menor es un derecho del mismo en aras a su interés superior:

cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audiencia, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

Llegados a este punto, queda claro que la finalidad que se persigue con la audiencia del menor es que en cada caso se adopte la decisión que resulte más satisfactoria para su interés. Por ello,

no basta con oír la opinión del menor como si fuera un mero trámite a cubrir, sino que esa opinión del menor respecto de asuntos que le afectan tiene que tomarse en consideración. Si bien la toma en consideración de la opinión del menor sí estará en función de la edad y madurez del mismo [23].

### 1.3. La reintegración familiar del menor

Otro de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos es el derecho de los menores a vivir con su familia, ya que tal y como dispone la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en su Preámbulo: «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión». Además, en su artículo invoca de forma expresa este principio; concretamente en su artículo 9.1 recoge el derecho del niño a no ser separado de sus padres excepto en el supuesto de que fuese lo más conveniente atendiendo a su interés

superior, en cuyo caso el menor gozará del derecho a mantener el contacto con ellos (según dispone el párrafo 3 del mencionado artículo 9).

Asimismo, en el 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, se reconoce que «para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión» y se recuerda que «cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen» [24].

Este principio de reintegración familiar tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, ya que así lo recoge expresamente el artículo 172.2 ter del Código Civil [25]. Se trata de un criterio de primer orden que va a regir las actuaciones de las administraciones públicas, las cuales deben establecer siempre aquellas medidas de asistencia y protección dirigidas a facilitar el retorno del menor con su familia de origen.

Ahora bien, nos encontramos ante una regulación novedosa ya que el mencionado artículo 172 del Código Civil ha sido modificado por el artículo 2.13, 14 y 15 de la Ley 26/2015, pasando a desdoblarse en tres artículos. En el primero de ellos aparece la regulación de las situaciones de desamparo, en el artículo 172 bis la guarda voluntaria y en el artículo 172 ter se viene a priorizar la permanencia del menor en su familia de origen y, en caso de que no fuese posible, en acogimiento familiar frente al residencial.

Además, la mencionada Ley 26/2015 establece en su Preámbulo tres principios que han de guiar las medidas de protección, constituyéndose como los rectores de la re-

forma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia. De esta forma, el artículo 1.7 de la citada ley, modifica el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996 para recoger en su párrafo 1 que «En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas» [26]. Por lo tanto, nuevamente el legislador viene a priorizar el derecho del menor a crecer y desarrollarse en un entorno familiar.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996 establece en su artículo 11.2 b) que «Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: (...) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés» [27]. Por lo que nos encontramos ante un criterio que debe ser considerado tanto por las administraciones públicas como por los tribunales.

De este derecho de prioridad a la propia familia emanan una serie de principios que guiarán también la intervención pública.

En primer lugar, el principio de subsidiariedad consiste en que los poderes públicos deberán propiciar fórmulas previas de apoyo en el medio familiar, antes de optar por la privación de las facultades tuitivas, seleccionando las hipótesis que requieran una determinada gravedad para apreciar la situación de desamparo [28], con lo que la separación del menor de su familia de origen deberá de ser totalmente necesaria en el sentido de que no exista otra medida en el ámbito familiar para la lograr el bienestar del menor [29]. Además, se deberá de atender a un criterio de proporcionalidad, de manera a una mayor situación de desprotección del menor corresponderá normalmente una sustitución cada vez mayor en el ejercicio de las

funciones que corresponden a los padres a favor de la Administración [30].

En segundo lugar, se establece la provisionalidad de las medidas de protección, con lo que la permanencia de los menores en centros residenciales o familias acogedoras será la estrictamente necesaria ya que deben orientarse siempre a la reinserción del menor con su familia de origen.

En tercer lugar, la actuación de las administraciones públicas tendrá un carácter flexible o gradual [31], de manera que las medidas habrán de adaptarse en cada caso a las cambiantes circunstancias del menor y su familia [32].

En el supuesto de que lo más conveniente para el menor fuese la separación de su familia de origen, resulta fundamental establecer un adecuado régimen de visitas con el fin de mantener vivas las relaciones entre ambas partes y hacer posible la posterior reintegración familiar [33]. Así lo dispone expresamente el artículo 160.1 del Código Civil modificado por el artículo 2.10 de la Ley 26/2015: «los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad»; pero además, se trata de un derecho del menor reconocido internacionalmente por el artículo 9.3 de la Convención de Derechos del Niño, el cual dispone que tendrá derecho a mantener contacto directo y regular con ambos progenitores, salvo que ello sea contrario a su superior interés.

Ahora bien, por primera vez en la legislación estatal se recoge la obligatoriedad de que todo menor con medida de guarda o desamparo tenga un plan individualizado de protección, elaborado por la Entidad Pública, en el que se establezcan los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas que se adoptarán con su familia de origen incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar. Si se tratase de un

menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará los apoyos necesarios.

Así, el artículo 19 bis de la Ley Orgánica 1/1996, introducido por el artículo 1.13 de la Ley 26/2015, establece que cuando exista posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar; para acordar dicho retorno, será necesario un informe técnico que valore una evolución positiva de dicha familia de origen, 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 el retorno con ella no suponga riesgos relevantes para el menor. En los casos de acogimiento familiar, para valorar el retorno del menor, deberá ponderarse el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma [34]. En caso de que se proceda a la reunificación familiar, la Entidad Pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor.

## 2. Justificación de las leyes de reforma del 2015 dentro del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de protección de menores

El artículo 149.1 de nuestra Constitución determina el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obs-

tante, debido a su compleja redacción, se han observado muy diversas interpretaciones.

Siguiendo el art. 149.1.8ª, como regla general, «el Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación civil», sin embargo, existe una excepción ya que aquellas Comunidades Autónomas con Derecho foral en el momento de publicarse la Constitución, ostentan competencia para la «conservación, modificación y desarrollo» de dicho derecho.

El alcance de esta última expresión ha dado lugar a controversia doctrinal [35], de manera que una parte de tal doctrina considera que las Comunidades Autónomas podrán legislar únicamente las materias contempladas en el Derecho foral, mientras que otra mantiene que puesto que los Principios Generales del Derecho forman parte de todo el ordenamiento jurídico, no sería posible dicha limitación de materias. En una posición intermedia se encuentra el Tribunal Constitucional [36], el cual defiende que las Comunidades Autónomas podrán regular aquellas materias que mantengan una conexión con instituciones contenidas en el Derecho foral.

Ahora bien, a la hora de determinar qué Comunidades Autónomas son las que tienen atribuidas estas competencias en materia civil, podemos señalar dos corrientes doctrinales. Por un lado, los foralistas (i. e., LACRUZ) consideran que aquellas Comunidades Autónomas que tuviesen Derecho foral en relación al ámbito civil en el momento de la aprobación de la Constitución, podrán mantener dichas competencias; mientras que aquellas otras Comunidades Autónomas que no hubiesen regulado nada al respecto, se regirán por el derecho común, esto es, por las disposiciones del Código Civil y de otras leyes nacionales de materia civil. Por su parte, los autonomistas (i. e., DIEZ-PICAZO) consideran que todas aquellas Comunidades Autónomas

que tengan Derecho foral, podrán legislar en materia civil.

Sea cual sea la Comunidad Autónoma con Derecho foral propio, no podemos pensar que entrará a regular cualquier materia del ámbito civil, sino que el Estado va a ostentar una serie de competencias exclusivas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, el matrimonio, registros públicos, obligaciones contractuales, normas atinentes a conflictos de leyes, nacionalidad y extranjería, propiedades especiales y fuentes del Derecho (aunque con la matización de que las fuentes del Derecho foral sí pertenecen a la competencia de la Comunidad Autónoma).

En materia de protección de menores, las Comunidades Autónomas pueden asumir su competencia por diversas vías: las de Primer Grado tendrán tal competencia si lo hubiesen establecido así en sus Estatutos de Autonomía, ya sea porque hubieran plebiscitado sus Proyectos de Autonomía (Cataluña, País Vasco y Galicia) o bien porque hubiesen accedido a la autonomía por la vía del art. 151.1 de la Constitución (Andalucía) o por la Disposición Transitoria cuarta (Navarra). Ahora bien, teniendo en cuenta el art. 149.3 de la Constitución, si estos Estatutos de Autonomía no asumen competencia sobre alguna materia, esta corresponderá al Estado.

Por su parte, las Comunidades Autónomas de Segundo Grado podrán legislar en el ámbito de la protección de menores en función del art. 148.1.20 de la Constitución, el cual establece que «las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de Asistencia Social».

Teniendo en cuenta todo este reparto competencial expuesto, el marco regulador en materia de protección de menores lo constituye la Ley Orgánica 1/1996, la cual garantiza la protección

uniforme de los menores en todo el territorio nacional, pero teniendo en cuenta las competencias atribuidas en esta materia a las Comunidades Autónomas [37]. Así tal y como dispone su Exposición de Motivos,

la Ley regula aspectos relativos a la legislación civil y procesal y a la Administración de Justicia, para lo que goza de habilitación constitucional específica en los apartados 5º, 6º y 8º del artículo 149.1. No obstante, se dejan a salvo las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o Especial propio, para las que la Ley se declara subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquellas.

En consonancia con lo anterior, las nuevas leyes en materia de protección del menor, esto es, la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, se muestran respetuosas con el reparto competencial expuesto. Así lo señala expresamente el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015:

la Ley Orgánica 1/1996 es un marco regulador (...) que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores.

### 3. Presupuestos de la entrada en funcionamiento del sistema de protección de un menor

#### 3.1. Situaciones transitorias y graves de imposibilidad de los

#### padres o tutores de ejercer sus funciones [38]

Existen ciertas situaciones en las que los padres o tutores quieren cumplir sus obligaciones de protección de los hijos pero, sin embargo, se encuentran imposibilitados temporalmente por causas ajenas a su voluntad o de fuerza mayor. Nos referimos a aquellos supuestos como la enfermedad del guardador, ausencias por motivos laborales, reclutamiento forzoso o condena penal, de manera que se da un impedimento transitorio para ejercer sus funciones de guarda cuya causa no es imputable a la voluntad de los padres o tutores [39].

En estos casos, según lo dispuesto en el artículo 172 bis del Código Civil, los padres o tutores podrán solicitar a la Entidad Pública competente la guarda voluntaria de los menores durante el tiempo necesario sin que pueda sobrepasarse el plazo de dos años.

Por lo tanto, este tipo de guarda no tiene carácter automático, es decir, las Entidades Públicas no están legitimadas para intervenir cuando concurren algunos de los supuestos que justifican la eventual solicitud de guarda los padres o tutores, sino que únicamente es asumible la guarda por la Entidad Pública en virtud de dicha solicitud.

La guarda voluntaria cumple una doble finalidad [40]: por un lado, se trata de una figura asistencial que permite a los padres y tutores recurrir a la Entidad Pública competente para que, provisionalmente, se haga cargo del menor; a la vez, les posibilita que eviten una declaración de desamparo del menor, ya que si este llegase a encontrarse privado de la necesaria asistencia moral o material, se procedería a la misma con independencia de la causa que lo originase. Así pues, la guarda

se configura como un instrumento de apoyo provisional ante las graves dificultades que los titulares de los deberes familiares tienen para ejercerlos [41], mientras que en aquellos casos en que la imposibilidad de asistencia al menor no sea transitoria sino irreversible, se declararía la situación de desamparo, acarreando otras consecuencias más graves tal y como se expondrá posteriormente.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Soria en su sentencia 121/1998, de 7 de Octubre de 1998 (EDJ 1998/29268), considera que la guarda asistencial encomendada transitoriamente a la Administración es una medida tuitiva del menor que impide llegar a una situación de desamparo, siendo indiferente que las circunstancias determinantes de la misma provengan de los propios padres o tutores o de los propios menores (como aquellos casos de toxicomanía o conflictividad que sobrepasen las capacidades de atención de la familia) o de circunstancias ajenas al ámbito familiar. A diferencia de la tutela *ex lege* por desamparo, la guarda asistencial es temporal, ya que la situación que la provoca es transitoria y objetivamente reversible, y desde su inicio se espera la recuperación de las facultades por parte de los titulares de la guarda; mientras que en el caso de la referida tutela *ex lege*, el menor se encuentra efectivamente privado de la necesaria asistencia material o moral, por lo que reviste un carácter más definitivo.

#### 3.2. Intervención en caso de menor en situación de riesgo

Dentro de las situaciones de desprotección social en las que puede encontrarse un menor existen diversos niveles de intervención de la Administración Pública.



En esta línea, la Ley Orgánica 1/1996 introdujo en nuestro ordenamiento una importante novedad distinguiendo dos situaciones de desprotección del menor [42]. Por un lado, las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, de manera que la intervención se llevará a cabo dentro del mismo y estará dirigida a eliminar tales factores de riesgo. Por otro lado, en las situaciones de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, asumiendo la Entidad Pública su tutela con la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria [43].

En relación con la situación de riesgo, únicamente se regula en la Ley Orgánica 1/1996, de manera que aunque la Ley 26/2015 ha introducido diversas novedades en esta institución protectora, sus modificaciones no afectan al Código Civil, que no recoge ni la situación de hecho ni sus efectos jurídicos [44], a diferencia de lo que ocurre con la situación de desamparo. Además, la Ley Orgánica 1/1996 frente a algunas leyes autonómicas, no enumera las causas que pueden dar lugar a una situación de riesgo. Es por ello que el artículo 1.10 de la Ley 26/2015 vino a modificar el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 con la finalidad de desarrollar de forma integral esta figura y su procedimiento, que hasta el momento se trataban de cuestiones no reguladas a nivel estatal.

De este modo, el legislador ofrece una definición más detallada de situación de riesgo, considerándola como

aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o edu-

cativo, 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 [45] (artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996).

Por lo tanto, en el supuesto de que la Administración considere que la situación de desprotección en la que se encuentra el menor no es de tal gravedad como para justificar su separación del núcleo familiar, tendrá lugar, conforme al artículo 17.2 de la Ley Orgánica 1/1996, una intervención de tipo preventivo dirigida a disminuir los indicadores de riesgo que incidan en la circunstancia personal y social en que se encuentra, como el tener un hermano declarado en situación similar o la pobreza (si bien las carencias materiales no podrán desembocar en ningún caso en la separación del entorno familiar), a la vez que se promueven los factores de protección del entorno familiar, garantizándose siempre los derechos del menor.

Esta intervención será llevada a cabo por la administración pública competente en cada territorio para la protección de menores, en coordinación con los centros escolares y los servicios sociales y sanitarios.

Para lograr paliar la situación problemática del grupo familiar, los servicios sociales de zona desarrollarán un plan técnico de apoyo a la familia adoptando medidas preventivas o reparadoras como darle apoyo económico, ayuda técnica, prestaciones de tipo formativo o psicosocial [46], tanto para el niño como para quienes cuidan de él, etc. [47]. Así, en la Sentencia 436/2004 de la Audien-

cia Provincial de Zaragoza, de 15 de Julio de 2004 (LA LEY 167576/2004) se vino a estudiar la oposición de la madre biológica de tres menores a la declaración administrativa de desamparo de los mismos, constatándose que aunque expresa su deseo de vivir con sus hijos y estos no se oponen, carece de habilidades educativas y de un modelo parental y familiar claro, debido a haber estado ingresada en centros de acogida durante su infancia. Así pues, el Tribunal consideró que la situación debía calificarse de riesgo y no de desamparo, aunque dictaminó que habría de establecerse un período de prueba en el que los servicios sociales elaboraran un plan detallado de actuación en el tiempo con el fin de lograr la plena convivencia de ambas partes, y en caso de que no fuera superado dicho período valorar otras alternativas.

Respondiendo al principio de primacía de las soluciones consensuadas frente a las impuestas, la nueva regulación prevé que el proyecto de actuación pueda ser acordado con los progenitores u otros responsables legales. Así, pueden diferenciarse dos modelos de intervención:

- Convenio consensuado con los padres y el menor. A la hora de elaborar el proyecto de intervención social y educativo familiar necesario para la valoración de la situación de riesgo, se buscará la participación de los padres o responsables legales correspondientes (tutores, guardadores o acogedores), teniendo en cuenta su opinión. Finalmente, el proyecto será firmado por las partes, llegando a consultarse también al menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.
- Proyecto de intervención y declaración de situación de riesgo mediante resolución administrativa [48]. En caso de que

los padres u otros responsables legales se nieguen a la suscripción o no colaboren posteriormente en la ejecución de las medidas recogidas en dicho proyecto, se declarará la situación de riesgo del menor mediante resolución administrativa emitida por la administración pública competente, previa audiencia de los responsables legales y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años; resolución que contendrá información relativa a cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo, corrigiendo la situación de riesgo del menor. Finalmente, frente a la susodicha resolución administrativa se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil [49].

La situación de riesgo del menor cesará cuando desaparezcan las causas que la originaron o, en caso contrario, cuando su situación empeore porque una vez concluido el período previsto en el Convenio no se hayan conseguido cambios sustanciales en el ámbito familiar que garanticen la completa asistencia moral o material del menor, de manera que lo más conveniente llegaría a ser la separación de su familia. En este último supuesto, la administración pública que intervino en la situación de riesgo propondrá a la Entidad Pública la declaración de situación de desamparo del menor, comunicándolo asimismo al Ministerio Fiscal. No obstante, si la Entidad Pública considerase que no procede dicha declaración, lo pondrá a su vez en conocimiento de la administración pública que le remitió la propuesta y del Ministerio Fiscal, el cual adoptará la función de supervisar la situación del menor.

Por otro lado, la mencionada Ley 26/2015 introduce dos nuevos supuestos en los que puede declararse en situación de riesgo a un menor.

Se regula por primera vez la protección del *nasciturus* en la legislación estatal [50] como situación de riesgo social [51]. En el artículo 17.9 de la Ley Orgánica 1/1996, modificado por el artículo 1.10 de la Ley 26/2015, el legislador otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal con la finalidad de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Ahora bien, ¿qué se entiende por riesgo prenatal? El mencionado artículo lo define como

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.

Así pues, de una actitud negligente de la madre podría derivarse un daño al recién nacido, por lo que resulta primordial que en estos casos la administración pública competente, adopte las medidas que estime adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, en colaboración con los servicios de salud correspondientes [52].

Se establece una coordinación entre los servicios de salud y la administración pública competente, ya que deberán de informarla siempre en el caso de encontrarse con una situación de este tipo (al igual que será notificado el Ministerio Fiscal por encontrarse en juego los intereses de un menor).

Una vez que se produzca el nacimiento, se mantendrá la intervención con el menor y su familia para que, en caso de que fuese necesario, se declare al menor en situación de riesgo o desamparo para su adecuada protección.

Finalmente, la Ley 26/2015 también viene a regular por primera vez a nivel estatal, como situación de riesgo, los casos de atención sanitaria necesaria para el menor no consentida por sus progenitores u otros responsables legales [53].

Ha habido casos muy conocidos y con mucha transcendencia social provocados por la negativa de los padres a realizar tratamientos médicos [54]. La legislación se pronuncia ahora de forma expresa en cuanto que no se trata de situaciones de desamparo sino de riesgo social, debiendo ser la autoridad judicial la que acuerde las medidas necesarias para la protección del menor [55].

Así, el artículo 17.10 de la Ley Orgánica 1/1996 (redactado por el artículo 1.10 de la Ley 26/2015) considera que constituye una situación de riesgo la negativa de los padres u otros representantes legales a prestar el consentimiento a la realización de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor. En estos casos, las autoridades sanitarias deberán informar inmediatamente de ello a la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que se adopte la decisión más adecuada para la protección del interés del menor.

Asimismo, esta nueva regulación ha afectado también a la Ley de la Autonomía del Paciente (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), de manera que en su artículo 9 se establece que cuando el consentimiento haya de ser prestado por los representantes legales del menor y sus decisiones sean contrarias a los intereses del mismo, 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 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. No obstante, se establece que antes de que el representante del menor preste su consentimiento, deberá de ser oída y tenida en cuenta la opinión del mismo [56].

### 3.3. Intervención en caso de desamparo

3.3.1. La declaración de desamparo. Aparece definido en el artículo 172.1 del Código Civil como

aquella situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Por lo tanto, la situación de desamparo no sólo engloba los supuestos de falta de personas que se hagan cargo del menor sino también aquellos casos en que, existiendo esas personas, estén imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o cumplan esos deberes de modo inadecuado [57].

Para que se declare un desamparo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

*A. El incumplimiento de los deberes de protección.* Tal y como dispone el artículo 172.1 del Código Civil, se trata de los deberes establecidos por las leyes para la guarda de los menores, esto es, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una

formación integral (artículo 154 del Código Civil) [58]. Este incumplimiento se produce no sólo en los casos de un abandono absoluto del menor, carente de personas que se hagan cargo de los deberes de guarda, sino que comprende también los supuestos en que los guardadores incumplen de hecho, ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevar a cabo aquellos deberes [59]. No obstante, ha de tratarse de un incumplimiento material y de entidad suficiente como para justificar una respuesta tan drástica por parte de la Entidad Pública, dado los importantes efectos jurídicos que comporta.

Los sujetos obligados a esta protección no son sólo los padres que detentan la patria potestad, sino también todas aquellas personas que ostentan deberes de guarda sobre el menor (tutores, guardadores de hecho, defensor judicial, acogedores) [60].

El sujeto pasivo del desamparo será el menor de 18 años tanto español como extranjero si se encuentra en España, pero se excluyen de protección los menores emancipados y habilitados de edad así como los incapacitados mayores de edad.

*B. La privación de la asistencia del menor.* No basta con que exista un incumplimiento de los deberes de protección, sino que se precisa que el desamparo se concrete en un resultado determinado, esto es, la desprotección del menor, encontrándose privado de la necesaria asistencia material (alimentos) o moral (afectividades, relaciones personales), prescindiendo de las causas que lo hayan motivado. Así pues, lo que ha de tenerse en cuenta es la situación fáctica en que se encuentre, de manera que si tiene cubiertas sus necesidades no existirá desamparo, aunque si la actuación de los padres no es la correcta se intervendrá contra ellos utilizando las vías pertinentes como la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela [61].

Para apreciar un desamparo basta con que exista una situación de inasistencia, sin necesidad de que sea duradera en el tiempo, excepto que se demuestre su naturaleza pasajera y pueda resolverse con otras medidas menos drásticas. En cualquier caso, la intervención pública sólo se justifica cuando resulte indispensable para evitar graves repercusiones en la esfera personal del menor [62].

Ahora bien, siguiendo la doctrina constitucional —SSTC 143/1990, de 26 de septiembre de 1990 (LA LEY 1550-TC/1990) y 298/1993, de 18 de octubre de 1993 (LA LEY 2341-TC/1993) —,

la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de interpretarse restrictivamente, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, además del interés del menor se encuentran otros derechos en juego como los de los padres biológicos [63].

*C. El nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia.* La inasistencia moral o material del menor debe ser consecuencia directa del incumplimiento de los deberes de guarda de los padres o guardadores de manera que, en caso contrario, se acudiría a otras soluciones distintas al desamparo como, por ejemplo, el internamiento del menor en un centro de salud mental cuando su trastorno psíquico imposibilite el cumplimiento de los deberes de protección por parte del guardador o el sometimiento ante la Jurisdicción de Menores en caso de que se trate de menores infractores de las leyes penales [64].

Las causas que pueden producir un desamparo son dos:

- *El imposible ejercicio de los deberes de protección.* Se trata de aquellos supuestos en los que la vulneración de los deberes inherentes a la patria potestad o a la tutela no se puede imputar a los padres o tutores. Así, los casos en los que los encargados del menor no pueden atenderle por falta de recursos económicos o cuando existe una ausencia de atención al menor por causas de incapacidad personal (alcoholismo, toxicomanía, alteraciones psicológicas, enfermedades orgánicas, etc.) [65].
- *El incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.* En este caso no se trata de que los progenitores o tutores no puedan atender al menor, sino de que de forma voluntaria lo atienden mal [66]. En este sentido, la doctrina entiende que las causas más comunes son [67]:
  - \* Maltrato o abuso físico: acto intencionado provocado por los responsables del menor que pueda producir daños físicos en el mismo.
  - \* Negligencia o abandono físico: el menor se encuentra desatendido en sus necesidades básicas como alimentación, vestido, higiene, etc.
  - \* Abuso sexual.
  - \* Maltrato emocional: comprende tanto la hostilidad verbal como el bloqueo de la interacción infantil.
  - \* Maltrato prenatal: falta de cuidado del cuerpo de la futura madre o el autosuministro de sustancias que perjudiquen al feto.

- \* Retraso no orgánico en el desarrollo: menores que no incrementan el peso, no medran con normalidad pese a la ausencia de una enfermedad orgánica.
- \* Explotación laboral: los responsables del menor lo someten a la realización continuada de trabajos que exceden lo que puede considerarse habitual en el contexto socio-cultural del menor.
- \* Síndrome de Münchausen por poderes: es una forma de maltrato infantil en la que uno de los padres finge o provoca en el niño síntomas de una enfermedad para obtener atención médica.

Con la nueva legislación en materia de protección de menores se regula por primera vez en una norma de carácter estatal las causas que determinan una situación de desamparo, introduciendo una clarificación y unificación de criterios para su declaración, ya que hasta el momento solo las legislaciones autonómicas eran las que las enumeraban. Así, el artículo 1.11 de la Ley 26/2015 viene a establecer en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996 que existirá situación de desamparo cuando se dé una o varias de las siguientes circunstancias [68]: el abandono del menor; el transcurso del plazo de guarda voluntaria; el riesgo para su vida, salud e integridad física; el riesgo para la salud mental, 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; el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda; la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución; la ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo

escolar; cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia. A su vez, el citado artículo 18.2 viene a establecer como indicador de desamparo el tener un hermano declarado en tal situación, añadiendo que en ningún caso se podrá separar a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos y que asimismo la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo.

Con carácter general, el procedimiento que se seguirá de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996 [69] es el que se describe a continuación [70].

El procedimiento puede iniciarse de oficio ya que, tal y como dispone el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996, las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, actuando al respecto si corresponde a su ámbito de competencias o, por el contrario, dando traslado al órgano competente; o a instancia de parte, ya que toda persona o autoridad así como quienes por su profesión detecten una situación de posible desamparo del menor lo comunicarán a la autoridad (artículo 13.1 de la Ley Orgánica 1/1996); o el propio menor podrá ponerlo en marcha cuando sea él mismo quien solicite la protección de la Entidad Pública (artículo 10.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996).

En caso de que el procedimiento no se inicie de oficio, la Entidad Pública estará obligada a verificar la situación demandada, actuando con la debida reserva e intentando la colaboración del menor y su familia, procurando no interferir en su vida escolar, social o laboral. Además, puesto que se trata de un procedimiento en el que se va a adoptar una

decisión que afecta a su esfera personal y familiar, el menor deberá ser oído necesariamente en caso de tener 12 años cumplidos o si tuviese menos pero se considerase que posee suficiente madurez. También deberán ser oídos los padres y guardadores y otras personas interesadas como aquellas que convivan con el menor, a los que se permitirá hacer alegaciones y proponer pruebas para defensa de sus derechos.

Tras la realización de estos trámites, el órgano administrativo dictará resolución escrita en la que efectuará la declaración de desamparo asumiendo la tutela pública del menor. Dicha resolución estará motivada y recogerá las causas que provocaron la apertura del expediente, las actuaciones seguidas y las medidas que se llevarán a cabo en relación con el menor, así como los recursos que quepan contra la misma.

Posteriormente, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y se notificará en el plazo de 48 horas a los padres, tutores o guardadores, informándoles tanto a ellos como al menor, si tuviese suficiente juicio y en todo caso si fuese mayor de 12 años, de forma clara y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención y de los efectos de la decisión adoptada, facilitándose dicha información, siempre que sea posible, de forma presencial.

Esta resolución lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, asumiendo la Entidad Pública desde ese momento la tutela *ex lege* [71]. Se trata de un acto administrativo y, por tanto, ejecutivo de forma inmediata, de modo que los padres o guardadores deben proceder a la entrega del menor [72] aunque posteriormente impugnen la resolución ante los órganos jurisdiccionales civiles, teniendo en cuenta que dicha impugnación no interrumpe la ejecu-

ción de la resolución.

Para impugnar una resolución de declaración de desamparo, el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [73] regula el procedimiento para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores [74]. Y los legitimados para formularla son los menores afectados (los cuales tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso), los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación.

El artículo 4.4 de la Ley 26/2015 viene a modificar el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para unificar el plazo para formular dicha oposición [75] ante los Tribunales civiles estableciéndolo en el plazo de dos meses desde su notificación, sin necesidad de reclamación administrativa previa.

El proceso de oposición se inicia mediante la presentación de un escrito inicial en el que el actor expresa la pretensión y la resolución a que se opone. Por su parte, el Secretario Judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente y, una vez recibido, emplazará al actor para que presente la demanda. El mencionado artículo 4.4 de la Ley 26/2015 también introdujo en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil una regulación novedosa para el supuesto de acumulación de procedimientos, de manera que en su apartado 5 se establece que si el Ministerio Fiscal, las partes o el Juez competente llegan a tener conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor, se dispondrá la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo.

Por otra parte, el artículo 2.13 de la Ley 26/2015 vino a modificar el artículo 172 del Código Civil. En su apartado segundo se establece que los progenitores y tutores que tengan suspendida la patria potestad o la tutela respectivamente podrán solicitar, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa declarando la situación de desamparo, la revocación de dicha declaración y el cese de la suspensión, si entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela, al haberse producido un cambio en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo. Además, podrán oponerse durante el mismo plazo a todas aquellas decisiones respecto a la protección del menor, ya que en esos dos años la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida (acogimiento, visitas, cambio de centro de protección...) incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen. Una vez que transcurra dicho plazo, decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten, quedando entonces únicamente legitimado el Ministerio Fiscal, aunque podrán facilitar información a la Entidad Pública y al propio Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

Por último, el artículo 172.3 del Código Civil regula el supuesto de la revocación del desamparo de manera que la Entidad Pública, siempre que considere que tal decisión es la más adecuada para el interés del menor, podrá revocarla y decidir el retorno del mismo con su familia, tanto de oficio como a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada [76].

**3.3.2. La tutela de la Entidad Pública.** Es la que se origina como consecuencia de una declaración de desamparo. Cuando la Administración se encuentra con un menor en situación de desamparo está obligada por ley a intervenir, asumiendo por ministerio de la ley la tutela del mismo y adoptando 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 (artículo 172.1 del Código Civil).

Se trata de la forma de intervención más intensa que tiene la Administración en orden a la protección de menores, ya que conlleva la separación del núcleo familiar. Por ello, con excepción de aquellos supuestos que revisitan extrema gravedad en los que debe realizarse de forma rápida esta separación, deberá valorar todas las alternativas posibles y sólo en el caso de que no exista ninguna que asegure la protección del menor, la Entidad pública asumirá la tutela del mismo [77].

La tutela pública presenta las siguientes características [78]:

- Se trata de una tutela automática, ya que no precisa de una intervención judicial previa sino que se confiere a la Entidad Pública por disposición de la ley y porque tiene carácter de urgencia ante una situación de desamparo, la cual se aprecia exclusivamente por la Entidad Pública.
- Es un instrumento ágil e inmediato de protección de menores desamparados, como paso previo para la adopción de ulteriores medidas de protección (acogimiento o adopción).
- Tiene carácter provisional, de manera que no es un mecanismo de protección definitiva sino que únicamente se mantiene

mientras perduren las causas que la motivan. Constituye un paso previo a otras situaciones jurídicas más estables: la reintegración del menor en su propia familia si se supera la situación de desprotección o, en caso contrario, la integración en otra familia de forma provisional (acogimiento) o definitiva (adopción).

Desde el momento de la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela *ex lege*, se crea una relación jurídica entre el menor y la Administración [79], asumiendo esta todas las obligaciones que el Código Civil establece para los tutores en su artículo 269, esto es, velar por el tutelado, procurarle alimentos, educarlo y facilitarle una formación integral. Asimismo, la tutela *ex lege* conlleva la guarda del menor a través del acogimiento familiar o residencial, debiendo guardar el menor en cada caso respeto y obediencia a la persona que se ocupe de su guarda.

La tutela administrativa del menor produce la suspensión (que no privación) de la patria potestad de los padres, quienes por tanto conservan algunos derechos y obligaciones inherentes a la misma.

Por lo que a los primeros se refiere, la Ley 26/2015 en su artículo 2.10 viene a modificar la redacción del artículo 160 del Código Civil, ampliando el derecho del menor a relacionarse con sus parientes incluyendo expresamente a los hermanos y abuelos, de manera que subsiste el derecho de visitas y comunicaciones de los progenitores, hermanos y demás familiares con el menor en situación de desamparo, siempre que sea aconsejable en función de su interés superior. Además, también modifica el artículo 161 del Código Civil, ya que el artículo 2.11 de la citada Ley aclara la competencia de la Entidad Pública, la cual va a ser la encargada

de regular mediante resolución administrativa las visitas y comunicaciones, 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 [80]. No obstante, tanto el menor como los afectados y el Ministerio Fiscal podrán acudir a los órganos jurisdiccionales civiles para oponerse a la resolución administrativa conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil [81].

Otro de los derechos que conservan los padres es un derecho de información, de manera que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica 1/1996, la Entidad Pública deberá notificar a los padres o tutores la situación de los menores que tenga bajo su tutela, siempre que no exista resolución judicial que lo prohíba.

En cuanto a las obligaciones, perdura el deber de los padres de prestar alimentos a sus hijos. Aunque, como ya hemos visto, la Administración como tutora del menor ostenta dicha obligación, esto no exonera a los progenitores de la que contempla el artículo 143.2 y 110 del Código Civil [82], siempre que estén en condiciones económicas para ello, de manera que según dispone el apartado 4 del artículo 172 ter del Código Civil introducido por el artículo 2.15 de la Ley 26/2015, «la Entidad pública podrá establecer la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor». De no cumplir con tal obligación legal, la misma puede ser exigida en el pertinente juicio de alimentos a instancia de la propia Entidad Pública o del Ministerio Fiscal [83].

Ahora bien, en el mismo artículo 2.15, la Ley 26/2015 establece otra obligación para los padres, de manera que en caso de que a sus hijos menores se les impute la realización de actos que acarreen responsabilidad civil, la Entidad Pública tendrá potestad para establecer la cantidad que deberán abonar los padres por tal concepto.

Respecto a la esfera patrimonial, la Entidad Pública es la representante legal del menor salvo para los actos que este pueda realizar por sí mismo (artículo 267 del Código Civil) y además será la administradora de dicho patrimonio, ejerciendo esta función con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 270 del Código Civil). No obstante, al no encontrarse los progenitores o tutores privados de la patria potestad o tutela ordinaria respectivamente, sino únicamente en suspensión, «serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen en representación del menor y que sean en interés de éste» (según dispone el artículo 172.1 del Código Civil).

Mientras que el menor esté sometido a la tutela de la Administración, su actuación será objeto de un control judicial indirecto a través de la vigilancia del Ministerio Fiscal [84] (artículo 174.1 del Código Civil), quien asume la superior vigilancia de la tutela de los menores desamparados comprobando semestralmente su situación y solicitando la elaboración de informes a los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes [85]. Además, la Entidad Pública le dará cuenta de cualquier novedad de interés relativa al menor para que promueva, en su caso, las medidas de protección que estime necesarias.

Por lo que a la protección judicial se refiere, la Ley 26/2015 ha venido a ampliar las medidas recogidas en el artículo 158 del Código Civil, las cuales debe adoptar el Juez siempre

que haya un menor implicado en un procedimiento, con la finalidad de apartarlo de un peligro o de evitarle perjuicios tanto en su entorno familiar como frente a terceras personas [86].

Ahora bien, con el artículo 2.25 de la mencionada Ley se viene a restringir la legitimación activa para instar la protección judicial de los menores que se encuentren en situación de desamparo. Mientras que el párrafo 2 del artículo 216 del Código Civil permite que las medidas de protección judicial del menor puedan ser adoptadas por el Juez de oficio o a instancia de cualquier interesado, el siguiente párrafo viene a limitar dicha legitimación para el caso de aquellos que estén sujetos a tutela administrativa de manera que entonces las medidas solo podrán ser acordadas de oficio o a instancia de la Entidad Pública, del Ministerio Fiscal o del propio menor.

Aunque tanto el Ministerio Fiscal como la Entidad Pública que ostente la tutela, tienen el deber de velar por el interés superior del menor, no se acierta a ver en qué favorece a dicho interés la privación a cualquier interesado —incluida su familia de origen y los propios acogedores— de la legitimación activa para instar de forma directa las medidas del artículo 158 del Código civil cuando el menor esté sujeto a tutela administrativa. Legitimación que sí ostentan, sin embargo, cuando el menor esté sujeto a cualquier otra medida de protección [87].

Para más abundamiento, pueden apreciarse discordancias entre lo dispuesto en tal precepto y lo señalado en otros textos normativos. Así, el artículo 2.9 de la Ley 26/2015 establece en el artículo 158 del Código Civil la posibilidad de que dichas medidas puedan ser adoptadas en un expediente de jurisdicción voluntaria, de manera que atendiendo a lo establecido en el artículo 87 de la Ley

15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, las medidas de protección judicial de los menores se adoptarán de oficio o a instancia del propio afectado, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Por lo tanto, se estima necesaria una armonización del nuevo párrafo del artículo 216 del Código Civil con el resto de normas concordantes vigentes en nuestro ordenamiento [88].

La tutela *ex lege* o automática puede finalizar por diversos motivos. Por primera vez en nuestra legislación, gracias al artículo 2.13 de la Ley 26/2015, se regulan las causas del cese de la tutela de la Entidad Pública. Así, el artículo 172.5 del Código Civil señala que cesará cuando desaparezcan las causas que la motivaron [89], de manera que la Administración emitirá una resolución administrativa en la que expondrá la nueva medida para el menor, esto es, la reintegración en su familia de origen o bien su adopción en caso de que se considere que la situación familiar es irreversible. Asimismo, la tutela pública también puede finalizar por alguna de las causas de cese de la tutela ordinaria recogidas en el artículo 276 y 277.1 del Código Civil, de manera que se extinguirá cuando el menor alcance la mayoría de edad, por adopción del tutelado, por fallecimiento del sometido a tutela, por concesión del beneficio de la mayor edad o cuando los titulares de la patria potestad en suspenso la recuperen.

Finalmente, tal y como señala el Preámbulo de la Ley 26/2015, atendiendo a la creciente movilidad de algunos menores protegidos, con esta nueva regulación se prevén nuevos supuestos de cese de la tutela administrativa. De este modo, el mismo artículo 172.5 del Código Civil establece que cesará si el menor se hubiese trasladado voluntariamente a otro país, si se encontrase en otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiese asumido su tutela o adoptado otra medida

de protección en virtud de declaración de situación de desamparo, o se entendiese que ya no es necesaria la adopción de medida de protección alguna; y también cesará en el caso de que hubiesen transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

### 3.4. Intervención en caso de menores con trastornos de conducta

**3.4.1. Antecedentes.** La Ley Orgánica 8/2015 introduce una novedad importante en cuanto al acogimiento residencial, al contemplar el ingreso de menores en centros de protección específicos para el tratamiento de trastornos de conducta en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales. Para ello, añade —a través de su artículo 1.6— un nuevo capítulo IV en el título II de la Ley Orgánica 1/1996, comprendiendo los artículos 25 a 35.

En los últimos años, se ha producido en nuestro país un considerable incremento del número de menores que presentan graves problemas de adaptación a su entorno familiar y educativo, derivados de los denominados «trastornos de conducta». Con esta expresión se hace referencia a un conjunto de comportamientos desviados, desajustados o disruptivos —esto es, que contravienen las normas básicas de la convivencia—, de los que pueden derivarse daños para su propio autor o para terceros [90].

Es el caso de los menores que ingresan en los centros de protección a petición de sus propias familias ante situaciones muy conflictivas derivadas de comportamientos

agresivos, inadaptación familiar, violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental; de manera que su situación psicológica y social demanda soluciones diferentes a las que ofrecen los centros de protección ordinarios o sus familias [91].

Así pues, el perfil específico de estos menores requiere de una intervención especializada [92], ya que los comportamientos disruptivos no tienen por qué derivar de una situación de desamparo o de trastorno psíquico y no suponen necesariamente la comisión de delitos, con lo que los centros ordinarios de acogida, de salud mental o de reforma pueden resultar inadecuados para los menores que los presentan [93].

Ante tal problemática, fueron diversas las instituciones que pusieron de manifiesto, mediante sus peticiones correspondientes, la necesidad de adoptar una regulación específica; en concreto, el Defensor del Pueblo (en las recomendaciones contenidas en el «Informe sobre Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social» [94] del año 2009 y en el «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia» [95] del año 2014), la Fiscalía General del Estado (en las Recomendaciones contenidas en su Memoria del año 2010), el Comité de los Derechos del Niño (en las Observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010 [96]) y la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (cuyo informe fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Senado, el día 17 de noviembre de 2010).

Además, son varios los convenios internacionales que han entrado en vigor en nuestro país los cuales exigen una adaptación normativa;

así como lo indicado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 131 y 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, en las que se resolvieron dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas paralela y conjuntamente contra el artículo 211 del Código civil y la disposición final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996, y el artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente; y en las que, finalmente, se declararía la inconstitucionalidad de dichos preceptos por infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución, pero no su nulidad [97].

No obstante, tal y como señala el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, estos centros no pueden concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, sino que su finalidad es proporcionarles un contexto socioeducativo y psicoterapéutico más estructurado en el que logren normalizar su conducta y desarrollar armónicamente su personalidad, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado.

Ahora bien, su regulación puede, en ocasiones, incidir en los derechos fundamentales de los menores, lo cual exige una normativa en la que se determinen los límites de la intervención y se regulen cuestiones tales como las medidas de seguridad (contención, aislamiento o registros personales y materiales), la administración de medicamentos, el régimen de visitas, los permisos de salida o sus comunicaciones [98]. Es por dicho respeto a los derechos de los menores por lo que se ha procedido a la regulación mediante Ley Orgánica de los ingresos de menores en este tipo de centros.

**3.4.2. Presupuestos y procedimiento.** En cuanto al ámbito de aplicación de las disposiciones del susodicho Capítulo IV, abarca todos los ingresos, actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta dependientes de las Entidades Públicas o de entidades privadas



colaboradoras de aquellas, en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales. Es por este motivo por lo que están sujetos a una supervisión y control específicos de manera que, con independencia de las inspecciones de los centros que puedan realizar el Defensor del Pueblo, las instituciones autonómicas equivalentes y el Ministerio Fiscal, la medida deberá revisarse al menos trimestralmente por la Entidad Pública, remitiéndole el informe correspondiente al órgano judicial que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal.

Para el ingreso de los menores en este tipo de centros es necesario que concurran tres requisitos:

- Que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública; incluyendo los supuestos de guarda voluntaria prevista en el artículo 19, en los que será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional.
- Que estén diagnosticados con problemas de conducta, esto es, que presenten comportamientos disruptivos o disociales recurrentes, transgresores de las normas sociales y los derechos de terceros.
- Que el ingreso esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada.

De manera que no podrán ser ingresados aquellos menores que presenten trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad.

El acogimiento residencial en estos centros se realizará exclusivamente como último re-

curso cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección y, a través de programas específicos, cumplirá con las siguientes finalidades:

- Proporcionar al menor un marco adecuado para su educación.
- La normalización de su conducta.
- Su reintegración familiar cuando sea posible.
- El libre y armónico desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, el procedimiento para el ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, aparece regulado en el artículo 26 de la Ley Orgánica 1/1996 así como en el artículo 778 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para su inicio, es necesario que la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de dicho menor o el Ministerio Fiscal recaben previamente autorización judicial. Esta solicitud de ingreso estará motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores.

Los juzgados competentes para autorizar el ingreso del menor —o ratificar el ya efectuado— son los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde radique el centro, los cuales deberán examinar y oír al menor antes de adoptar cualquier decisión, así como recabar el dictamen, al menos, de un facultativo designado por ellos [99].

No obstante, aunque dicha autorización judicial es obligatoria, si existiesen razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrán acordar el

ingreso, debiendo comunicarlo al Juzgado competente dentro de las veinticuatro horas siguientes, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación del mismo, que habrá de efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación de ingreso, dejándose el mismo sin efecto de forma inmediata en caso de que no lo autorice.

Finalmente, es preciso señalar que los menores solo permanecerán en el centro el tiempo estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas, acordándose el cese por el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, de oficio o a propuesta —fundamentada en un informe psicosocial— de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal.

## Bibliografía

AA VV: «La intervención con familias en situación de riesgo psicosocial. Aportaciones desde un enfoque psicoeducativo», en *Apuntes de Psicología*, Vol. 27, número 2-3, 2009.

AA VV: *Los menores en protección*, coord. Serrano Ruiz-Calderón, M. Grupo difusión, Madrid, 2007.

AA VV: *Protección jurídica del menor*, coord. Pous de la Flor, M. P. y Tejedor Muñoz, L. Colex, Madrid, 2009.

BENITO ALONSO, F: «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-360, tomo 6, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: «La guarda y el acogimiento de menores», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, 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 *La Ley*, Derecho de familia, 2015.

BOTANA, G: «La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia» en *La Ley*, Actualidad Civil, nº 9, 2015.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I: «Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés», en *Diario La Ley*, nº 8590, Ref. D-301, 2015.

DURÁN RUIZ, F. J: *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Editorial UGR, Granada, 2008.

ESCRIBANO TORTAJADA, P: «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», en *La Ley*, Actualidad Civil, nº 12, Sección A Fondo, tomo 1, 2009.

FEPa (Federación de Entidades con Proyectos y Pisos Asistidos): «La emancipación de jóvenes tutelados y ex-tutelados en España», 2013.

GARCÍA GARNICA, M. C: «Artículo 216», en AA VV, *Las modificaciones del Código civil del año 2015*, dir. R. Berco-vitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *Acogimiento y adopción*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *As-pectos procesales civiles de la protección del menor*, Ti-rant lo Blanch, Valencia, 2006.

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 *La Ley*, Derecho de familia, nº 7, 2015.

JARIOT GARCIA, M., SALA ROCA, J., ARNAU SA-BATÉS L: «Jóvenes tutelados y transición a la vida independiente: indicadores de éxito», en *REOP*, Vol. 26, nº 2, 2015.

LUDEÑA BENÍTEZ, O. D: «Aspectos constitucionales y procesales del internamiento por razón de trastorno psíquico: especial referencia a la STC 132/10 y a la naturaleza jurídica-procesal de la institución» en *Noticias Jurídicas*, Artículos doctrinales, 2011.

MANTECA VALDELANDE, V: «Procedimientos de protección de menores», en *La Ley*, Actualidad Admi-

nistrativa, Nº 3, Sección Práctica Profesional, tomo 1, 2005.

MARTÍN AZCANO, E. M: «El acogimiento residencial de menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *La Ley*, Derecho de familia, 2015.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: «Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *Save the Children*, Málaga, 2015.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *El Desamparo de Menores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

PANIZA FULLANA, A: «La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015, 2015.

PORTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: «El proce-so de emancipación», Andalucía, 2010.

PORTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: «Más 18: Cuando los menores se hacen mayores», Andalucía, 2010.

PORTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: «Recursos de Alta y Baja Intensidad para la formación y la vida autónoma», Andalucía, 2010.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I: «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», en *Educa-tio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012.

RIVERO HERNÁNDEZ, F: *El interés del menor*, Dykin-son, Madrid, 2000.

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», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, 2016.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M: *Abandono y desam-paro de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.

SUÁREZ SANTODOMINGO, J. M: *La incorporación*

*de menores institucionalizados al mundo laboral*. Psico-logía jurídica al servicio del Menor, Cedecs, Barcelona, 2000.

VIVANCOS SÁNCHEZ, M: «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», en *La Ley*, Sección Crónica, Ref. LXXV, tomo 5, 2000.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEGA, L: «El in-terés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio», en *El menor en la legislación actual*, Universi-dad Antonio de Lebrija, Universitas Nebrissensis, Hoyo de Manzanares, Madrid, 1998.

## Anexo de legislación

### Estatal

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763)

Constitución Española, 1978 (BOE-A-1978-31229)

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protec-ción Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-1996-1069)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-2000-323)

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 (BOE-A-2002-22188)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE-A-2015-7391)

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescen-cia (BOE-A-2015-8222)

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sis-tema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8470)

## Internacional

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Uniform Marriage and Divorce Act, Estado de Ohio de Estados Unidos (1973).

Ley italiana 184/1983, sobre el Derecho del menor a tener una familia, de 4 de mayo de 1983.

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986.

Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Children Act, Reino Unido (1989).

Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.

Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996, Estrasburgo.

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, Lanzarote.

Convenio del Consejo de Europa relativo a la adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008, Estrasburgo.

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.

## Anexo de jurisprudencia

### Audiencias Provinciales

SAP de Soria 121/1998, de 7 de Octubre de 1998 (EDJ 1998/29268)

SAP de Zaragoza de 19 de Febrero de 2000 (JUR 2000\123432)

SAP de Jaén 4/2002, de 10 de Enero de 2002 (LA LEY 10693/2002)

SAP de Santa Cruz de Tenerife 310/2004, de 25 Junio de 2004 (LA LEY 151287/2004)

SAP de Zaragoza 436/2004, de 15 de Julio de 2004 (LA LEY 167576/2004)

SAP de Córdoba 239/2006, de 27 de Octubre de 2006 (LA LEY 262873/2006)

SAP de Castellón 138/2008, de 25 de Noviembre de 2008 (LA LEY 287972/2008)

SAP de Madrid 340/2009, de 25 de Mayo de 2009 (LA LEY 252995/2009)

SAP de Santa Cruz de Tenerife 480/2009, de 16 de Noviembre de 2009 (LA LEY 319406/2009)

SAP de Huelva 122/2010, de 31 de Mayo de 2010 (EDJ 2010/208147)

SAP de Huelva 104/2012, de 22 de Mayo de 2012 (LA LEY 138023/2012)

SAP de Las Palmas 213/2013, de 26 de Noviembre de 2013 (JUR 2014\3510)

SAP de Málaga 851/2014, de 4 diciembre de 2014 (JUR\2015\193259)

SAP de Jaén 70/2015, de 16 de Febrero de 2015 (EDJ 2015/66172)

SAP de Tarragona 25/2016, de 26 enero de 2016 (JUR\2016\49274)

SAP de Málaga 105/2016, de 17 de Febrero de 2016 (LA LEY 28952/2016)

## Tribunal Supremo

STS 1275/2001, de 31 de Diciembre de 2001 (EDJ 2001/53382)

STS 653/2004, de 12 de Julio de 2004 (EDJ 2004/82541)

STS 384/2005, de 23 de Mayo de 2005 (EDJ 2005/76724)

STS 565/2009, de 31 de Julio de 2009 (LA LEY 184099/2009)

STS 413/2014, de 20 de Octubre de 2014 (LA LEY 149445/2014)

STS 582/2014, de 27 de Octubre de 2014 (LA LEY 149443/2014)

STS 47/2015, de 13 de Febrero 2015 (EDJ 2015/7309)

STS 321/2015, de 18 de Junio de 2015 (EDJ 2015/105502)

STS 620/2015, de 11 de Noviembre de 2015 (LA LEY 163156/2015)

## Tribunal Constitucional

STC 143/1990, de 26 de Septiembre de 1990 (LA LEY 1550-TC/1990)

STC 88/1993, de 12 de Marzo de 1993 (LA LEY 2157-TC/1993)

STC 156/1993, de 6 de Mayo de 1993 (LA LEY 2217-TC/1993)

STC 298/1993, de 18 de Octubre de 1993 (LA LEY 2341-TC/1993)

STC 154/2002, de 18 de Julio de 2002 (LA LEY 6237/2002)

STC 131/2010, de 2 de Diciembre de 2010 (EDL 2010/264532)

STC 132/2010, de 2 de Diciembre de 2010 (EDL 2010/264534)

## Notas

[\*] Máster en Criminalidad e Intervención Social en Menores y Catedrática de Derecho Civil, respectivamente. Universidad de Granada.

Contacto con las autoras: bealeiva@correo.ugr.es

[1] Así queda reflejado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

[2] Tal y como lo expresa en su Exposición de Motivos, se trata de construir un amplio marco jurídico de protección que vincule a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.

[3] Véase MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: «Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *Save the Children*, Málaga, 2015, pág. 7.

[4] Véase 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 *La Ley*, Derecho de familia, 2015, pág. 3.

[5] Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990).

[6] RAVETLLAT BALLESTÉ, I: «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», en *Educación Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012, pág. 91.

[7] En este sentido, el Tribunal Supremo estableció en su Sentencia 47/2015, de 13 de Febrero 2015 (EDJ 2015/7309), que el interés que se valora en cada caso es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso. De tal manera que el interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor.

[8] SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M: *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, pág. 176.

[9] ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIEGA, L: «El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio» en *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Lebrija, Universitas Nebrissensis, Hoyo de Manzanares, Madrid, 1998, pág. 91.

[10] Véase MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 17.

[11] Así lo dispone expresamente el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

[12] Ya que dicha jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores, «la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo». En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia 653/2004, de 12 de Julio de 2004 (EDJ 2004/82541) y 384/2005, de 23 de Mayo de 2005 (EDJ 2005/76724).

[13] Los elementos que recoge esta Observación general para evaluar y determinar el interés superior del menor son los siguientes: su opinión; su identidad; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad del niño; la situación de vulnerabilidad del menor; el derecho del niño a la salud y, finalmente, el derecho del niño a la educación.

[14] Así lo disponía el Consejo Económico y Social en su Dictamen 4/2014, Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Protección a la Infancia, de 28 de mayo de 2014.

[15] Siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, F: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, la Children Act contiene los siguientes criterios que han de ser considerados: los deseos y sentimientos del niño; sus necesidades físicas, educativas y emocionales; el efecto probable de cualquier cambio de situación; la edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante; algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo; capacidad de los progenitores para satisfacer las necesidades del menor y, finalmente, el rango de las facultades a disposición del tribunal o regla mínima de intervención judicial. Por su parte, la Uniform Marriage and Divorce Act establece: los deseos de los padres con relación a la custodia; los deseos del niño en relación con la custodia si tiene once años o más; la interacción e interrelación del niño con sus padres, hermanos y cual-

quier otra persona que pueda afectar señaladamente al interés del menor; la adaptación del niño a su hogar, escuela y comunidad; y la salud mental y física de todas las personas implicadas.

[16] Véase MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 18.

[17] Según el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, modificado posteriormente por el artículo primero de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

[18] Véase DURÁN RUIZ, F. J: *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Editorial UGR, Granada, 2008, pág. 101.

[19] Estos nuevos artículos vienen a dar respuesta a la necesidad socialmente denunciada de que las leyes recojan no sólo el elenco de derechos de los menores, sino también sus obligaciones en todos los ámbitos de la vida —familiar, escolar y social—. Asimismo, estos preceptos alientan a los poderes públicos a llevar a cabo acciones dirigidas al fomento del conocimiento y cumplimiento de estos deberes.

[20] Dicha sustitución se debe a que el término «madurez» es el utilizado generalmente en los Convenios internacionales en la materia, al ser más ajustado al lenguaje jurídico y forense.

[21] Véase DE LA IGLESIA MONJE, M. I: «Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés», en *Diario La Ley*, nº 8590, Ref. D-301, 2015, pág. 3.

[22] Véase DE LA IGLESIA MONJE, M. I: *ib.*, pág. 3.

[23] 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», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, 2016, pág. 5.

[24] También se reconoce este derecho del menor en otros instrumentos internacionales, tales como la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1959 y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986; instrumentos que fueron de aplicación en la SAP de Santa Cruz de Tenerife 310/2004, de 25 Junio de 2004 (LA LEY 151287/2004) en la que al no estar localizada la madre biológica de una menor guineana, se declara la situación de desamparo, con lo que tras la reclamación de la misma la Audiencia Provincial cesa el acogimiento temporal basándose en que lo prioritario para la menor es que sea cuidada por sus progenitores (en este caso por su madre), de manera que llegue a ser capaz de identificarse, asumiendo su origen y su realidad.

[25] Artículo 172.2 ter del Código Civil: «Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos». Antes de la reforma operada por la Ley 26/2015, el artículo 172.4 del Código Civil era el que contenía el texto del mencionado artículo 172.2 ter.

[26] Tal y como establece el Preámbulo de la Ley 26/2015, estos principios, vertebradores del sistema, ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2010, y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional.

[27] Otros países europeos han llegado a promulgar una ley específica para garantizar el derecho del menor a crecer y ser educado en el ámbito de la propia familia; así la Ley italiana 184/1983, de 4 de mayo de 1983 sobre el Derecho del menor a tener una familia.

[28] Véase BENITO ALONSO, F: «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-360, tomo 6, 1997, pág. 6.

[29] Para ello, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 1/1996, impone la obligación a los poderes públicos de facilitar a las familias servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

[30] Véase DURÁN RUIZ, F. J.: *ob. cit.*, pág. 116.

[31] Véase DURÁN RUIZ, F. J.: *ib.*, pág. 117.

[32] En este sentido, la SAP de Castellón 138/2008, de 25 de Noviembre de 2008 (LA LEY 287972/2008) dejó sin efecto la resolución de la Dirección Territorial de Bienestar Social que acordaba el acogimiento familiar preadoptivo provisional de un grupo de hermanos, por entender que se habían producido cambios en las circunstancias familiares que motivaron la declaración de desamparo (mejoría en el estado de la vivienda familiar y evolución favorable en el tratamiento del padre de deshabituación a las drogas).

[33] Véase DURÁN RUIZ, F. J.: *ib.*, pág. 118.

[34] En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia 565/2009, de 31 de Julio de 2009 (LA LEY 184099/2009), promulgó la siguiente doctrina:

Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se 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.

[35] Siguiendo a AA VV: *Los menores en protección*, coord. Serrano Ruiz-Calderón, M. Grupo difusión, Madrid, 2007, págs. 161 y 162.

[36] Véase la sentencia 88/1993, de 12 de marzo de 1993 (LA LEY 2157-TC/1993), en la cual el Tribunal Constitucional desestima un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno de la nación contra la Ley 3/1988, de 25 de Abril de 1988, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de hijos adoptivos, y realiza una interpretación del alcance del art. 149.1.8 de la Constitución considerando que «los derechos civiles forales preexistentes puedan ser objeto no ya de conservación y modificación, sino de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico»; y

la sentencia 156/1993, de 6 de mayo de 1993 (LA LEY 2217-TC/1993), en la que el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno de la nación contra el artículo único del texto refundido de la compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de Septiembre de 1990 del Gobierno balear, invocando la doctrina constitucional de que «la noción constitucional de desarrollo no queda vinculada al contenido actual de las Compilaciones, sino que permite la regulación de “instituciones conexas”».

[37] En este sentido, SUÁREZ SANTODOMINGO, J. M.: *La incorporación de menores institucionalizados al mundo laboral*, Psicología jurídica al servicio del Menor, Cedecs, Barcelona, 2000, pág. 190, señala que España no cuenta hoy en día con un único sistema de protección de menores y que cada Comunidad Autónoma ha ido desarrollando su propio sistema que, en cualquier caso, cumple todos los requisitos exigidos por las disposiciones estatales e internacionales en este campo.

[38] Para completar el análisis de esta situación, véase el epígrafe 4.2. sobre la guarda voluntaria.

[39] Por lo tanto, no puede apreciarse despreocupación, desinterés o descuido en la actitud de los mismos.

[40] Siguiendo a GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P.: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 47.

[41] Véase GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P.: *ib.*, pág. 48.

[42] Distinción establecida expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996.

[43] En este sentido, AA VV (coord. Serrano Ruiz-Calderón, M.): *ob. cit.*, pág. 421, considera que esta distinción es un gran acierto ya que

es lógico pensar que muchas de las situaciones de riesgo no van a venir determinadas por una acción culpable de los encargados del menor, sino por factores externos a los mismos, fundamentalmente marginación social o económica o enfermedad. Ello no puede suponer la intervención desmesurada de la Administración, pues aunque el interés más digno de protección sea el del menor, concurren otros intereses que hay que tener en cuenta, como es el familiar. Por ello, es lógico y plausible que la intervención sea preventiva y que ataque la raíz del problema donde éste se produce.

[44] Aunque siguiendo el artículo 17.6 de la Ley Orgánica 1/1996, las resoluciones declarando la situación de riesgo de un menor sí podrán ser objeto de recurso ante el Juzgado conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[45] A título ejemplificativo, considera que existe situación de riesgo y no de desamparo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 4/2002, de 10 de enero de 2002 (LA LEY 10693/2002), la cual anula la situación de desamparo que se había acordado de dos menores, atendiendo por un lado al interés del menor y al principio del mantenimiento en su familia de origen y, por otro, a la mejoría de la enfermedad mental de la madre y a la abstinencia absoluta del padre sobre cualquier bebida alcohólica tras someterse a un tratamiento rehabilitador. Por lo tanto, el Tribunal considera que han desaparecido los indicios de abandono sobre los menores y que los padres pueden desarrollar correctamente las funciones de guarda y custodia. Debe tenerse en cuenta que debido a la gran trascendencia que la declaración de desamparo lleva consigo, provocando en ocasiones efectos irreversibles tanto en los menores como en sus progenitores, únicamente debe adoptarse en caso de que se constate que existe privación de la necesaria asistencia moral y material en los menores, lo que no ocurre en el presente caso.

[46] Se trata de programas que tienen como objetivo la formación y el apoyo a los padres para que cumplan satisfactoriamente sus funciones educativas mediante el fortalecimiento de sus habilidades parentales. A su vez, se parte del reconocimiento de las diferencias socio-culturales de cada familia aunque garantizando siempre el bienestar y el adecuado desarrollo de los menores.

[47] Véase AA VV: *Protección jurídica del menor*, coord. Pous de la Flor, M. P. y Tejedor Muñoz, L. Colex, Madrid, 2009, pág. 128.

[48] Como expone MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 24,

Hasta la reforma (realizada por la Ley 26/2015) había Comunidades Autónomas que dictaban declaración del riesgo social mediante resolución administrativa y otras no, siendo a veces competencia municipal y otras autonómica. De ahora en adelante, en todas las Comunidades Autónomas se tendrán que realizar declaraciones de riesgo mediante resolución administrativa, decidiendo cada cual a qué administración pública corresponde realizar la intervención, valoración y declaración.

[49] El artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el que regula la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, fijando en

dos meses desde su notificación, el plazo para formular dicha oposición.

[50] No ocurre así en la legislación internacional, donde la Convención de los Derechos del Niño proclama expresamente en su Exposición de Motivos que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

[51] Véase MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 51.

[52] Si bien el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, al regular las situaciones de riesgo, establece que la administración competente dictará resolución administrativa declarándola; en este caso la intervención se realizará siguiendo únicamente lo dispuesto en sus apartados 2, 3 y 4 ya que lo que se intenta precisamente es evitar dicha declaración de riesgo —o incluso de desamparo— tras el nacimiento.

[53] Así lo dispone el Preámbulo de la Ley 26/2015.

[54] En este sentido puede mencionarse la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de Julio de 2002 (LA LEY 6237/2002), la cual conoce de un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo en la que se condenaba a unos testigos de Jehová, padres de un menor de 13 años que murió tras negarse a que le realizasen una transfusión de sangre, por no haberlo disuadido de la decisión que adoptó pese a tener una posición de garantía respecto a su hijo. El centro hospitalario, al entender que peligraba la vida del menor, solicitó del Juzgado de guardia autorización para la práctica de la transfusión, la cual fue concedida y acatada por los padres. No obstante, al disponerse los médicos a efectuar la transfusión, el menor la rechazó violentamente por lo que los médicos estimaron contraproducente su realización debido a que podía precipitar una hemorragia cerebral. Fue entonces cuando el personal sanitario pidió a los padres que trataran de convencer al menor, a lo cual no accedieron por dichos motivos religiosos, pese a desear la curación de su hijo. En este caso, el Tribunal Constitucional estimó el amparo por considerar que a los padres no les era exigible una conducta distinta, ya que resultaría una actuación radicalmente contraria a sus convicciones que vulneraría su derecho fundamental a la libertad religiosa, recogido en el artículo 16 de la Constitución.

[55] Véase MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 52.

[56] La disposición final segunda de la Ley 26/2015 viene a reformar la Ley de la Autonomía del Paciente incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas en menores de edad en caso de riesgo grave, de manera que la nueva regulación asume el criterio mixto que propugna tal Circular al introducir un criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo basado en la edad.

[57] Así lo expresa GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *ob. cit.*, pág. 31.

[58] A este supuesto se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 851/2014, de 4 diciembre de 2014 (JUR\2015\193259). En este caso el propio menor relata el comportamiento violento de su padre en el hogar que lo insultaba y agredía tanto a él como a su madre, tiraba cosas al suelo, rompía cristales y destrozaba la casa, siendo quien intermediaba para que no pegara a la madre. El hijo se encontraba desasistido en todos los aspectos, en situación de desamparo a causa del incumplimiento de los deberes de protección que pesan sobre sus padres biológicos (señalados en el artículo 154.1 del Código Civil), pues ambos habían dejado de velar por él, educarlo y procurarle una formación adecuada.

[59] Así lo señala BENITO ALONSO, F: *ob. cit.*, pág. 12.

[60] Véase VIVANCOS SÁNCHEZ, M: «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», en *La Ley*, Sección Crónica, Ref. LXXV, tomo 5, 2000, pág. 2.

[61] AA VV (coord. Serrano Ruiz-Calderón, M): *ob. cit.*, págs. 411 y 412, entiende que el concepto de desamparo, su declaración y en consecuencia su aplicación, debe servir para defender al menor y no para castigar a los padres o tutores negligentes o culpables.

[62] Véase BENITO ALONSO, F: *ib. pag.* 13 y GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *ob. cit.*, pág. 35.

[63] Esta doctrina se aplicó en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 480/2009, de 16 de Noviembre de 2009 (LA LEY 319406/2009), en la que el Tribunal desestimó el recurso de apelación interpuesto por la madre de una menor al no poder acreditar que hubiesen desaparecido las graves circuns-

tancias que justificaron la declaración de desamparo. Se trata de una madre diagnosticada de esquizofrenia paranoide, con nula conciencia de su enfermedad, desequilibrio nutricional y trastorno en el proceso del pensamiento, con lo que presenta incapacidad para hacerse cargo de la menor y prestarle la necesaria asistencia moral y material.

[64] En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 239/2006, de 27 de Octubre de 2006 (LA LEY 262873/2006) desestima el recurso de apelación interpuesto por los padres de una menor oponiéndose a la resolución administrativa que declaraba el desamparo de la misma, considerando que al estar acreditado por sentencia firme que la hermana de la menor era objeto de malos tratos sistemáticos por parte de sus progenitores, no puede afirmarse que estén en condiciones de prestar a su hija la protección y el amparo que precisa sino que, al contrario, supondría un riesgo para su integridad física y moral. Así, el Tribunal refiere que concurren los tres requisitos del desamparo: a) el incumplimiento de los deberes paterno-filiales viene constituido por la situación de violencia familiar y agresiones entre los recurrentes y su hija mayor; b) la desprotección de la menor proviene de la misma conducta y del hecho de que realmente los recurrentes nunca se han ocupado de ella; y c) el nexo causal es evidente. Por el contrario, los informes acreditan que la estancia de la menor con sus abuelos la ha dotado de un entorno de seguridad y cariño, estando plenamente atendida y manteniendo un desarrollo psicológico y afectivo acorde con su edad y con sus necesidades, por lo que en aras al interés de la menor lo más conveniente para ella es la permanencia con sus abuelos.

[65] Se refiere a este supuesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 104/2012, de 22 de Mayo de 2012 (LA LEY 138023/2012) declarando que la situación de desamparo de dos menores es ajustada a Derecho al considerar que la enfermedad mental de la madre con sintomatología de carácter obsesivo-compulsivo y quien rechaza los tratamientos, le impide realizar las funciones tuitivas inherentes a la patria potestad, de manera que no puede ocuparse de sus hijos sola sino únicamente con la ayuda de terceras personas. Por lo tanto, en interés de los menores, debe prevalecer la declaración de la situación de desamparo.

[66] BENITO ALONSO, F: *ob. cit.*, pág. 12, establece la diferenciación entre las dos casusas que pueden producir un desamparo: «El incumplimiento cabal y el ejercicio inadecuado refieren actitudes culposas por parte de padres o guardadores, dando idea de un descuido o desinterés en tales potestades familiares. La imposibi-

lidad del ejercicio tiene su origen, claro está, en causas ajenas a la voluntad de los titulares».

[67] Siguiendo a AA VV (coord. Serrano Ruiz-Calderón, M): *ob. cit.*, pág. 409.

[68] Siempre que una vez valoradas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, se considere que presentan la suficiente gravedad como para suponer una amenaza para la integridad física o mental del menor.

[69] No obstante, este procedimiento se acomodará a las disposiciones establecidas al respecto por la Comunidad Autónoma de que se trate.

[70] Siguiendo a GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *ob. cit.*, págs. 37, 38 y 39; y a MANTECA VALDELANDE, V: «Procedimientos de protección de menores», en *La Ley*, Actualidad Administrativa, N° 3, Sección Práctica Profesional, tomo 1, 2005, pág. 2.

[71] El artículo 172.1 del Código Civil legitima tanto al Ministerio Fiscal como a la Entidad Pública para promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela en caso de que lo considerasen necesario.

[72] Con la introducción del artículo 778 ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 8/2015, se ha realizado una modificación procesal de la entrada a domicilio para la ejecución del desamparo, pasando la competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo a los Juzgados de Primera Instancia y articulando un procedimiento de urgencia para aquellos casos en que la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad del menor o en los que exista afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales. Asimismo, se otorga un papel relevante al Secretario Judicial en la ejecución.

[73] Modificado por el artículo 4.4 de la Ley 26/2015.

[74] Con este procedimiento puede impugnarse cualquier tipo de resolución sobre menores: la que deniega solicitud de padres biológicos de dejar sin efecto la tutela; la que deniega la petición de cese de la guarda voluntaria; la denegatoria de solicitud de modificación del régimen de visitas del menor acogido o la que deniegue la petición de cesación del acogimiento familiar.

[75] Hasta la nueva regulación, el plazo de oposición al desamparo era de tres meses.

[76] En este sentido, la Audiencia Provincial de Málaga en su reciente sentencia 105/2016, de 17 de Febrero de 2016 (LA LEY 28952/2016) revocó la resolución administrativa de desamparo de un menor al considerar que se inició el expediente cuando se estaba claramente ante una situación de guarda voluntaria. Además, dicha declaración de desamparo y la retirada del menor se sustentó en la incapacidad psíquica de la madre, vulnerando los derechos de las personas con discapacidad ya que en ningún caso puede separarse a un menor de sus padres en razón de la discapacidad del menor, de ambos padres, o de uno de ellos. Así pues, atendiendo al interés superior del menor, el Tribunal acordó el reintegro del mismo con su madre, pero imponiendo al mismo tiempo que la Entidad Pública preste asistencia apropiada a la madre para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de su hijo.

[77] MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *El Desamparo de Menores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 35 y 36, señala que

hacer mención al carácter residual de la tutela pública tiene sentido por varios motivos: 1. La Entidad Pública constituye el último recurso tutelar para el menor necesitado. 2. Ha sido descrita por la doctrina la falta de sensibilidad que se observa en las personas jurídicas en general, y de la Entidad Pública en particular como tutoras. Nunca la Entidad Pública, formada por funcionarios que van variando con el paso del tiempo, ejercerá con el mismo celo que una persona física, la tutela del menor. 3. Los menores siempre deben tener a su alcance una persona que les represente de forma efectiva y que vele por sus derechos. Cuando la persona jurídica ejerce como tutora, al delegar la guarda en terceras personas, el menor queda distanciado de su tutor, no resultando siempre accesible para el mismo.

[78] Véase GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *ob. cit.*, pág. 40; y BENITO ALONSO, F: *ob. cit.*, pág. 15.

[79] Así lo dispone el artículo 222.4 del Código Civil: «Estarán sujetos a tutela: Los menores que se hallen en situación de desamparo».

[80] MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: «Modificación del sistema de protección...» *ob. cit.*, pág. 54, señala que

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

[81] En este sentido, el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que los progenitores o tutores cuya patria potestad o tutela esté suspendida podrán formular oposición a las resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores en el plazo de dos meses desde su notificación, siempre que no hayan transcurrido más de dos años desde la notificación del desamparo, ya que transcurrido dicho plazo el único legitimado será el Ministerio Fiscal (artículo 172.2 Código Civil).

[82] El artículo 143.2 del Código Civil señala que

Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente, los ascendientes y descendientes»; mientras que el artículo 110 establece que «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

[83] Véase BENITO ALONSO, F: *ob. cit.*, pág. 21.

[84] Véase GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *ob. cit.*, pág. 43.

[85] Tal y como lo expresa el Preámbulo de la Ley 26/2015, se le ha asignado al Ministerio Fiscal la posibilidad de solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública, con la finalidad de dotarle de los suficientes medios para que pueda ejercer de manera efectiva sus funciones como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, evitando con ello que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica.

[86] Según el mencionado artículo, las medidas que podrá acordar el Juez son aquellas necesarias para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, para evitarlos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, para evitar la sustracción por alguno de los progenitores o por terceras personas, y, gracias al artículo 2.9 de la Ley 26/2015 estas medidas se amplían a la medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor o comunicarse con él.

[87] Así lo expone GARCÍA GARNICA, M. C. en «Artículo 216», AA VV, *Las modificaciones del Código civil del año 2015*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 723 y siguientes.

[88] Véase GARCÍA GARNICA, M. C: *ib.*

[89] En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 88/2013, de 13 Marzo de 2013 (LA LEY 260403/2013) estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia al considerar que, tras la declaración de desamparo del menor y su ingreso en un centro residencial, el mismo había sufrido reiterados ingresos psiquiátricos, perpetrado agresiones a los educadores, consumo de cannabis, numerosas fugas para convivir con la madre así como graves dificultades para el establecimiento del vínculo, dada la intensa relación que mantiene con la madre. Por lo tanto, el Tribunal considera que debido a un cambio en las circunstancias tanto del menor como de la madre (la cual no ha presentado sintomatología psicótica en los últimos meses), lo más conveniente para el menor es el cese de la situación de acogimiento y la recuperación tanto de la guarda y custodia como de la patria potestad de la madre.

[90] Así lo señala MARTÍN AZCANO, E. M: «El acogimiento residencial de menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *La Ley*, Derecho de familia, 2015, pág. 1.

[91] Así expone tal problemática actual el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015.

[92] Previo informe sobre la situación social y sobre el estado psíquico del menor, se desarrolla una intervención especializada, teniendo en cuenta sus especiales características, complejidad, condiciones y necesidades.

[93] Véase MARTÍN AZCANO, E. M: *ib.*, pág. 2.

[94] El informe recoge la realidad de unos jóvenes que están ingresados en centros de acogimiento residencial por tener graves problemas de inadaptación familiar y social, vinculados en ocasiones a trastornos de conducta. Se insiste en la relevancia de desarrollar programas que cubran aspectos que no se suelen tener en cuenta en las intervenciones con estos menores, como sus necesidades afectivas, educativas, terapéuticas y el desarrollo de su autonomía.

[95] El estudio analiza como se garantiza durante los procesos judiciales de oposición a medidas de protección y en los de familia el derecho del menor a ser escuchado.

[96] El Comité recomendó a España establecer normas y protocolos para definir los límites y el tipo de atención

prestada a los niños con trastornos de comportamiento o en riesgo social, así como los criterios para enviar a esos niños a centros privados, velando siempre porque sus derechos estén plenamente garantizados.

[97] Siguiendo a LUDENA BENÍTEZ, O. D: «Aspectos constitucionales y procesales del internamiento por razón de trastorno psíquico: especial referencia a la STC 132/10 y a la naturaleza jurídica-procesal de la institución» en *Noticias Jurídicas*, Artículos doctrinales, 2011, págs. 16 y 17, ambas sentencias conforman la base jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto al internamiento involuntario y urgente por trastorno mental. En la sentencia 131/2010 (EDL 2010/264532), el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nula la disposición adicional 23ª de la Ley Orgánica 1/1996, en cuanto atribuye, con infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución, carácter de ley ordinaria a la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, por la que se dio nueva redacción al párrafo primero del artículo 211 del Código Civil. En este caso, puesto que tiene por objeto una materia incluida en el ámbito de reserva de ley orgánica (internamiento de personas con trastorno psíquico), se declara la inconstitucionalidad del precepto pero no su nulidad, ya que la declaración de nulidad del artículo 211 del Código Civil produciría un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, teniendo en cuenta que dicho precepto no había sido cuestionado en su contenido material, es decir, no se estaba discutiendo sobre la pertinencia del internamiento de personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico. En la misma línea y bajo los mismos argumentos, se pronunció nuevamente el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/2010 (EDL 2010/264534), declarando la inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pero no su nulidad. Así, se estableció una vigencia provisional a la espera de que el legislador orgánico, con la mayor brevedad posible, procediese a dar la oportuna cobertura legal orgánica al internamiento involuntario de personas con trastornos mentales.

[98] Véase en este sentido el epígrafe 5.2.2. «Acogimiento residencial especializado para menores con trastornos de conducta».

[99] Frente a la resolución adoptada por el Juzgado, podrá interponerse recurso de apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, o los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores.



# Una entrevista a Dan Munteanu Colán

---

Carmen Sveduneac [\*]

Carmen Sveduneac: Tengo el placer de conversar hoy con Dan Munteanu Colán [1], un gran romanista e hispanista, lingüista y crítico literario; autor del primer diccionario rumano-español aparecido en Rumanía (1967), elaborado en colaboración con Constantin Parii; autor asimismo de gramáticas y manuales, obras de divulgación, monografías científicas y centenares de artículos académicos y capítulos de libros especializados. Dan Munteanu Colán es además uno de los principales traductores de literatura española e hispanoamericana al rumano y de literatura rumana al español. Después de trabajar durante años en el Instituto de Lingüística de Bucarest, ciudad en la que también ejerció el periodismo como analista de política internacional, comenzó a cultivar la docencia en diversas universidades españolas hasta establecerse en la de Las Palmas de Gran Canaria donde es actualmente catedrático de Filología Románica. En 1995, se le concedió la nacionalidad española por carta de naturaleza. Ha merecido numerosos premios y galardones que sería prolijo enumerar aquí. En realidad, es una figura que no necesita presentación. Los interesados en el detalle pueden dirigirse a su página web [<http://www.danmunteanu.com/>] ¡Buenos días!

Dan Munteanu: Buenos días, querida Carmen. Buenos días a todos.

CS: Mañana se conmemoran los 399 años de la muerte de Cervantes (16 abril de 1616). Mirando hacia atrás en la historia, hace unos cien años, entre 1915 y 1916, cuando se celebraba el tricentenario de dicha muerte, un grupo de intelectuales rumanos (entre los cuales podríamos nombrar a Eugen Lovinescu, Tudor Vianu, Dumitru Caracostea, etc.) publicaron en *Noua Revistă Română* [‘La Nueva Revista Rumana’], en un número especial dedicado a Cervantes, varios estudios sobre el gran autor español, dando comienzo así a las exégesis cervantinas en el espacio rumano. ¿Cómo ve hoy, cien años después, la figura de Cervantes en el referido ámbito literario rumano y cuáles son en su opinión los estudios críticos sobre el creador del Quijote que destacan en la crítica rumana?

DM: La figura de Cervantes y especialmente de Don Quijote en el espacio rumano, si bien diría que hoy en día ya no ocupa uno de los primeros lugares en la galería de los grandes personajes literarios fue, ha sido y es una presencia continua y continuada desde los inicios de lo que me gustaría llamar la prehistoria de la hispanística rumana, es decir desde el siglo XIX, cuando se hicieron varias traducciones fragmentarias del Quijote, una de ellas firmada por Heliade Rădulescu [2], algunas firmadas por personas to-

talmente desconocidas o incluso anónimas, hasta prácticamente finales del siglo XX, del siglo pasado; la primera traducción seria, «científica» podríamos decir, se publicó en los años 60; fue una traducción casi completa, es decir las dos partes en un solo tomo, en formato grande, muy bien editada, con reproducciones de los grabados de Gustavo Doré; era una traducción buena desde el punto de vista del estilo y el lenguaje, quizás no totalmente exacta, ni demasiado fina en cuanto a los matices del libro original, pero sí, en conjunto y para su momento, era una estupenda traducción.

CS: ¿Se refiere a la traducción de Edgar Papu y Ion Frunzetti?

DM: Exacto, me refiero a la traducción de Edgar Papu y Ion Frunzetti. Y si bien esta traducción ocupó durante unas décadas el lugar que le correspondía, después se publicó la traducción de Sorin Mărculescu, que es realmente la mejor hasta ahora, diría yo. Además Sorin Mărculescu se ha especializado en la traducción de la obra de Cervantes, porque ha traducido también *Los trabajos de Persiles y Segismunda*, las *Novelas ejemplares*, ha escrito incluso algunos estudios críticos, es decir que...

CS: Es un exégeta...

DM: ... es un exégeta de Cervantes y es un buen traductor, además de ser un buen poeta, lo que garantiza también el aspecto poético de la traducción. Pero quizás hoy por hoy, Cervantes, no diría que esté arrinconado, o que no figure entre las primeras y grandes personalidades y/o personajes literarios, sino que, de algún modo, no está tan visible como antes. Sin embargo, y me aventuro a afirmar eso, creo que hay pocos rumanos, de la categoría de la gente media, de cultura media, que no sepan quién es Cervantes, que no hayan leído *El Quijote* o por lo menos que no sepan quién es Don Quijote.

CS: ¿Tenemos exégetas de Cervantes conocidos en el exterior?

DM: ¿Rumanos?

CS: Rumanos, sí.

DM: Pues, creo que excepto Popescu Telega, Sorin Mărculescu y quizás, quizás George Călinescu, que ha escrito alguna cosa sobre Cervantes, no tenemos. No hay unos cervantistas de talla internacional en Rumanía. Y que me perdonen los que quizás lo sean y yo no estoy informado. (Se ríe)

CS: ¿Cuál es en su opinión el rumano que más contribuyó en difundir la obra y la biografía de Cervantes en Rumanía?

DM: Yo diría que indudablemente y también desde el punto de vista cronológico fue Alexandru Popescu Telega.

CS: Después de la Biblia, *El Quijote* es el libro más traducido del mundo. En Rumanía la primera traducción en la historia del Quijote fue la de Heliade Radulescu, como ya hemos apuntado antes, a través y a partir de una versión francesa. Después de las traducciones de Edgar Papu, Frunzetti y Sorin

Mărculescu, ¿cree que aún se puede realizar una traducción más del Quijote? ¿Podemos detenernos ante la traducción de Sorin Mărculescu? ¿Es la traducción definitiva?

DM: Sin duda la traducción de Sorin Mărculescu marca un punto de inflexión, es un hito muy importante en la historia del texto rumano de *El Quijote*, pero en mi opinión, defendiendo el punto de vista del traductor —como sabes la traducción es mi *hobby* por no decir otra faceta de mi profesión—, creo que siempre es posible crear una versión mejor de cualquier traducción literaria, incluso de la obra de Cervantes, no solo del Quijote.

CS: ¿Se atrevería a hacerla usted?

DM: Sí. Sí... Sí, me atrevería, porque... Porque vamos a ver, Carmen, después de haber traducido el *Guzmán de Alfarache* de Mateo Alemán, que como sabes es de un barroquismo profundo... y haber hecho una traducción con aparato crítico y toda la parafernalia, después de haber traducido, por otro lado, el *Amadís de Gaula*, una novela de caballerías de cuatro tomos, en versión íntegra... creo, que entre *Amadís de Gaula* y Mateo Alemán, Cervantes encajaría perfectamente en mi trayectoria. Pero eso depende en general de las editoriales, no de los traductores.

CS: Como traductor, ¿qué elige usted primero, el autor o el texto?

DM: Como traductor elijo el autor y después del autor elijo el texto de entre los textos del autor.

CS: Aunque es usted antes que nada un filólogo, su relación con la traducción literaria hemos intuido ya que ha ido mucho más lejos de los coqueteos habituales de cualquier filólogo. Se le puede considerar, usted lo

apuntaba antes, también un traductor profesional, y de los importantes. En este sentido, ¿cuál es su técnica? ¿Cuántas veces lee usted un libro antes de empezar a traducirlo? Después de la traducción, ¿deja reposar el texto y regresa a él de nuevo pasa hacer algunos retoques? ¿Cómo hace?

DM: Pues la voy a sorprender, como lo hice con muchísimos otros que me han hecho esta pregunta antes. Yo nunca leo el libro antes de traducirlo. Nunca, jamás. Es decir, sé de qué trata el libro, quién es el autor, qué estilo y qué escritura tiene, qué tipo de literatura escribe, sé de lo que se ha escrito sobre el libro, sé cuál es el lugar del libro en el panorama de la literatura, de la perspectiva de literatura de expresión española o de la literatura universal y si no lo he leído, nunca lo leo. Y si lo he leído no lo vuelvo a leer antes de empezar la traducción.

CS: Tengo que reconocer que yo también hago lo mismo. Pienso que, si ya conoces el final del libro, puedes perder interés y, más que eso, conociendo el final del libro puedes estar influenciado y dejar, sin querer, que se entrevea la acción futura. De alguna manera, eso es perder la inmediatez de la lectura, el efecto sorpresa ante el texto, diría, algo que también debería dejar huella en una buena traducción...

DM: Sí, sí. Estoy completamente de acuerdo contigo, Carmen. Y en cuanto a la segunda pregunta que me has hecho, la respuesta también es sí. Traduzco un texto, lo dejo reposar, como dices tú, no mucho tiempo, pero como mínimo dos semanas, si no un mes, y después lo vuelvo a leer con otros ojos y otra perspectiva. ¿Sabes? El distanciamiento te permite ser más objetivo, algo que ayuda mucho. Y creo que ese es el mejor procedimiento, no porque lo practique yo, sino porque creo que todo traductor con cierta dosis de profesionalidad hace lo mismo.

CS: ¿Cuál ha sido su traducción literaria más difícil hasta ahora y por qué?

DM: Hmm (suspira). Por orden cronológico mencionaría primero *El recurso del método* de Alejo Carpentier. Luego, en función de su dificultad, seguirían *Guzmán de Alfarache* de Mateo Alemán y *Tres tristes tigres* de Guillermo Cabrera Infante. ¿Por qué? Carpentier, como bien sabes, tiene una frase muy ampulosa, frase barroca, una frase que contiene siempre muchas informaciones adyacentes que son en realidad llamadas a lo que podríamos denominar el dominio epistémico del lector, la competencia intertextual e intercultural del lector. Piensa que casi todos los capítulos empiezan con una cita del *Discurso del método* o el *Tratado de las pasiones del alma*, todas estas citas hay que (re)conocerlas, o al menos identificar su autor, ver si se han traducido al rumano y, en tal caso, reproducir la cita de la traducción rumana oficialmente publicada. El traductor debe entender no únicamente el léxico (aparecen muchos cubanismos y latino-americanismos), sino las alusiones, las referencias a determinados aspectos culturales, morales, religiosos, etc. Quiero decir que esa traducción me supuso un gran esfuerzo y fue un auténtico reto. Tuve que comunicarme con Carpentier, cartearme con él varias veces para aclarar algunas cosas que me resultaban difíciles de comprender. En cuanto al *Guzmán de Alfarache*, la lengua de esta novela es el español de comienzos del siglo XVII, en pleno barroco auténtico, no barroco carpenteriano, y también con muchísimas, pero muchísimas, alusiones a realidades de la época, incluso dichos, refranes que hoy ya no se utilizan, que a lo mejor los puede encontrar uno en el vocabulario de Covarrubias, y que contiene, más allá de los capítulos propiamente dichos de la novela, aquellos otros, de consideraciones filosóficas, morales, religiosas, que son difícilísimos de tradu-

cir. Y finalmente, en el caso de Cabrera Infante, el escritor utiliza también un lenguaje muy variado, porque como él mismo declara recurre a distintas modalidades del habla cubana, hace también referencias a personajes, títulos de libros, música, fotografía, cine... era un gran aficionado al cine. Hay en el libro algunos capítulos en los que se mezclan el español y el inglés, el recurso al inglés es un recurso estilístico muy importante en la obra de Cabrera Infante, sobre el que se ha escrito mucho; cuando siente que no le basta el español recurre al inglés, utiliza mucho los retruécanos, los juegos de palabras, los palíndromos. Los palíndromos no se pueden traducir, con muy pocas excepciones, como el nombre Ana en rumano y Ana en español, pero ¿qué hacemos con un palíndromo de tipo «dábale arroz a la zorra el abad»? La única solución, a mi juicio, es inventar palíndromos en la lengua meta, en la lengua a la que traduces. Y me inventé un palíndromo de tipo *apa-i apa / apa sapa* ('el agua es agua / el agua cava'); también me acordé de un palíndromo rumano de la infancia, *iepurășul ușa rupe* ('el conejito rompe la puerta') algo «defectuoso»: en rumano, *iepurășul* se escribe con *ie* y en el palíndromo está escrito solo con un *e* para que el enunciado resulte palíndromo. En fin, dificultades muy variadas a lo largo de todos estos casi 50 años desde que empecé a traducir.

CS: ¿Tiene usted algún consejo para los traductores, o algunos «tips and triks» como dicen los ingleses? Yo también recurro a veces al inglés, no lo hace solo Cabrera Infante...

DM: El consejo fundamental: el traductor debe ser un excelente conocedor de una, dos o tres lenguas, si traduce de varias lenguas; tiene que ser bi- o plurilingüe, pero sobre todo debe ser bi- o pluricultural, es decir, debe conocer la cultura de la lengua meta y debe conocer la cultura de la lengua fuente

porque si no conoce estas dos culturas muy bien, entonces no hay manera... la traducción, lo sabes muy bien porque tú también traduces, no es nunca una traducción palabra por palabra, no basta con buscar el significado de las palabras que se encuentran en los diccionarios.

CS: El traductor debe ser el más fiel y elegante mensajero del autor...

DM: En mi opinión el traductor tiene dos papeles, es decir: en la comunicación existe un emisor, productor del texto y un receptor, interprete del texto. El traductor es las dos cosas a la vez. En la primera fase de su actividad es un receptor que interpreta el texto y tiene que llegar hasta la intención comunicativa del autor; y en la segunda fase es productor del texto y tiene que crear un texto que conserve todos los aspectos comunicativo-funcionales y estilístico-poéticos del texto. Es decir, todo esto tiene que conservarlo, pero además vertido en una lengua que sea aceptada por la comunidad destinataria. Es decir, en una lengua que no viole las normas lingüísticas. A veces, puede permitirse pequeñas desviaciones, que yo llamo manipulaciones. Pero unas manipulaciones que no afectan ni al contenido ni a la forma del texto original. ¿A qué me refiero?: por ejemplo, manipulaciones eliminatorias. Pongo un ejemplo que se me ocurre: «estaba tras las rejas de una verja de hierro». En rumano sonaría mal decir: *în spatele barelor de fier ale unui grilaj*. En rumano *grilaj* significa «barras de hierro» o «barrotes de hierro entrecruzados», es decir, «enrejado» «verja» ¿Qué se debería hacer en tal caso? Si en rumano suena mejor decir «era în spatele unui grilaj de fier» elimino «las rejas», el rumano *barelor* del texto original, no altero el texto original. ¿Me entiendes? Luego hay manipulaciones aditivas. Si quieres evitar una nota al pie de página, reproduces la palabra en

original y tras una coma añades una explicación breve. Por ejemplo perrero, *hingherul*. Se añade el correspondiente en la lengua meta. Y así por el estilo. Habría que hablar mucho de esto, daría para una conferencia entera, o dos, o tres.

CS: ¿Se ha sentido alguna vez como traductor traidor? Porque, ya sabe, hay un dicho italiano «traduttore, traditore».

DM: No, nunca. No estoy de acuerdo con este dicho. Que sí, que he leído traducciones malísimas que son una traición traperera del original pero la traducción en sí no significa traición, todo lo contrario. La literatura, que conste que esta es mi idea, es universal y existe como tal gracias a la traducción, gracias al traductor, a los traductores. Sin traductores no hubiéramos podido leer ni a Homero ni el *Ramayana* o el *Mahabharata* ni a Shakespeare ni a Cervantes.

CS: Si no fuera por el traductor solo tendríamos literaturas nacionales. ¿Está trabajando ahora en una traducción? En caso de que así sea, ¿cuáles han sido los criterios que han guiado la elección de la obra?

DM: Pues mira, traduzco una novela, pero no es española, es brasileña, es de una grandísima escritora brasileña del siglo pasado, murió en 1976, Clarice Lispector, considerada una especie de Kafka de América, una especie de Joyce; es como una maga, una persona totalmente fuera de lo común que publicó en su breve vida unas 20 novelas, de las que traduje cuatro y ahora estoy trabajando en la quinta, las que me parecieron las más representativas; las primeras dos ya están a la venta en las librerías rumanas con el título *Aproape de inima vijelioasa a lumii* ['Perto do coração salvagem'] y *Patimile după G.H.* ['A paixão segundo G.H.']. El primer título es en realidad una cita de James

Joyce del *Retrato del autor adolescente*. Las dos obras parecen haber creado un auténtico revuelo entre el público rumano de hoy en día. Las traducciones fueron objeto de muchísimas crónicas, se han publicado muchísimas reseñas, muy elogiosas. El mérito es de Clarice Lispector. Un poco también el mío, modestia aparte. (Se ríe).

CS: Estudió usted Filología Románica en la Universidad de Bucarest y ha tenido como profesores a Iorgu Iordan, básicamente el verdadero fundador de la hispanística rumana. Después ha publicado usted varios estudios o artículos y ha impartido conferencias sobre la historia de la hispanística rumana. ¿Cuál es, en su opinión el primer hispanista rumano en quien podemos encontrar las preocupaciones constantes y los rasgos definitorios y específicos de un auténtico hispanista?

DM: Yo creo, y creo que lo hemos comentado ya en otra ocasión, que el primer auténtico hispanista rumano, el primero que puede ser definido como tal, fue Alexandru Popescu Telega. El no solo creó la tradición de la enseñanza universitaria...

CS: Fue el primer profesor de Lengua Española en una universidad de Rumanía...

DM: Antes de él lo fue Evaristo Correa Calderón, pero no era rumano, era español. Te voy a citar algunas cosas sobre Popescu Telega que tú seguramente conoces mejor que yo, ya que estás trabajando en este tema. Popescu Telega, que fue alumno de Ovid Densusianu, quien a su vez era compañero de Ramiro Ortiz y de Nicolae Iorga [3]. Popescu Telega publicó en 1924 la monografía *Cervantes*; luego, tres años más tarde *Asemănări și analogie în folclorul român și iberic* ['Semanzas y analogías entre el folclore rumano y el ibérico'] y, en 1931, *Cervantes și Italia*

['Cervantes e Italia'] su tesis doctoral, un estudio que todavía consultan los que se dedican a Cervantes; y *Două drame de Lope de Vega interesând istoria și literatura românilor* ['Dos dramas de Lope de Vega con referencias a la historia de los rumanos'], en 1936; más tarde aparecieron sus trabajos monográficos sobre Unamuno, Galdós, Jacinto Benavente, Maragall...

*Cervantes e Italia* es un excelente estudio de literatura comparada. Con minucia y rigor científico, Popescu Telega analiza la influencia de Dante y de Petrarca en la obra de Cervantes, las reminiscencias de *Orlando furioso* en *Don Quijote*, las fuentes italianas en *Persiles y Segismunda*, la presencia de la filosofía renacentista en las *Novelas ejemplares* y en *Galatea*. Podríamos hablar muchísimo sobre Popescu Telega, pero estoy seguro de que un día lo hará Ud.

CS: Le he preguntado esto porque algunos críticos dicen que el primer hispanista fue Ștefan Vârgolici. No sé si puede considerarse a Vârgolici un auténtico hispanista. Sí, tradujo algunos fragmentos de *El Quijote* a partir del texto original y escribió algunos estudios sobre literatura española pero en mi opinión...

DM: Ștefan Vârgolici no hizo más que un viaje de estudios a España, se quedó aquí unos años y envió una serie de artículos a la prensa rumana de entonces, pero no creo que podamos considerar a Vârgolici como un hispanista en sentido estricto, ya que publicó solo algunos estudios sobre Lope de Vega y Calderón de la Barca; en cuanto a la traducción, esta se publicó, por entregas, en la revista *Convorbiri Literare* y se limita solo a algunos capítulos. No creo que Vârgolici puede ser definido como el primer hispanista rumano. Quizás sí como un *bandeirante*, una persona que abrió el camino

de la hispanística, pero no un estudioso con preocupaciones constantes, que haya dejado una obra importante desde el punto de vista científico en lo que es la hispanística rumana y europea. Que me perdonen los herederos de Vârgolici.

CS: Cambiando de tema, y para ir terminando, tengo que reconocer que he escuchado decir con frecuencia entre los aficionados a la lengua y la literatura españolas que la lengua española está presente hoy en día en la literatura o la cultura universal gracias a los hispanoamericanos. ¿Qué opina usted sobre esto?

DM: Que es una tontería monumental, para decirlo de una forma elegante.

CS: Es que no he escuchado decir esto en la calle, sino en una conferencia, entre académicos. Por eso me atrevo a preguntar qué opina al respecto.

DM: No me figuro que la gente de la calle piensa frecuentemente en esas cosas, sin ánimo de ofender a nadie; la gente piensa en cosas más pragmáticas. La lengua española existía ya como mínimo cuatro siglos antes de que apareciera la primera novela hispanoamericana...

CS: Tenemos que terminar aquí; el tiempo apremia. Se me quedan algunas preguntas importantes en el tintero, acerca de sus trabajos sobre lenguas en contacto, sobre los *pidgins* y especialmente sobre el español hablado por las comunidades rumanas en España, eso que algunos lingüistas empiezan a llamar «rumañol» y sobre el que ha publicado un trabajo... Espero que en un futuro no lejano podamos continuar esta apasionante conversación. Por el momento solo me queda agradecerle en mi nombre y en el del departamento su amabilidad y esta interesante charla.

DM: Yo también lo espero, Carmen, ha sido un placer, y os doy las gracias a Ud. y a todos los miembros del Área de Filología Románica de la Universidad de Granada.

## Notas

[\*] Universidad Stefan cel Mare de Suceava, Rumanía.

Contacto con la autora: [carmensvduneac@yahoo.com](mailto:carmensvduneac@yahoo.com)

[1] Realizada el 15 de abril de 2015, en el Departamento de Filologías Románica, Italiana, Gallego-Portuguesa y Catalana de la Universidad de Granada.

[2] Ion Heliade Rădulescu (1802-1872), escritor, filólogo y político fue el primer presidente de la Academia Română. Considerado una figura clave en la formación de la cultura rumana y del rumano literario moderno, fue un prolífico traductor de literatura extranjera. Participó en la Revolución de 1948 [CS].

[3] Se trata de tres figuras destacadas de la cultura rumana del periodo interbélico. Ovid Aaron Denusianu (1873-1938), importante filólogo y polígrafo, romanista y poeta, fue profesor de la Universidad de Bucarest; Ramiro Ortiz (1879-1947) no era, pese a su nombre, español sino italiano, enseñó Literatura Italiana en Bucarest entre 1909 y 1932 y Filología Románica en Padua desde 1933 hasta su muerte. Nicolae Iorga (1871-1940), mucho más conocido que los otros dos fuera de Rumanía, es autor de una copiosísima y variada bibliografía. Además de profesor y escritor, desarrolló una importante actividad como político. Murió asesinado por un comando de la Guardia de Hierro (de orientación fascista) [CS].