

El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

(actualizado Enero 2024)

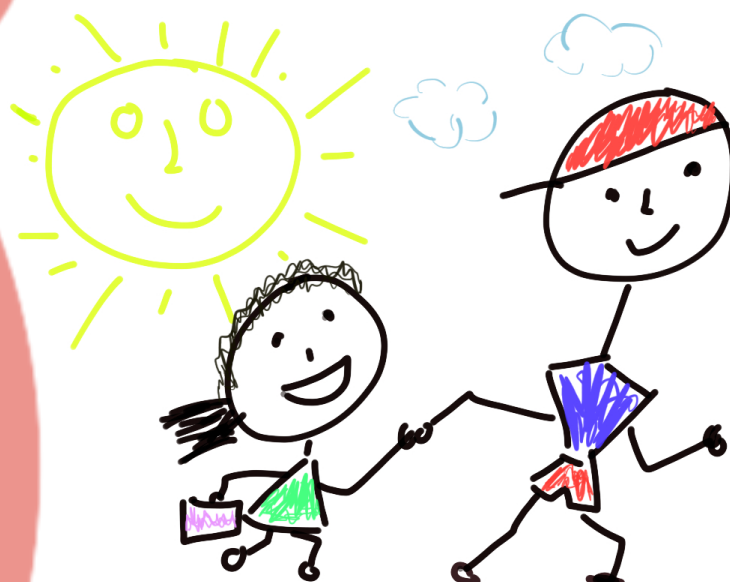
Guía para profesionales y agentes sociales

Elaborado por:

Julieta Moreno-Torres Sánchez

Doctora en Derecho

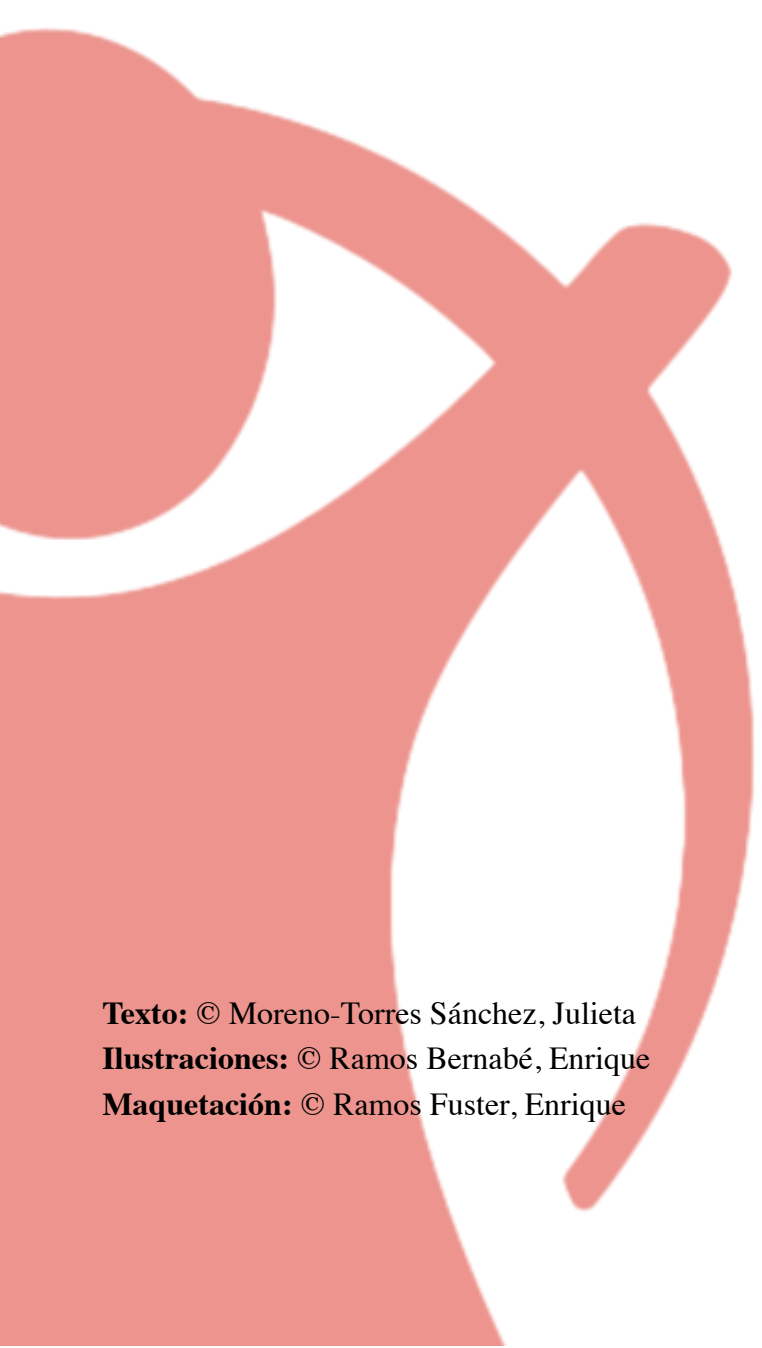
Asesora Jurídica del Servicio
de Protección de Menores de Málaga
de la Junta de Andalucía



Save the Children



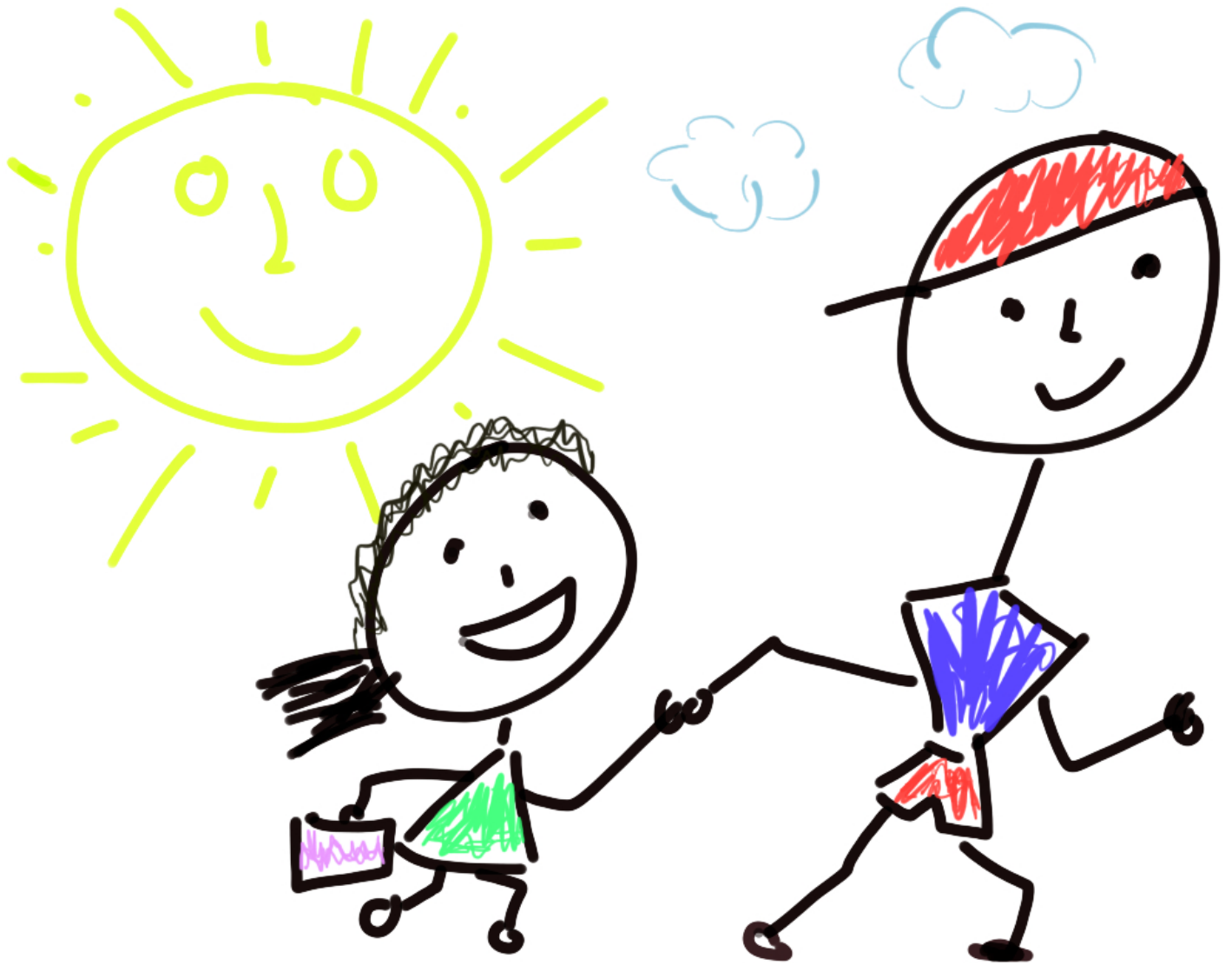
Save the Children



Texto: © Moreno-Torres Sánchez, Julieta

Ilustraciones: © Ramos Bernabé, Enrique

Maquetación: © Ramos Fuster, Enrique



ÍNDICE

1. Presentación	7
Cómo consultar la legislación sobre infancia y adolescencia	8
2. Interés Superior del Menor, Derecho a Ser Oído y a la Defensa, plazos y criterios comunes	9
El interés superior del menor: nueva técnica para su valoración	9
Derecho del menor a ser oído y escuchado	12
Derecho a la defensa	13
Deberes del menor	14
Deber de comunicación de situaciones de violencia	15
3. Instituciones del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia	17
Situación de riesgo	19
Guarda de hecho	22
Guarda voluntaria	25
Guarda judicial	25
Guarda provisional (Atención inmediata)	26
Desamparo	29
Desamparo (Entrada a domicilio)	32
Disposiciones comunes a guarda y desamparo	33
Aspectos esenciales de la guarda (Voluntaria o derivada del desamparo)	34
Acogimiento familiar	35
Acogimiento residencial	37
Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta	37
Adopción	40

4. Otras medidas de Protección e Intervención

Del Ministerio Fiscal

45

Riesgo prenatal	45
Negativa a tratamientos médicos	47
Régimen de visitas o relaciones personales	48
Medidas judiciales para la protección de la infancia y la adolescencia	51
Medidas contra la violencia de género cuando hay hijos menores	53
El Ministerio Fiscal en el sistema de protección	54

5. Sistema de Plazos

56

Plazos de revisión periódica de actuaciones: proyecto de intervención social y educativo / plan individualizado de protección	57
Plazos de duración de las medidas de protección	58
Plazos de oposición ante Juzgado y solicitud de revocación de desamparo	59

6. Normas sobre Competencia Territorial y Menores Extranjeros

61

Traslado de menores entre Comunidades Autónomas y transfronterizo	62
Protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero	63
Normas relativas a menores extranjeros no acompañados	64

7. Referencia a la Adopción Internacional

66

1. PRESENTACIÓN

El sistema de protección de menores tiene su mayor hito en 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 L.O. 1/1996). Pero la necesidad de mejora del sistema ha implicado un proceso de reforma en el que han intervenido, además de juristas, profesionales de todos los ámbitos relacionados con los menores, lo cual ha supuesto que aspectos educativos, psicológicos o sociales se hayan recogido de forma muy patente en la redacción de los textos legales, haciendo por tanto más cercana su aplicación a estos profesionales. Esto tiene todo su sentido en una legislación de este tipo, dirigida especialmente a trabajadores sociales, psicólogos, educadores, pedagogos... además de a los operadores jurídicos. Y resulta muy apropiado que así sea, si consideramos el concepto de sistema de protección como conjunto de medidas jurídicas, sociales, educativas, pedagógicas, etc., dirigidas a obtener el desarrollo integral del menor, con respeto a los principios integradores del derecho de menores, dentro de un Estado determinado y conforme a los parámetros culturales del mismo, así como el sistema de recursos materiales y técnicos que tiene por objeto procurar su protección.

El resultado de este largo proceso legislativo fue una amplia reforma en el año 2015, mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante L.O. 8/2015 y Ley 26/2015). La razón de que la reforma se realizara en dos leyes es que todo lo que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas debe ser aprobado por Ley Orgánica y las demás cuestiones han sido reguladas por Ley ordinaria. Así, la L.O. 8/2015 regula cuestiones como el internamiento en centros en casos de trastorno de conducta, o la entrada en domicilio para la ejecución de medidas de protección, por afectar a la libertad y derechos fundamentales de los menores y sus familias.

La reforma afectó de forma significativa a la terminología a la que están habituados los profesionales y en especial resulta significativa la Disposición adicional 1ª de la Ley 26/2015, que señala que la referencia a la utilización en los nuevos textos legales de la expresión «Entidad Pública» en relación a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente. Además ambas leyes usan de forma indistinta los términos medidas e instituciones de protección para hacer referencia a las figuras protectoras (situación de riesgo, guarda, acogimiento...).

La nueva normativa distinguió en el ámbito de la legislación estatal, tal como venían haciendo numerosas normativas autonómicas, entre infancia y adolescencia, haciendo notar, desde el mismo título, que no es lo mismo la protección que necesitan los menores adolescentes que la que precisan los niños y niñas de corta edad. En relación con esta cuestión se usa el término madurez en lugar de juicio, para definir el momento en que ha de ser oído el menor.

La reforma operada por la Leyes de 2015 ha afectado de forma significativa a 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, pero también al Código Civil, a la Ley de Enjuiciamiento Civil y Criminal, de Asistencia Jurídica Gratuita, Violencia de Género y un largo etcétera, lo cual dificulta la tarea a la que se enfrentan los profesionales y agentes sociales que tienen que aplicar las nuevas normas. Y es que al haberse modificado una veintena de disposiciones normativas, en distintos textos y de forma parcial, resulta complicado comprender cómo afectan las reformas legislativas al trabajo individual de cada

profesional, que para más inri, ni siquiera está acostumbrado a lidiar con textos legislativos. Por ello es objeto de esta guía sistematizar la información sobre protección a la infancia y la adolescencia.

Posteriormente en el año 2021 ha tenido lugar otra reforma en profundidad de la legislación de protección a la infancia y la adolescencia, de la mano de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante L.O. 8/2021). Esta ley plantea afrontar la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral y holística, otorgando una prioridad esencial a la prevención, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil, estableciendo medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima. Propicia igualmente la colaboración con las comunidades autónomas, propone la prevención y protección común en todo el territorio del Estado frente a la vulneración de derechos de las personas menores de edad. La Ley incide en la capacitación y especialización de los profesionales, involucrando a educadores, sanitarios, personal de servicios sociales, instructores de deporte y ocio, cuerpos policiales y profesionales del ámbito judicial. Presta especial atención a las familias con niños, niñas o adolescentes con discapacidad o en situación de especial vulnerabilidad.

La publicación de la Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha afectado a la regulación de las instituciones tutelares, la guarda de hecho o el defensor judicial.

Y, por último la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que dispone medidas de prevención y sensibilización contra las violencias sexuales en el ámbito educativo, sanitario y sociosanitario, digital y el desarrollo de protocolos y formación para la detección en estos ámbitos, modificando diversas disposiciones legales para mejorar la protección. Esta norma señala como principios rectores de todos los sectores públicos: el respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales, diligencia debida, el enfoque de género, la prohibición de discriminación, atención a la discriminación interseccional y múltiple, empoderamiento, participación, equidad territorial y cooperación.

No es el objeto de esta guía, sin embargo, desmenuzar todos y cada uno de los aspectos legales relacionados con el sistema de protección, sino ofrecer de forma clara, la ubicación legal sistemática y de los contenidos más significativos. El objetivo es que los profesionales puedan, a su vez, acudir a los textos legislativos para ampliar la información que necesiten, colaborando así en el mandato de la legislación de la formación y cualificación profesional de todos los agentes implicados en la protección, y para una mejor coordinación entre los mismos.

1.1. ¿Cómo consultar la legislación sobre infancia y adolescencia?

El Boletín Oficial del Estado ofrece en su web oficial la versión consolidada de las normas reformadas. El texto consolidado incluye en la norma, por ejemplo la L.O.1/1996, el contenido de las últimas modificaciones.¹ Para consultar las versiones anteriores, se puede marcar la selección de la versión anterior que se desee, en la misma web del BOE.

¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, DERECHO A SER OÍDO, PLAZOS Y CRITERIOS COMUNES

2.1. El interés superior del menor: técnica para su valoración Artículo 2 L.O.1/1996

Desde la reforma de 2015 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil la normativa estatal recoge una técnica para la valoración del interés superior del menor (en adelante ISM): todos los profesionales y operadores jurídicos, instituciones, públicas o privadas, Tribunales y órganos legislativos, han de valorar el ISM en todas las acciones y decisiones que les conciernan, tanto en el ámbito público como privado, el cual será primordial, reflejando su motivación en los informes técnicos, decisiones y resoluciones que se dicten.² Regulado, por tanto, fuera de la legislación civil o penal, es aplicable no sólo a los procedimientos relativos a protección de menores, sino también a los procesos judiciales de familia o penales.



² Se recogen los criterios establecidos por la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc

Triple naturaleza del Interés Superior del Menor (ISM)

-Derecho sustantivo y subjetivo del menor directamente invocable ante los Tribunales	-Principio general informador e interpretativo: ante varias posibles interpretaciones de una norma, se elegirá siempre la que corresponda al ISM	-Norma de procedimiento con todas las garantías: si no se sigue el procedimiento se viola el derecho, y se podrá recurrir ante el Juzgado
--	--	---

► Criterios de aplicación e interpretación

- a) derecho a la vida - necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas
- b) deseos, sentimientos y opiniones/ participación
- c) derecho a su familia de origen
- d) identidad, cultura, religión/ atención a la discapacidad

► Elementos de ponderación (principios de necesidad y proporcionalidad)

- a) edad y madurez del menor
- b) igualdad y no discriminación
- c) efecto del transcurso del tiempo
- d) estabilidad de las soluciones
- e) tránsito a la edad adulta

► Garantías del proceso

- a) dº del menor a ser informado, oído y escuchado/participar
- b) intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos³
- c) participación de progenitores, tutores o representantes / defensor judicial/ Ministerio Fiscal
- d) decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas
- e) recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor

³ La L.O.8/2021, ha perfilado esta cuestión, en su Artículo 42. al señalar: 1. Las administraciones públicas competentes dotarán a los servicios sociales de atención primaria y especializada de profesionales y equipos de intervención familiar y con la infancia y la adolescencia, especialmente entrenados en la detección precoz, valoración e intervención frente a la violencia ejercida sobre las personas menores de edad. 2. Los equipos de intervención de los servicios sociales que trabajen en el ámbito de la violencia sobre las personas menores de edad, deberán estar constituidos, preferentemente, por profesionales de la educación social, de la psicología y del trabajo social, y cuando sea necesario de la abogacía, especializados en casos de violencia sobre la infancia y la adolescencia.

La técnica de valoración del interés superior del menor deberá adaptarse a cada decisión, siendo muy necesario la creación de instrumentos y aplicaciones informáticas que permitan realizar dicha valoración de forma sencilla por los profesionales.⁴

► Valoración del ISM ante la concurrencia de otros intereses

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 ISM, pero valorando los derechos fundamentales de esas personas.

En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.



⁴ Un ejemplo de dicha adaptación es el Instrumento para la evaluación y determinación del interés superior del menor en la declaración del desamparo:

<https://www.savethechildren.es/publicaciones/como-aplicar-el-interes-superior-del-menor-en-casos-de-desamparo-una-herramienta-para>

2.2. Derecho del menor a ser oído y escuchado Artículo 9 L.O.1/1996, artículo 11 L.O.8/2021

Se precisa el derecho del menor a ser oído y escuchado y se introduce el término madurez en sustitución de juicio. No oír a un menor en un procedimiento que le afecte, puede suponer una vulneración de su derecho a la audiencia y la defensa, en los términos del artículo 24 de la Constitución, por lo que al tratarse de un derecho fundamental, la reforma de este Derecho se aborda desde la L.O.8/2015.

El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación en toda decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, en función de su edad y madurez.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

Además de la modificación del artículo 9 de la L.O.1/1996, se han modificado con relación al derecho a ser oído todos los artículos del CC, LEC y demás disposiciones legales en que se hace referencia a la forma de audiencia al menor. Por ejemplo en el artículo 172 del CC se explicita la forma de notificación del desamparo al menor. Y el artículo 11.3 de la L.O.8/2021 se pronuncia en contra de que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración.

En el caso de menores víctimas de violencia, de cara a sus declaraciones la L.O. 8/2021 ha reformado la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que se pauta como obligatoria la práctica de prueba preconstituida por el órgano instructor. El objetivo es que la persona menor de edad realice una única narración de los hechos, ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo haga ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento.

2.3. Derecho de defensa Artículo 10 L.O.1/1996, artículo 13 y 14 L.O.8/2021, 235-236 CC

► **Mecanismos de defensa: Artículo 10 de la L.O. 1/1996**

- Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente
- Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas
- Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo
- Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas
- Presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño
- Solicitar asistencia legal⁵ y el nombramiento de un defensor judicial

► **Defensor judicial:**

La L.O.8/2021 ha modificado su redacción, haciendo extensivas al defensor judicial del menor las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad. Artículo 235 del CC:

Se nombrará un defensor judicial del menor en los casos siguientes:

- 1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo.
- 2.º Cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona.
- 3.º Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.

⁵ La disposición final séptima de la L.O.8/2021 modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, reconociendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos violentos graves con independencia de sus recursos para litigar.

► **Comunicación de situaciones de violencia por parte de niños, niñas y adolescentes: Artículo 17 L.O.8/2021**

Los niños, niñas y adolescentes que fueran víctimas de violencia o presenciaran alguna situación de violencia sobre otra persona menor de edad, podrán comunicarlo, personalmente, o a través de sus representantes legales, a los servicios sociales, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial y, en su caso, a la Agencia Española de Protección de Datos.

2.4. Deberes del menor Artículo 9 bis L.O. 1/1996

El artículo 155 del CC dispone de forma muy breve las obligaciones de los hijos (obediencia y respeto a los padres y contribución al levantamiento de las cargas de la familia). El artículo 9 bis recoge la necesidad socialmente denunciada, de que se plasme en las leyes que además de todo un catálogo de derechos, los menores, especialmente en la adolescencia, también tienen obligaciones: Asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social.

► **Ámbito familiar**

- Participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares
- Participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas

► **Ámbito escolar**

- Respetar las normas de convivencia de los centros educativos y estudiar
- Respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares y a sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar, incluyendo el ciberacoso

A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

► **Ámbito social**

- Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen
- Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad
- Conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano
- Respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible

2.5. Deber de comunicación de situaciones de violencia L.O.8/2021

► Deber de comunicación de la ciudadanía:

Toda persona que advierta indicios de una situación de violencia ejercida sobre una persona menor de edad, está obligada a comunicarlo de forma inmediata a la autoridad competente y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que la víctima precise. (Artículo 15 L.O. 8/2021)

► Deber de comunicación cualificado:

Personas que por razón de su cargo, profesión, oficio o actividad, tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de niños, niñas o adolescentes y, en el ejercicio de las mismas, hayan tenido conocimiento de una situación de violencia ejercida sobre los mismos... se consideran incluidos en este supuesto el personal cualificado de los centros sanitarios, de los centros escolares, de los centros de deporte y ocio, de los centros de protección a la infancia y de responsabilidad penal de menores, centros de acogida de asilo y atención humanitaria de los establecimientos en los que residan habitualmente o temporalmente personas menores de edad y de los servicios sociales... Cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior tuvieran conocimiento o advirtieran indicios de la existencia de una posible situación de violencia de una persona menor de edad, deberán comunicarlo de forma inmediata a los servicios sociales competentes. Además, cuando de dicha violencia pudiera resultar que la salud o la seguridad del niño, niña o adolescente se encontrase amenazada, deberán comunicarlo de forma inmediata a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y/o al Ministerio Fiscal... Cuando las personas a las que se refiere el apartado 1 adviertan una posible infracción de la normativa sobre protección de datos personales de una persona menor de edad, deberán comunicarlo de forma inmediata a la Agencia Española de Protección de Datos. (Artículo 16 L.O. 8/2021)



► **Deberes de información de los centros educativos y establecimientos residenciales (Artículo 18 L.O. 8/2021)**

► **Deber de comunicación de contenidos ilícitos en Internet:**

Toda persona, física o jurídica, que advierta la existencia de contenidos disponibles en Internet que constituyan una forma de violencia contra cualquier niño, niña o adolescente, está obligada a comunicarlo a la autoridad competente y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial. (Artículo 19 L.O. 8/2021)

► **Agentes de la autoridad:**

El personal funcionario que desarrolle su actividad profesional en los servicios sociales, en el ejercicio de sus funciones relativas a la protección de los niños, niñas y adolescentes, tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá solicitar en su ámbito geográfico correspondiente la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los servicios sanitarios y de cualquier servicio público que fuera necesario para su intervención. (Artículo 41.1 L.O. 8/2021)

La mención a servicios sociales del artículo 41 hace referencia tanto al personal que trabaja en los servicios sociales municipales como al que desarrolla su función en los servicios de protección de menores de las Entidades públicas de la Administración autonómica, conforme a la redacción de la exposición de motivos de la L.O. 8/2021 que señala: El capítulo VII refuerza el ejercicio de las funciones de protección de los niños, niñas y adolescentes por parte de los funcionarios que desarrollan su actividad profesional en los servicios sociales. En este sentido, se les atribuye la condición de agentes de la autoridad, en aras de poder desarrollar eficazmente sus funciones en materia de protección de personas menores de edad, debido a la posibilidad de verse expuestos a actos de violencia o posibles situaciones de alta conflictividad, como las relacionadas con la posible retirada del menor de su familia en casos de desamparo.



3. INSTITUCIONES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

En este apartado se analizan los aspectos sustantivos relativos a las medidas o instituciones de protección: se declaran mediante resolución, algunas de carácter administrativo, otras por el Juzgado. La situación de riesgo puede dar lugar o no a una resolución administrativa. Y la guarda de hecho es una situación fáctica que puede conllevar actuaciones judiciales o administrativas. El sistema de protección ha de actuar bajo el principio de proporcionalidad y progresividad por lo que expondremos las novedades de la legislación empezando por las medidas que menor injerencia tienen en la vida familiar.⁶

► **Principios de aplicación de las medidas del sistema de protección (Exposición de motivos de la Ley 26/2015)**

- Prioridad de las medidas estables frente a las temporales
- Prioridad de las medidas familiares frente a las residenciales
- Prioridad de las medidas consensuadas frente a las impuestas



⁶ Sentencia núm. 233/2005, de 26 septiembre del Tribunal Constitucional lo menciona con relación a que la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

Tabla de medidas de protección

Medida	¿Dónde está regulada?
Situación de riesgo	artículo 17 L.O. 1/1996
Guarda de hecho	artículo 237 CC
Guarda voluntaria	artículos 172 bis/ter CC y 19 L.O. 1/1996
Guarda judicial	artículos 103-158-172 CC
Guarda provisional	artículo 14 L.O. 1/1996 y 172.4 CC
Desamparo	artículo 18 L.O. 1/1996 y 172 CC
Acogimiento familiar	artículo 20 L.O. 1/1996 y 172 ter-173 CC
Acogimiento familiar especializado	artículo 20 L.O. 1/1996
Acogimiento especializado con dedicación exclusiva	artículo 20 L.O. 1/1996
Acogimiento de urgencia	artículo 173 bis CC
Acogimiento temporal	artículo 173 bis CC
Acogimiento permanente	artículo 173 bis CC
Guarda con fines de adopción / Guarda para la convivencia preadoptiva	artículo 173 bis CC
Acogimiento residencial	artículo 172 ter y 21 Ley 1/1996
Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta	artículo 25 L.O. 1/1996
Adopción	artículo 175/180 CC
Adopción abierta	artículo 178.4 CC
Adopción internacional	Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional

3.1. Situación de riesgo Artículo 17 L.O. 1/1996

Si bien no es una institución protectora regulada en el Código Civil, las resoluciones declarando la situación de riesgo sí podrán ser objeto de recurso ante el Juzgado. Todas las Comunidades Autónomas tienen la obligación de dictar declaraciones de situación de riesgo mediante resolución administrativa, decidiendo cada cual a qué administración pública corresponde realizar la intervención, valoración y declaración.

La L.O.8/2021 introduce el concepto de violencia, como toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En consonancia con dicha regulación, dicha Ley ha modificado el artículo 17 de la L.O. 1/1996, introduciendo los indicadores de situación de riesgo social.

La situación de riesgo existirá con independencia de quién ejerza la violencia o las circunstancias en que se desarrolle. Sin embargo, el desamparo sólo podrá ser declarado cuando dicha violencia tenga su causa directa en los padres, tutores o guardadores, ya sea por acción u omisión de los deberes parentales de los mismos, cuando las personas menores de edad queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

► **Concepto:**

Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. (Artículo 17.1 L.O. 1/1996)

► **Indicadores de riesgo:** (Artículo 17.2 L.O. 1/1996)

- a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda, o acogimiento, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.
- b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento.
- c) La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.
- d) La utilización, por parte de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, del castigo habitual y desproporcionado y de pautas de corrección violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo.

- e) La evolución negativa de los programas de intervención seguidos con la familia y la obstrucción a su desarrollo o puesta en marcha.
- f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular:

1.º Las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad.

2.º La no aceptación de la orientación sexual, identidad de género o las características sexuales de la persona menor de edad.

- g) El riesgo de sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes basadas en el género, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado.
- h) La identificación de las madres como víctimas de trata.

El artículo 21 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, regula la detección e intervención en el ámbito sociosanitario y en el sistema de servicios sociales. 1. Las administraciones públicas...promoverán los procedimientos y la adecuada formación del personal sociosanitario y del sistema de los servicios sociales generales para la detección de las violencias sexuales, que deberá incluir tanto los espacios residenciales como los ambulatorios. En su artículo 3 define violencia sexual como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital.

- i) Las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género en los términos establecidos en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- j) Los ingresos múltiples de personas menores de edad en distintos hospitales con síntomas recurrentes, inexplicables y/o que no se confirman diagnósticamente.
- k) El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad.
- l) La exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género.
- m) Cualquier otra circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño, niña o adolescente.

► **Competencia:**

La situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. (Artículo 17.6 L.O. 1/1996)

► **Contenido de la resolución:**

La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. (Artículo 17.6 L.O. 1/1996)

► **Oposición ante el Juzgado:**

Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Artículo 17.6 L.O. 1/1996) en el plazo de dos meses. (Artículo 780 LEC)

► **Intervención:**

La intervención en la situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras. (Artículo 17.3 L.O. 1/1996)

► **Valoración:**

Conlleva la elaboración de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. (Artículo 17.4 L.O. 1/1996)

► **Modelos de intervención:** (Artículo 17.5 L.O. 1/1996)

- Colaboración de progenitores, tutores, guardadores o acogedores: Convenio consensuado
- Colaboración de progenitores, tutores, guardadores o acogedores: Proyecto de intervención y declaración de situación de riesgo

La intervención puede terminar porque la administración competente observe desprotección (Artículo 17.5 L.O. 1/1996): En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal.

La Entidad Pública pueden estimar que, a pesar de la propuesta, no procede declarar el desamparo: cuando Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Si no se declara el desamparo corresponde al Ministerio Fiscal: una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros. (Artículo 17.8 L.O. 1/1996)

Las legislaciones autonómicas, en desarrollo de esta Ley han regulado la forma de relación entre la Administración que declara el riesgo y la que valora el desamparo, ya que la normativa estatal no ha establecido plazo para la valoración ni forma de comunicación.⁷

3.2. Guarda de hecho Artículos 237 CC y 263 267 CC

Esta figura ha sido ampliamente modificada por la L.O.8/2021, regulada ahora en el artículo 237 CC (antes en artículo 303 y 239 CC), respecto de los menores y declarando de aplicación supletoria las normas sobre guarda de hecho regulada respecto de las personas con discapacidad (263 CC y ss). En situaciones de guarda de hecho, en que los menores han quedado bajo el cuidado de personas que no son titulares de la patria potestad o tutela, se le debe otorgar al menor la figura jurídica que le otorgue la mayor seguridad y estabilidad jurídica y emocional. Sólo se dictará resolución de desamparo cuando los guardadores no atiendan bien al menor, pudiendo constituirse la tutela con los mismos, cuando sea éste el interés del menor.⁸

► Intervención judicial en situación de guarda de hecho: (237 CC)

- Podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos
- Puede establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.
- Hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.⁹

⁷ Así la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía ha regulado plazo y forma de comunicación de esta valoración: La Entidad Pública valorará, en un plazo de veinte días, la situación de desprotección en los supuestos contemplados en los artículos 88, apartado 8, y 90 de esta ley, a fin de determinar el inicio de un procedimiento de desamparo, la adopción de una medida cautelar de separación del entorno familiar, o bien la intervención y tratamiento específico en el medio. Si concluyese que no procede el inicio del procedimiento de desamparo, lo pondrá en conocimiento, mediante informe motivado, al órgano colegiado de la Entidad Local que derivó el caso, a los servicios sociales proponentes de situaciones de urgencia y al Ministerio Fiscal.

⁸ Se ha pronunciado sobre esta cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre 2014 sobre desamparo y guarda de hecho.

⁹ Se ha suprimido el artículo 299 bis CC: Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal.

► **Acogimiento temporal en guarda de hecho: (237 CC)**

Se podrá constituir por el Juzgado o por la Administración.¹⁰

► **Actos de representación en guarda de hecho: (264 CC)**

- Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria
- En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287.
- No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.
- La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

► **Legitimación para la privación patria potestad/tutela ordinaria:**

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (237 CC). Si el menor está en desamparo lo podrán solicitar el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela. (Artículo 222 CC)

► **Competencia judicial:**

Será competente para el conocimiento de estos expedientes los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. (Artículo 43 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria)

► **Abogado y procurador:**

El mismo artículo de la Ley 15/2015, señala que en estos expedientes relativos a la guarda de hecho no será preceptiva la intervención de abogado y procurador.

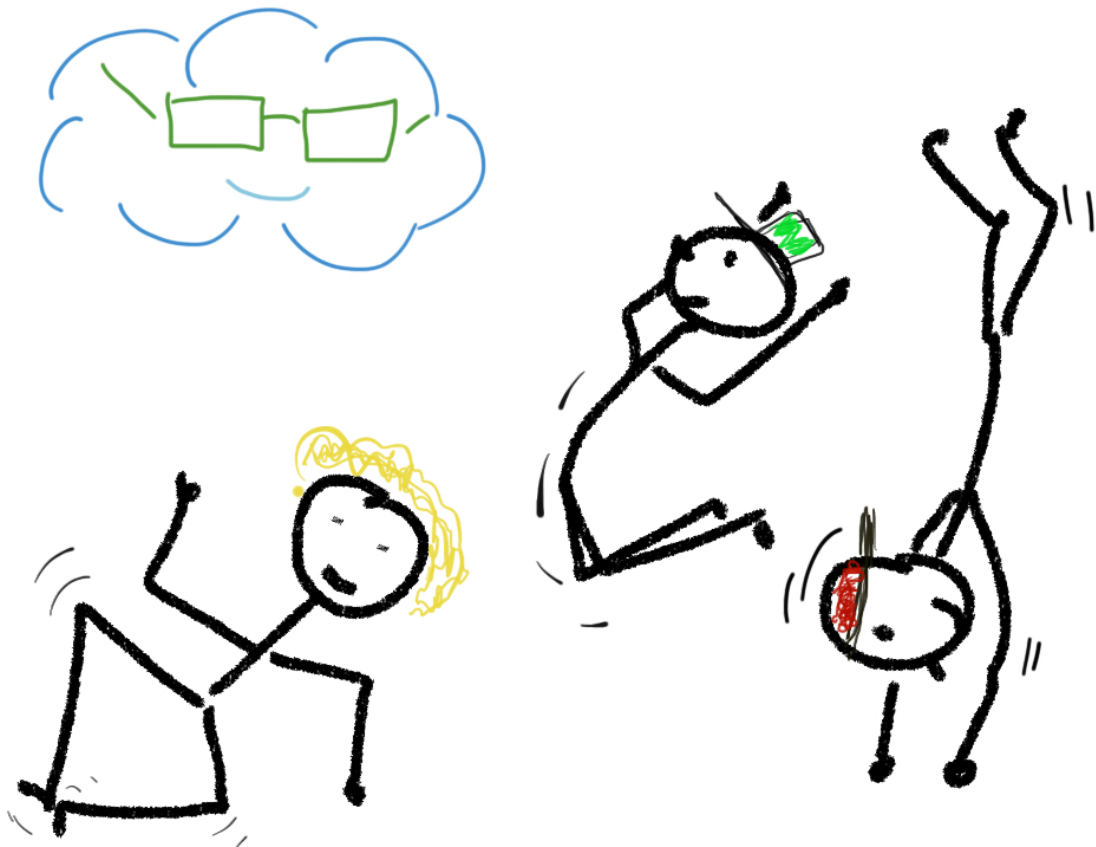
► **Desamparo en guarda de hecho:**

Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172. (237 CC)

¹⁰ Del tenor literal de este artículo se puede afirmar que podrá ser constituido por la autoridad judicial, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero también podrá delegarse el acogimiento -a través de resolución administrativa- al guardador de hecho. Así lo señala E. Abad Arenas en **El acogedor y guardador hacia una refundición de funciones del acogimiento temporal**, Estudios Institucionales, Vol. V, N° 9 [Páginas 125-172] 2018 ISSN: 2386-8694.

► **Procedimiento judicial de nombramiento de tutor:** (Artículo 222 CC)

- La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores.
- No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este.
- En el supuesto del párrafo anterior, previamente a la designación judicial de tutor, o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso.



3.3. Guarda voluntaria Artículo 172 bis y ter CC y Artículo 19 L.O. 1/1996

La guarda voluntaria se formaliza por la Administración, siempre con el consentimiento de los padres o tutores, a diferencia de la guarda judicial o de la guarda provisional, que puede formalizarse sin consentimiento, por lo que habrán de comprometerse a colaborar con ésta.

► **Concepto y causas:**

Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

► **Plazo:**

No podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

► **Formalización:** Por escrito.

► Compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional.

3.4. Guarda judicial Artículo 172 bis 2 CC, 158.6 CC y 103.1 CC

Para la protección de los menores, entre las medidas que puede acordar el Juez en cualquier proceso civil o penal, se encuentra la guarda judicial, por la que, a fin de proteger a los menores, ordena de su guarda y cuidado se ejerzan por terceras personas, normalmente familiares o la Entidad Pública, hasta que se dispongan medidas definitivas.

Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente. (Artículo 172 bis 2 CC)

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma. (Artículo 158.6 CC)

Protección penal: el artículo 158 CC ha sido modificado por la L.O.8/2021. Dado lo perentorio de la necesidad de protección de los menores y de decisión, es necesario que en el mismo momento en que se ordena por el Juzgado de Instrucción o el de Violencia Doméstica la prisión preventiva o la orden de alejamiento de los adultos, se pronuncie sobre las medidas de protección de los menores. Puede acordar la guarda en terceras personas o la delegación de la guarda en la Entidad Pública para que proteja al menor mediante acogimiento residencial o familiar en tanto se instruye el proceso penal o decidiendo, como ocurre muchas veces con los adolescentes, que se reintegren con sus padres. Son muy habituales estas situaciones por ejemplo tras la remisión por un centro sanitario un parte judicial por maltrato a menor, la detención de los padres por cualquier delito que puede no ser por maltrato pero pueden quedar privados de libertad, o el de los adolescentes que denuncian a sus padres por maltrato.

La normativa de violencia de género, se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión.¹¹ Y el artículo 158.6 CC, señala la obligación del Juez de que en caso de posible desamparo se comunique por el Juzgado a la Entidad Pública. Este inciso aclara y homogeniza la necesidad de que los Juzgados sean los que acuerden las medidas cautelares sobre los menores cuando se está instruyendo un proceso penal, con independencia de que posteriormente la Entidad Pública instruya un procedimiento de desamparo o remita el caso para intervención por situación de riesgo social. De esta forma se respeta el principio de presunción de inocencia y se evita que Juzgados y Entidad Pública acuerden medidas contradictorias (por ejemplo el Juzgado puede acordar la puesta en libertad de los padres con orden de alejamiento de los menores y la guarda con los abuelos, mientras la Entidad Pública desampara al menor y acuerda la guarda temporal con familia ajena).

Protección civil: Además del artículo 172 y 158 CC, el 103 al regular las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio también regula la guarda judicial al establecer, en los casos en que se observe que ni padre ni madre están capacitados por cualquier motivo, para ejercer su cuidado, que la guarda de los mismos se atribuya en primer lugar a los familiares, y, a falta de éstos, mediante la delegación de la guarda judicial en la Entidad Pública, que la ejercerá mediante el acogimiento familiar o residencial.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. (103.1 CC)

¹¹ En estos supuestos, es el Juzgado de Guardia y posteriormente el Juzgado encargado de la instrucción del caso, quien cuenta con toda la información forense, pericial, policial... de los hechos ocurridos. De otra forma, la Entidad pública puede estar prejuzgando a los progenitores, que aún no han sido juzgados ni oídos con las garantías de un proceso imparcial. Así lo prevén la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, J.Moreno-Torres Sánchez en La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español, en J.Moreno-Torres Sánchez en La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español, 2009 - Editorial Aranzadi - Aranzadi Derecho Civil N°555, 1ª Edición, cit.pág. 238.

3.5. Guarda provisional (Atención inmediata) Artículo 14 L.O. 1/1996 y 172.4 CC

En 2015 se incluye por primera vez en el CC la mención de la atención inmediata y se introduce una nueva figura, la guarda provisional, sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La atención inmediata hace referencia a la necesidad de cuidado y atención inmediatos que necesita el menor y se refleja jurídicamente mediante la resolución administrativa de guarda provisional que se dictará por la Entidad Pública. Será notificada a los padres o tutores y podrá ser objeto de recurso en el plazo de dos meses desde su notificación.

► **Concepto:**

En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal.

Dado que se trata de una figura de guarda, la Entidad Pública no asume la tutela del menor, sino sólo su guarda mediante el acogimiento familiar o residencial.

► **Plazo:** El plazo más breve posible. (172.4 CC)

► **Objeto:** Además de para prestar atención inmediata al menor, la guarda provisional se extenderá el tiempo necesario para proceder a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. (Artículo 172.4 CC)

► **Control del plazo por el Ministerio Fiscal:**

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública. (172.4 CC)

La exposición de motivos de la Ley 26/2015 señala que la guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica. Por ello, se prevén las obligaciones de las Entidades y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa.¹²

¹² La inconcreción de plazo de la legislación estatal ha sido paliada en alguna legislación autonómica, como el artículo 93 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía que dispone 4. Asumida la guarda provisional, la Entidad Pública practicará las diligencias precisas que permitan la identificación de la niña, niño o adolescente y la determinación de las circunstancias que inciden en la situación de desprotección en la que se encuentre, en un plazo no superior a veinte días naturales.

► **Finaliza:**

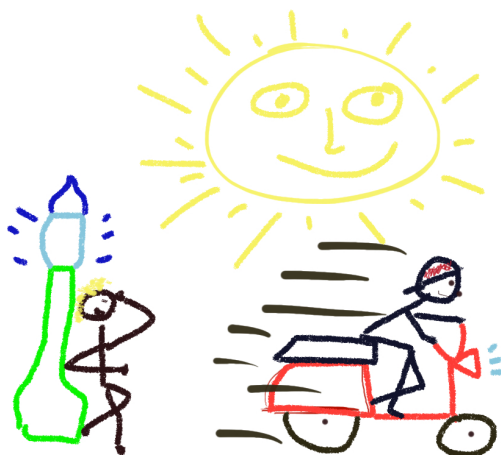
- La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela. (Artículo 172.5 CC)
- Reintegración del menor con sus padres o tutores (por la desaparición de las causas que motivaron su asunción. (Artículo 172.5 CC)
- Declaración de la situación de desamparo: Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. (Artículo 172.4 CC)
- Nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias. (Artículo 172.4 CC)

Se observa una gran similitud entre esta medida y la guarda judicial, ya que en ambos casos se puede acordar sin el consentimiento de los padres y sin asumir la tutela, en ambos con vocación de transitoriedad hasta que se esclarezcan los hechos que dan lugar a la misma y para proteger de forma perentoria. Pero en la guarda provisional es la Entidad Pública la que acuerda la medida de guarda, ya que no nos hallamos ante un proceso judicial, sino en situaciones como las de los menores extranjeros no acompañados o menores de corta edad que son localizados solos, sin que, en principio exista ilícito penal alguno.

► **Actuaciones en caso de urgencia:**

Los servicios sociales de cualquier ámbito habrán de prestar ayuda inmediata a cualquier menor en caso de urgencia, habiendo sido reflejada esta cuestión en la nueva redacción dada a la L.O. 1/1996 por la reforma operada por la L.O.8/2021.

1. Cuando la urgencia del caso lo requiera, sin perjuicio de la guarda provisional a la que se refiere el artículo anterior y el artículo 172.4 del Código Civil, la actuación de los servicios sociales será inmediata.
2. La atención en casos de urgencia a que se refiere este artículo no está sujeta a requisitos procedimentales ni de forma, y se entiende en todo caso sin perjuicio del deber de prestar a las personas menores de edad el auxilio inmediato que precisen.



3.6. Desamparo Artículo 172 CC y 18 L.O. 1/1996

► **Concepto:**

Se mantiene el mismo concepto de desamparo del artículo 172.1 del CC: Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste. Se completa en la L.O. 26/2015, al establecer las causas por las que se produce en el Artículo 18 de la Ley 1/1996.

► **Consecuencia:**

Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.

► **Procedimiento:**

Si bien el desamparo está regulado en el código civil y su resolución puede ser objeto de recurso ante la jurisdicción civil, el procedimiento se rige por lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y las disposiciones legales dictadas por las Comunidades Autónomas.

► **Notificación:**

Notificación a progenitores, tutores o guardadores, al menor si tuviere suficiente madurez o más de 12 años en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. (Artículo 172.1 CC)

► **Forma de la notificación:**

La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. (Artículo 172.1 CC)

► **Privación de patria potestad:**

Se legitima al M. Fiscal y a la Entidad Pública en el Artículo 172 del CC: La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela. (Artículo 172.1 CC)

► **Revocación del desamparo:**

La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del

menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal. (Artículo 172.3 CC)

► Cese del desamparo:

La Entidad pública cesará en la tutela, además de por las causas comunes con la tutela ordinaria, por las siguientes:

- a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.
- b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, en cuyo caso se procederá al traslado del expediente de protección y cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.
- c) Que hayan transcurrido doce meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido. (Artículo 172.5 CC)

► Solicitud de cese del desamparo:

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo padres y tutores puede pedir el cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor por cambio de las circunstancias que la motivaron. (Artículo 172.2 CC)

► Causas del desamparo Artículo 18 L.O. 1/1996

Reguladas desde 2015 a nivel estatal, tras la modificación de la L.O. 1/1996, habrán de ser ponderadas por los principios de necesidad y proporcionalidad, se den una o varias:

- | |
|--|
| a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla. |
| b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años. |
| c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. |
| d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta |

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

- e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.
- f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.
- g) 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 durante las etapas de escolarización obligatoria.
- h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

► **Otros factores a tomar en consideración:**

Pobreza: La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. (Artículo 18.2 L.O. 1/1996)

Discapacidad: en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos (Artículo 18.2 Ley 1/1996). Además se especifica en el artículo 12.8 de la L.O. 8/2021: Los poderes públicos garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias

Hermanos: Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación. (Artículo 18.2 L.O. 1/1996)



3.7. Desamparo (Entrada a domicilio) Artículo 778 ter LEC

► **Legitimación para solicitarla:** Entidad Pública

► **Competencia:**

Juzgado de Primera Instancia con competencia en el lugar donde radique su domicilio. Si se trata de la ejecución de un acto confirmado por una resolución judicial, la solicitud se dirigirá al órgano que la hubiera dictado.

► **Procedimiento ordinario:**

Audiencia en 24 horas desde su presentación a los interesados para que presenten alegaciones; y resolución en otras 24 horas desde la recepción de las mismas.

► **Procedimiento de urgencia:**

Sin audiencia previa en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud.

Entidad Pública solicitante así lo pida de forma razonada y acredite que concurren razones de urgencia:

- porque la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad del menor
- porque exista afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales

► **Ejecución:**

Será practicada por el Letrado de la Administración de Justicia dentro de los límites establecidos, pudiendo auxiliarse de la fuerza pública, si fuera preciso, y siendo acompañado de la Entidad Pública solicitante.



3.8. Disposiciones comunes a guarda y desamparo Artículo 19 bis L.O. 1/1996

Todo menor con medida de guarda o desamparo tenga un Plan individualizado de protección que marque los objetivos, plazos y atiende, en su caso a su discapacidad: Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar.

► Programa de reintegración familiar:

Siempre que haya posibilidad de retorno, incluirá informe técnico que valore:

- evolución positiva de la familia de origen
- que se hayan mantenido los vínculos
- que el retorno no supone riesgos relevantes para el menor

► Criterios para valorar el retorno del menor desamparado desde familia de acogida:¹³

- el tiempo transcurrido
- la integración en la familia de acogida y su entorno
- desarrollo de vínculos afectivos con la misma

► Alimentos (Artículo 172 ter CC)

En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.



Hasta 2015 no se había regulado de forma explícita en el Código Civil la obligación de alimentos por lo que las Entidades públicas asumían la tutela o la guarda y progenitores con capacidad económica quedaban exentos de esta obligación. Señala la normativa que será cada Entidad Pública la que establecerá las cantidades a pagar por este concepto.

¹³ Este artículo incorpora los criterios que la sentencia 565/2009, de 31 de julio de 2009, del Tribunal Supremo ha establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida.

3.9. Aspectos esenciales de la guarda (voluntaria o derivada del desamparo)

Artículo 172 ter CC y 19 bis L.O. 1/1996

► **Forma de ejercicio de la guarda:** (Artículo 172 ter 1 CC)

Se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.

► **Principios:** (Artículo 172 ter 2 CC)

- reintegración en la propia familia cuando sea posible
- que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos

► **Revisión:** al menos cada seis meses.

► **Delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias o instituciones:** (Artículo 172 ter 3 CC)

La Entidad Pública podrá acordarlas para menores en acogimiento residencial o familiar. Requisitos:

- se formalizará con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones
- contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor
- será comunicada a los progenitores, al menor y a los acogedores
- se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa



3.10. Acogimiento familiar Artículo 20 L.O. 1/1996, 172 ter y 173 CC

En la Ley 26/2015 se redefinieron las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración, suprimiendo el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, así como el acogimiento preadoptivo que, en definitiva, era una fase del procedimiento de adopción. Igualmente se estableció, como hemos expondremos más abajo, un sistema de plazos y un margen de edades para cada tipo de acogimiento. La L.O.8/2021 ha introducido nuevas modificaciones respecto del acogimiento especializado, que podrá ser ahora en familia extensa o ajena.

► **Valor que tienen los acogimientos de carácter preadoptivo y simple constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015:** (Disposición Adicional 2ª)

Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del código Civil.

Las que se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del código Civil.

► **Modalidades del acogimiento familiar:**

El acogimiento familiar podrá ser **especializado**, entendiendo por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguna o algunas de las personas que integran la unidad familiar dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales, pudiendo percibir por ello una compensación. (Artículo 20 L.O. 1/1996)

El acogimiento **especializado podrá ser de dedicación exclusiva** cuando así se determine por la Entidad Pública por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación. (Artículo 20 L.O. 1/1996)

Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda. (Artículo 173 bis 2 CC)

Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva. (Artículo 173 bis 2 CC)

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

responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor. (Artículo 173 bis 2 CC)

► **Formalización:**

El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda (Artículo 20.2 L.O. 1/1996) y se acompañará un documento anexo (incluirá identidad del acogedor o acogedores y del acogido, consentimientos y audiencias necesarias, modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, derechos, deberes, seguimiento, compensación económica, plazo...).

► **Valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento:**

En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. (Artículo 20.2 L.O. 1/1996)

► **Visitas:**

El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento. (Artículo 20.2 L.O. 1/1996)

► **Derechos y deberes de los acogedores familiares:** Se detallan en el Artículo 20 bis L.O.1/1996

► **Cese del acogimiento familiar:** (Artículo 173 CC)

- a) Por resolución judicial.
- b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor.
- c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor.
- d) Por la mayoría de edad del menor.

3.11. Acogimiento residencial Artículo 21 L.O. 1/1996

La Ley 26/2015 modificó el acogimiento residencial ampliamente, señala el carácter subsidiario del acogimiento residencial y la necesidad de que la estancia de los menores en los centros debe estar marcada por planes de trabajo con las familias desde el momento inicial en que se toma la medida de protección, con objetivos claros y evaluables en un plazo de tiempo determinado, para evitar que determinados acogimientos residenciales se perpetúen y no puedan ensayarse otras vías de convivencia familiar.

► Obligaciones básicas de las Entidades Públicas y servicios y centros:

- Todo menor tendrá un proyecto socio-educativo individual con revisión periódica.
- Promueve la convivencia y la relación entre hermanos y estabilidad residencial.
- Acogimiento preferente en un centro ubicado en la provincia de origen del menor.
- Promoción de la relación y colaboración familiar.
- Potenciarán la educación integral e inclusiva.
- Normativa interna de funcionamiento y convivencia.
- Administrarán los medicamentos que, en su caso, precisen los menores bajo prescripción y seguimiento médico.
- Promoción de la integración normalizada de los menores en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas.
- Mecanismos de coordinación con los servicios sociales especializados para el seguimiento y ajuste de las medidas de protección.
- Medidas educativas y de supervisión que garanticen la protección de los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales.

► Régimen de autorización y funcionamiento por la Entidad Pública:

Con inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

3.12. Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta Artículo 25 y ss L.O.1/1996

El necesario respeto a los menores de sus derechos fundamentales y libertades públicas ha provocado la regulación mediante L.O.8/2015 de los ingresos de menores en este tipo de centros, su existencia hacía necesaria la regulación y se utilizarán como último recurso y tendrán siempre carácter educativo.

► Ámbito de aplicación:

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.

► **Requisitos para el ingreso de menores en centros específicos:**

- Que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública.
- Que hayan sido diagnosticados con problemas de conducta, que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada.
- En los supuestos de guarda voluntaria prevista en el artículo 19, será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional.

► **Principios:**

Finalidad educativa y deberán responder a los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad prohibición del exceso, aplicándose con la mínima intensidad posible y por el tiempo estrictamente necesario, y se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad, privacidad y a los derechos del menor.

► **Medidas de seguridad:**

Contención mecánica o en la contención física del menor / aislamiento o en registros personales y materiales.

► **Medidas de contención:**

De tipo verbal y emocional, de tipo físico y de tipo mecánico.

- Aislamiento del menor: en prevención de actos violentos, autolesiones, lesiones a otros menores residentes en el centro, al personal del mismo o a terceros, así como de daños graves a sus instalaciones - no +6 horas consecutivas y acompañado o supervisado por un educador.
- Registros personales y materiales.
- Régimen disciplinario.
- Supervisión y control: revisión al menos trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial competente que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal.
- Administración de medicamentos.
- Régimen de visitas y permisos de salida: el Director del centro podrá restringir o suprimir las salidas de las personas ingresadas en el mismo - notificadas a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal de acuerdo con la legislación aplicable.
- Régimen de comunicaciones del menor.

► **Procedimiento para el ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta** Artículo 778 bis LEC - Artículo 26 L.O.1/1996

- **Legitimación:** La Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de un menor, y el Ministerio Fiscal.
- **Motivación:** informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores.
- **Exclusión:** enfermedades o 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.

Autorización judicial – audiencia al menor.

- **Competencia:** Juzgados de Primera Instancia del lugar donde radique el centro. El Juzgado recabará, al menos, dictamen de un facultativo por él designado.
- **Procedimiento de urgencia:** la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá acordarlo previamente a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juzgado competente lo antes posible (antes de 24 horas) para ratificación judicial (ratificación antes de 72 horas).



3.13. Adopción Artículos 175 y ss del CC

La Ley 26/2015 suprimió el acogimiento preadoptivo y se modificó la regulación: En el artículo 175 y en relación con la capacidad de los adoptantes, se establece la incapacidad para adoptar de aquellos que no pudieran ser tutores, y, además de la previsión sobre la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado, se establece también una diferencia de edad máxima para evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables (la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años).

Se introduce el artículo 176 bis que regula «ex novo» la guarda con fines de adopción, requisitos respecto del asentimiento de los progenitores posibilidad de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como adopción abierta.

► **Requisitos de los adoptantes:** (Artículo 175.1 CC)

El adoptante ha de ser mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad.

La diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando.

Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

La Ley 26/2015 estableció un rango de diferencia de edad en 45 años, suprimiendo las diferencias que existían hasta entonces entre las Comunidades Autónomas. Igualmente se homologaron los derechos de los adoptantes que sean cónyuges con las parejas unidas por análoga relación de afectividad. Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado (Artículo 175.4). No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código.

► **Adopción conjunta en caso de separación, divorcio o ruptura de la relación**

En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción. (Artículo 175.5 CC)

Las modificación legal de 2015 se hizo eco de la realidad social: son muchas las situaciones familiares en que estando en proceso de adopción se produce una crisis familiar por lo que era necesario reconocer el derecho a la adopción a ambas partes en situaciones de este tipo, en interés de los menores, y con las obligaciones y derechos inherentes a la adopción (visitas, guarda y custodia, pero también a efectos de alimentos o herencia).

► **Requisitos de los adoptados:** (Artículo 175.2 CC)

Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados.

Adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

► **No puede adoptarse:** (Artículo 175.3 CC)

- 1.º A un descendiente.
- 2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.
- 3.º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

► **Expediente de adopción ante el Juzgado:** (Artículo 176.2 CC)

La adopción se constituye siempre por resolución judicial: tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. (Artículo 176.1 CC)

Inicio del expediente de adopción: será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.

Plazo para iniciar el expediente de adopción: antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción, salvo que haya un período de adaptación del menor a la familia en que podrá prorrogarse hasta un máximo de un año. (Artículo 176 bis 3 CC)

No se requiere propuesta de la Entidad Pública cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: (Artículo 176.2 CC)

- 1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
- 3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- 4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado.

En la redacción anterior a la Ley 26/2015 se aludía a que no era necesaria la propuesta cuando el menor hubiera estado más de un año acogido legalmente por el adoptante, ahora sólo en los casos en que se haya dictado resolución de guarda con fines de adopción y haya transcurrido un año o se haya constituido una tutela, no será necesaria la propuesta de la Entidad Pública. Por tanto siempre será necesaria la propuesta de la Entidad Pública en el caso de menores que se encuentren en situación de acogimiento temporal o permanente o cuando no se cumplan esos requisitos.

► **Guarda con fines de adopción / guarda para la convivencia preadoptiva:**
(Artículo 176 bis 1)

La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

Se denomina indistintamente guarda con fines de adopción/ guarda para la convivencia preadoptiva, figura que viene a sustituir al acogimiento preadoptivo.

Derechos y obligaciones de los guardadores con fines de adopción: tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

Formalización de la guarda con fines de adopción: resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Suprimido el acogimiento preadoptivo se simplifica la adopción, ya que la guarda con fines de adopción se constituirá por resolución de la Administración sin intervención del Juzgado. No obstante, si se constituye este tipo de guarda, los progenitores podrán acudir al Juzgado y formular recurso en el plazo general de dos meses siempre que no hayan pasado dos años desde la notificación del desamparo. En caso de que se proponga la adopción, conforme a la LEC, pueden acumularse los procedimientos.

Concepto de idoneidad: (Artículo 173.3 CC)

Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución. No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública. Las personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación

organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta de adopción.

Suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen. La Entidad Pública procederá a suspender las visitas cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva. (Artículo 176 bis 2 CC)

Contra la resolución administrativa de suspensión de visitas que realiza la Administración sin necesidad de intervención judicial, los progenitores se puedan oponer en el plazo de dos meses en el Juzgado siempre que no hayan pasado dos años desde la notificación del desamparo o su oposición.

► **Adopción abierta:**

Podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos. En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.¹⁴

► **Asentimiento para la adopción:** (Artículo 177.2 CC)

Además de las previsiones que provea el CC, se dispone:

- No es necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieran suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.
- El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.¹⁵
- En las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados.
- Deberán ser oídos: además de los que se establecía hasta ahora, en su caso la familia acogedora.

► **Conocimiento de los orígenes**

Conservación de la información: en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia.

¹⁴ María Teresa Pérez Giménez, Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil, Universidad de Jaén, en **EL CONTROL ¿JUDICIAL? DE LA ADOPCIÓN**, R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018, analiza los aspectos relativos a la adopción abierta y pone de manifiesto cómo la decisión de constituir la adopción con carácter abierto ha quedado en manos de los Juzgados.

¹⁵ Se dicta en cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

- ▶ **Plazo de conservación:** al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva.
- ▶ **Titulares del derecho:** Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.
- ▶ **Asesoramiento:** Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho. A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.
- ▶ **Régimen transitorio:** Disposición adicional segunda Ley 26/2015: Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del código Civil.
- ▶ **Efectos de la adopción:** La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (Artículo 178 CC), lo cual conlleva:
 - Los nuevos progenitores tendrán la patria potestad respecto del menor: obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral, representarle y administrar sus bienes
 - Le transmitirán sus apellidos siguiendo las reglas existentes al respecto (artículo 77 Reglamento del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958)
 - Obligación legal de alimentos
 - Derechos sucesorios
 - En caso de ser extranjero, la adquisición de la nacionalidad española de origen y la obtención de la vecindad civil de los adoptantes.



4. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

4.1. Riesgo prenatal Artículo 17.9 L.O.1/1996 y 26 L.O.8/2021

Se regula en 2015 por primera vez la protección del nasciturus en la legislación estatal como situación de riesgo social.¹⁶ Aunque se regula en el artículo 17 L.O.1/1996, dedicado al riesgo social, no se dictará resolución administrativa de riesgo social, ya que tal como expresa, tiene como fin evitar que se declare el riesgo o el desamparo tras el nacimiento. Por ello habrá de realizarse la intervención tal como expresa en el apartado 2,3 y 4 del artículo 17.

La L.O.8/2021 apunta que los programas de prevención deberán promover la atención a las mujeres durante el periodo de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo.



¹⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño proclama 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 y en su art 24.2 d) dispone la obligación de los poderes públicos de asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

► **Competencia de intervención:**

La administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo en colaboración con los servicios de salud correspondientes.

► **Intervención:**

Se establecerán las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido.

► **Concepto:**

Se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.

► **Coordinación:**

Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.

► **Menores y las jóvenes sujetas a medidas de protección que estén embarazadas:**

Recibirán el asesoramiento y el apoyo adecuados a su situación. En el plan individual de protección se contemplará esta circunstancia, así como la protección del recién nacido (Artículo 19.6 L.O.1/1996). Con carácter general, además, la L.O.8/2021 dispone en su artículo 26.3 la obligación de las Administraciones competentes de promover la atención a las mujeres durante el periodo de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo.



4.2. Negativa a tratamientos médicos Artículo 17.10 L.O.1/1996

Se regula por primera vez a nivel estatal en 2015, como situación de riesgo social. Ha habido casos muy conocidos y con mucha trascendencia social provocados por la negativa de los padres a realizar tratamientos médicos. 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.

La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor. (Artículo 17.10 L.O.1/1996)

El artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ha sido modificado y establece que cuando el consentimiento haya de ser prestado por los representantes del menor y las 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.



4.3. Régimen de visitas o relaciones personales

Por régimen de visitas o relaciones personales hay que entender cualquier tipo de relación en persona o mediante medios audiovisuales, telemáticos, cualquiera que sea su frecuencia. El artículo 160 del CC amplía el derecho del menor a relacionarse con sus parientes incluyendo expresamente a los hermanos. En relación con la regulación del régimen de visitas y comunicaciones, se aclara la competencia de la Entidad Pública para establecer por resolución motivada el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de tutela o guarda, así como su suspensión temporal, informando de ello al Ministerio Fiscal. Se potencian y se regulan las visitas en todas las medidas de protección.

► **Visitas en caso de privación de libertad de los progenitores:** (Artículo 160.1 CC)

La Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

► **Visitas en guarda provisional:**

No establece el artículo 172.4 CC ni el 14 de la L.O.1/1996 disposición alguna al respecto, por lo que habrá que entender por analogía que el menor tiene derecho a visitas siempre que no sea contrario a su interés y, en tanto no sean suspendidas por la Entidad Pública.

► **Visitas de menores en desamparo:**

La Entidad Pública regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. (Artículo 161 CC)

► **Visitas de menores en guarda voluntaria:**

En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional (Artículo 19 L.O.1/1996) y cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar (Artículo 19 bis L.O.1/1996). Por ello las visitas y relaciones personales se establecerán de forma consensuada con la familia.

► **Visitas en acogimiento familiar:**

El documento anexo a la resolución de formalización del acogimiento familiar incluirá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor. (Artículo 20.3 de la L.O.1/1996)

► **Visitas en puntos de encuentro familiar:**

El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. (Artículo 20.2 L.O.1/1996)

► **Visitas en acogimiento residencial:**

Los servicios y centros donde se encuentren deberán potenciar las salidas de los menores en fines de semana y períodos vacacionales con sus familias de origen. (Artículo 21 L.O.1/1996)

► **Visitas en adopción:** (Artículo 160.1 CC)

En el Artículo 178 del CC se incluye, como una importante novedad, la posibilidad de que, a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de procedencia, pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como adopción abierta.

► **Suspensión temporal de visitas de menores en desamparo:**

La Entidad Pública puede 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. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. (Artículo 161 CC)

En la regulación anterior a 2015 correspondía al Juez la regulación y suspensión de las visitas del menor acogido. Ahora corresponde a la Entidad Pública suspender y, al Juez, en su caso, revisar, siempre que la suspensión sea temporal. La L.O.8/2021, además, ha modificado el artículo 158.6 del CC, señalando que el Juez dictará la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

Igualmente la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha modificado el artículo 66 de la Ley De Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:
El Juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo.

► **Oposición judicial a la suspensión de visitas:**

Una vez suspendidas las visitas por la Entidad Pública, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es en el plazo de dos meses desde su notificación siempre que no hayan transcurrido más de dos años desde la notificación del desamparo.



4.4. Medidas judiciales para la protección de la infancia y la adolescencia

Además de las medidas de protección dictadas por la Administración pública que hemos analizado más arriba, por los Juzgados se pueden acordar medidas de orden civil y penal y que han sido ampliadas y modificadas en la legislación de 2015 y 2021, destacando las dictadas conforme al artículo 158 del CC y 544 ter de la LECrim.

► Artículo 158 del CC:

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará medidas con relación a progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas relativas a los siguientes aspectos:

- Para asegurar la pensión de alimentos en caso de incumplimientos
- Para evitar situaciones dañosas en caso de cambio de custodia
- Para evitar la sustracción de menores
- De prohibición de aproximación
- De prohibición de comunicación
- De suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia
- De suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones
- Cualquier otra disposición para alejar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o con terceros

Si en el proceso en concreto se observa que existe, además, posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. En ese caso ésta podrá iniciar, si se dan las circunstancias del artículo 18 de la L.O.1/1996 y 172 del CC un procedimiento de desamparo, o comunicar la situación de posible situación de riesgo social a los servicios sociales municipales.

Estas medidas se pueden acordar, por tanto en procesos civiles como penales, tan diversos como un divorcio o un proceso en penal en que los padres son detenidos por tráfico de drogas. Siempre que haya un menor el Juez debe de acordar las medidas de protección necesarias para el menor, en relación además con la guarda judicial regulada en el artículo 172.2 CC: Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma. (Artículo 158 in fine)

► Legitimación para la solicitud de medidas del artículo 158 CC:

La L.O.8/2021 ha modificado el Artículo 200 del CC, cuando los menores se encuentren bajo la tutela de una Entidad pública, estas medidas solo podrán ser acordadas por la autoridad judicial de oficio o:

- a instancia de la Entidad pública
- a instancia del Ministerio Fiscal
- a instancia del propio menor

La entidad pública será parte en el procedimiento y las medidas acordadas serán comunicadas a esta, que dará traslado de dicha comunicación al director del centro residencial o a la familia acogedora.

Esta disposición facilita la actividad protectora de la Entidad pública, por ejemplo en casos de progenitores que se acercan a los centros de protección o a las familias de acogida, en contra del interés del menor, pudiendo solicitar a través del artículo 158 la Entidad pública que se prohíba o se limite la comunicación o la aproximación al centro o a la familia.

► Orden de protección artículo 544 ter L.E.Criminal:

Modificada por la L.O.8/2021, sólo podrá concederse a las víctimas de violencia doméstica por delitos muy concretos, pudiendo acordar tanto medidas de carácter penal, como medidas de naturaleza estrictamente civil y relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar, el régimen de estancia, comunicación y visitas de los hijos menores, la prestación de alimentos y cualquier otra que pueda reputarse conveniente.¹⁷



¹⁷ Ortega Calderón, J.L., Fiscal Decano Sección Territorial Ocaña, en **Orden de protección y suspensión del régimen de estancia, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la lo 8/21 de 4 de junio**, señala que lo característico de la orden de protección es que junto con las medidas de contenido penal y en la medida en que operan como un complemento imprescindible para evitar las situaciones de limbo jurídico en la que quedarían los menores habidos en la relación entre sometido a la tutela cautelar penal y beneficiario de la misma, contempla también una serie de medidas de carácter civil que vienen a regular la situación de custodia de la prole en beneficio de ordinario del progenitor acreedor de la tutela cautelar, y de régimen de visitas, estancia y comunicaciones con el progenitor sometido a dicha tutela cautelar.

4.5. Medidas contra la violencia de género cuando hay hijos menores

Las actuaciones en caso de violencia deben ir dirigidas, siempre que la situación lo permita a la permanencia de los menores con la persona que ejerce la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento que haya sido víctima de violencia de género o doméstica. Se contemplan a los menores como víctimas de la violencia, mejorando las medidas de protección y enfatizando la necesidad de que dichas medidas sean siempre acordadas en los procesos de violencia en que haya menores.

► Menor como víctima de la violencia de género:

Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia (Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). La L.O.8/2021 ha modificado el concepto legal de violencia de género al incluir en su artículo primero un nuevo apartado: La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero.

► Obligación judicial de pronunciarse sobre medidas para los hijos:

En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas (Artículo 61 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

Para conseguir una protección más efectiva, igualmente se modifican las previsiones legales en la legislación específica de violencia de género, en cuanto a suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

► Atención especializada del menor víctima de violencia de género:

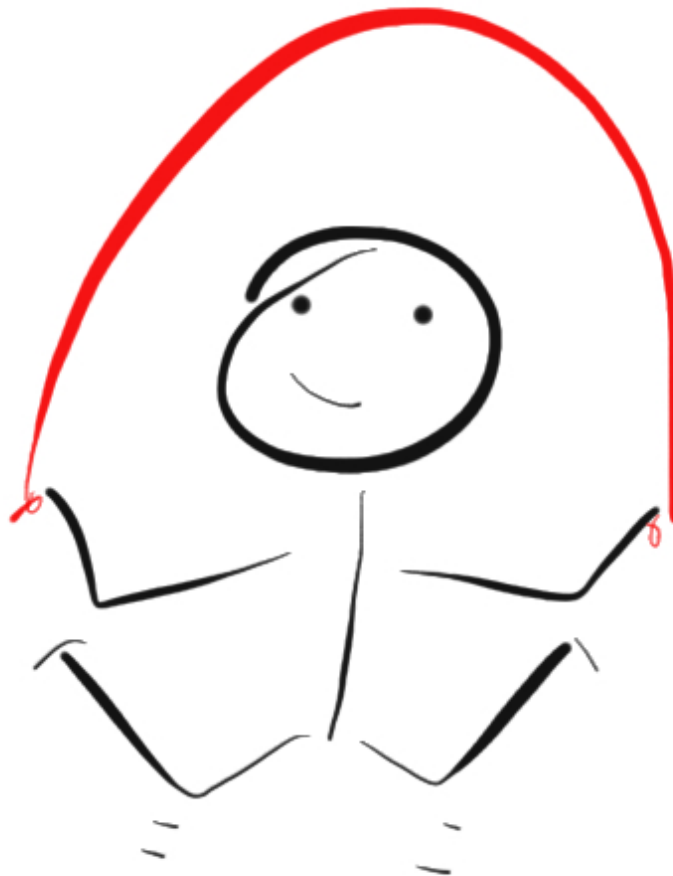
Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación. (Artículo 12.3 de la L.O.1/1996)

4.6. El Ministerio Fiscal en el sistema de protección Artículo 174 CC

► **Competencia del Ministerio Fiscal:** (Artículo 174 CC)

Además de las funciones de vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, de la comprobación, al menos semestralmente, la situación del menor, se otorgan las siguientes funciones:

- Promoción ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias.
- Recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.



► **Obligaciones de la Entidad Pública con el Ministerio Fiscal:**

- Dar noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores
- Remitir copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos y dar cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor
- La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe (Artículo 174.3 CC)

► **Obligaciones de todas las Administraciones competentes, atención a las solicitudes del Ministerio Fiscal:**

Los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor. (Artículo 174.4 CC)

► **Otras funciones del Ministerio Fiscal:**

- Determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados: el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. (12.4. L.O.1/1996)
- Régimen de visitas: obligación de la Entidad Pública de comunicar al Ministerio Fiscal cualquier variación. (Artículo 161 CC)
- Desamparo: transcurridos dos años desde la notificación del desamparo, únicamente estará legitimado el Ministerio Fiscal para impugnar las resoluciones que sobre el menor dicte la Entidad Pública. (Artículo 172.2 CC)
- Guarda provisional: Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública. (Artículo 172.2 CC)

5. SISTEMA DE PLAZOS

El paso del tiempo sin tomar decisiones definitivas y seguras en el ámbito judicial o administrativo tiene siempre efectos emocionalmente adversos en los menores. A fin de evitar la inseguridad jurídica y emocional que existía hasta ahora por este motivo, la nueva regulación dispone nuevos plazos tanto para la revisión periódica de las actuaciones que se acuerden, la duración máxima de las medidas y para la oposición de los interesados ante el Juzgado.



5.1. Plazos de revisión periódica de actuaciones: proyecto de intervención social y educativo / plan individualizado de protección

La L.O.8/2021 ha modificado el artículo 12 de la L.O.1/1996, incidiendo en el acceso a derechos desde el primer momento: Las Entidades Públicas garantizarán los derechos reconocidos en esta ley a las personas menores de edad desde el momento que accede por primera vez a un recurso de protección y proporcionarán una atención inmediata integral y adecuada a sus necesidades, evitando la prolongación de las medidas de carácter provisional y de la estancia en los recursos de primera acogida.

En la reforma de 2015, por primera vez en la legislación estatal se recoge la obligatoriedad de que todo menor en situación de riesgo tenga un Proyecto de intervención social y educativo, y todo menor en guarda o desamparo tenga un Plan individualizado de protección, que marque los objetivos, plazos y atiende, en su caso a su discapacidad. Además de los plazos que se establezcan en dichos instrumentos, la normativa establece la periodicidad de la revisión de las intervenciones que se estén llevando a cabo.

Medida de protección	Instrumento de revisión y seguimiento
Situación de riesgo	Los plazos vendrán determinados en el proyecto de intervención social y educativo (Artículo 17.4 de la L.O.1/1996)
Situación de desamparo y guarda	Los plazos vendrán determinados en el plan individualizado de protección (Artículo 19 bis L.O.1/1996)

Plazo de revisión	Medida de protección
Cada 3 meses	Cualquier medida de protección no permanente que se adopte con menores de tres años (Artículo 12.6 L.O.1/1996)
Cada 6 meses	Cualquier medida de protección no permanente que se adopte con menores mayores de 3 años (Artículo 12.6 L.O.1/1996)
Primer año cada 6 meses y, a partir del segundo año, cada doce meses	Acogimientos permanentes (Artículo 12.6 L.O.1/1996)

5.2. Plazos de duración de las medidas de protección

La guarda provisional es la única medida temporal en que sólo se dispone que durará el plazo más breve posible, sin establecer un plazo concreto. Para el resto de medidas la legislación dispone plazos de duración que deben ser observados.

Medida de protección	Plazo de duración
Guarda voluntaria familiar o residencial	Dos años , excepcionalmente prorrogable por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (Artículo 172 bis CC)
Acogimiento familiar de urgencia: para menores de 6 años	No superior a seis meses (Artículo 173 bis 2 CC)
Acogimiento familiar temporal	Duración máxima de dos años , salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga (Artículo 173 bis 2 CC)
Guarda con fines de adopción	El plazo para proponer la adopción al Juzgado será tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción, prorrogable hasta un máximo de un año (Artículo 176 bis 3 CC)
Acogimiento residencial	Plazo máximo de tres meses para menores de tres a seis años (Artículo 21.3 L.O.1/1996)

Informe justificativo de acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal que haya durado un periodo superior a dos años: la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando éste se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo. (Artículo 12 L.O.1/1996)

5.3. Plazos de oposición ante el Juzgado y solicitud de revocación de desamparo

En la reforma de 2015 se suprime el acogimiento provisional en todas las modalidades de acogimiento, por lo que se constituye por resolución administrativa y cuando los padres no consienten el acogimiento recurrirán la resolución dictada por la Entidad Pública directamente al Juzgado. Igualmente la suspensión de visitas es acordada por la Entidad Pública y los interesados podrán oponerse al Juzgado. Se unifica el plazo a dos meses desde su notificación, para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ex Artículo 780 LEC.

Plazo de oposición a las todas resoluciones administrativas (guarda provisional, situación de riesgo, desamparo, acogimiento, visitas...): 2 meses desde su notificación (Artículo 780 LEC).

Durante los 2 años siguientes a la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo:

- Los progenitores /interesados podrán solicitar a la Entidad Pública la revocación del desamparo por cambio de circunstancias
- Los progenitores /interesados podrán formular oposición ante el Juzgado a todas decisiones que se adopten respecto a la protección del menor (acogimiento, visitas, cambio de centro de protección, adopción...)

Entidad Pública: Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen. (Artículo 172.2 CC)

Pasados 2 años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo: (Artículo 172.2 CC)

- Oposición al Juzgado: Sólo tiene competencia el Ministerio Fiscal para formular oposición al Juzgado frente a las decisiones de acogimiento, visitas... que dicte la Entidad Pública... En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.
- Facilitar información: Los progenitores no pueden solicitar la revocación del desamparo por cambio de circunstancias pero... podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

Plazo de resolución de los procedimientos judiciales de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores: Además del carácter preferente de los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, en la reforma operada por la L.O.1/2021 se ha introducido un plazo decisivo en el artículo 779 L.E.Civil: deberán realizarse en el plazo de tres meses

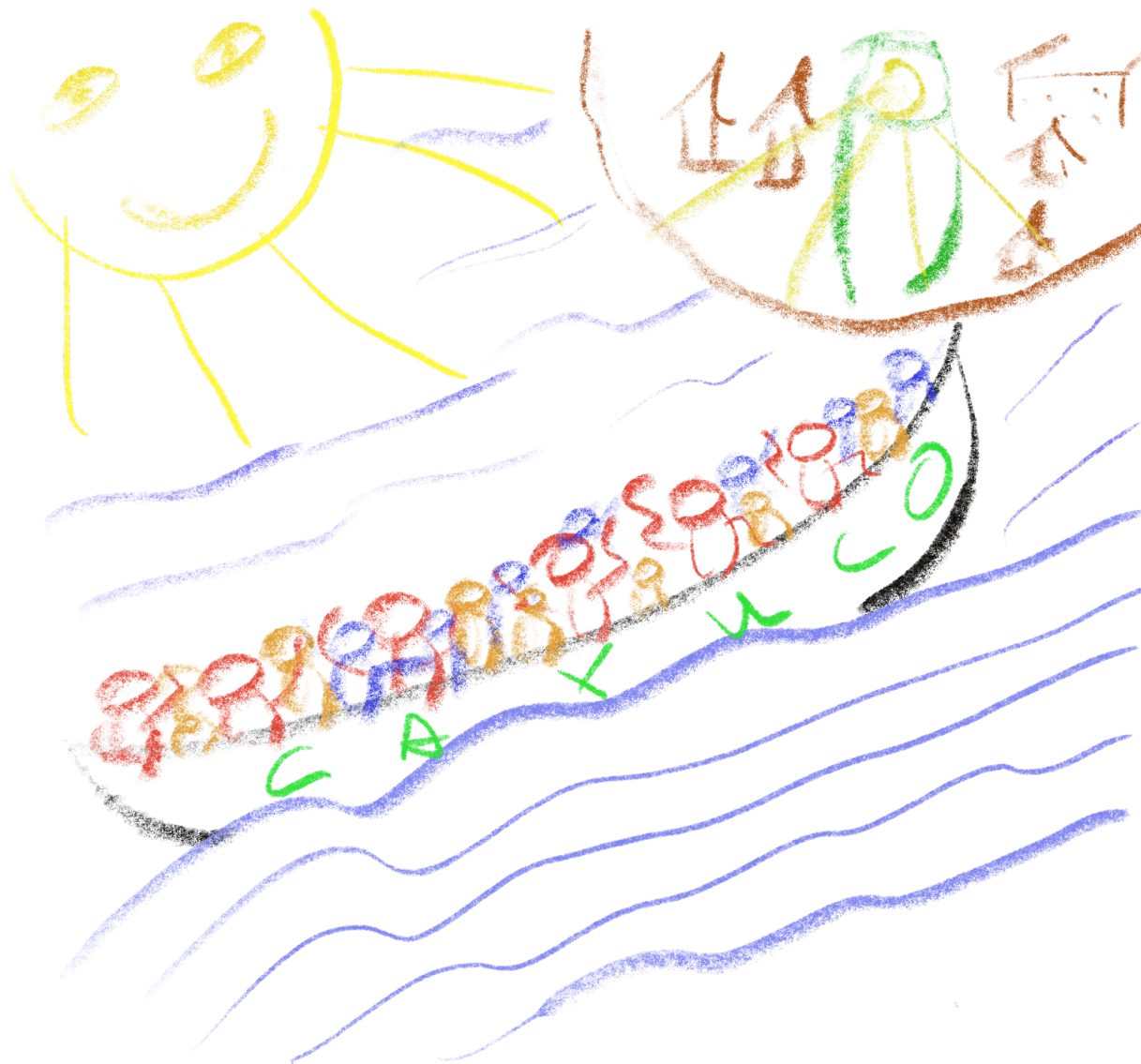
desde la fecha en que se hubieren iniciado. La acumulación de procedimientos no suspenderá el plazo máximo. Igualmente la reforma prevé que las personas menores de edad podrán elegir, ellos mismos, a sus defensores, se reducen los plazos del procedimiento, y se contempla la posibilidad de que se adopten medidas cautelares.



6. NORMAS SOBRE COMPETENCIA TERRITORIAL Y MENORES EXTRANJEROS

Traslado de menores entre Comunidades Autónomas y protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero

Se establecen por primera vez en la normativa estatal normas con relación para resolver la competencia de la protección cuando los menores se trasladan de residencia, bien dentro del territorio del Estado español o a otro Estado, la posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional y normativa aplicable a medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero deban cumplirse en España.



6.1. Traslado de menores entre Comunidades Autónomas y transfronterizo

Traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta: corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma de origen y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de éste. (Artículo 18.4 L.O.1/1996)

Traslado temporal de un menor a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella, con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas: no será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección. (Artículo 18.4 L.O.1/1996)

Acogimiento transfronterizo: La reforma operada en 2021 en la L.O.1/1996, introduciendo el artículo 20 quinquies, regulando las condiciones y el procedimiento aplicable a las solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores procedentes de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996: La Autoridad Central Española debe garantizar el cumplimiento en estos casos de los derechos del niño y asegurarse que la medida de protección que se pretende ejecutar en España proteja su interés superior. Se regula el procedimiento para la transmisión de las solicitudes de acogimiento transfronterizo desde España a otro Estado miembro de la Unión Europea, conforme a los Reglamentos (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 y (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, o a un Estado parte del citado Convenio de La Haya de 1996.



6.2. Protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero (Artículo 18.5 y 6 L.O.1/1996)

Reglas de competencia ante la posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional: (Artículo 18.5 L.O.1/1996)

- Para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los progenitores o tutores del menor.
- En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos.
- Cuando, conforme a tales criterios, no pudiere determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual.
- En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela.

Competencia para el traslado: La Administración General del Estado se encargará del traslado del menor a España. La Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España.

Principios aplicables a la resolución de conflictos:

- celeridad
- interés superior del menor
- evitar dilaciones en la toma de decisiones que pudieran generar perjuicios al mismo

Normativa aplicable a medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero deban cumplirse en España: (Artículo 18.6 L.O.1/1996)

- **Unión Europea:** Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- **Otros Estados:** se estará a los Tratados y Convenios internacionales en vigor para España y, en especial, al 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.
- **En defecto de toda normativa internacional:** se estará a las normas españolas de producción interna sobre eficacia en España de medidas de protección de menores.

6.3. Normas relativas a menores extranjeros no acompañados

Se establece un marco regulador adecuado de los relativos a los menores extranjeros, reconociendo, respecto de los que se encuentren en España y con independencia de su situación administrativa, sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, tal y como se recogen en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, se reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros y la presunción de minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad.

Derecho a la educación, sanidad y servicios sociales: Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. (Artículo 10.3. L.O.1/1996)

Asistencia sanitaria: Respecto de los menores tutelados o guardados por las Entidades Públicas, el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas. (Artículo 10.5. L.O.1/1996)

Grupos vulnerables: Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley. (Artículo 10.3. L.O.1/1996)

Promoción de la integración: Los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas, tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (Artículo 10.3. L.O.1/1996)

Documentación: Cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración. (Artículo 10.4. L.O.1/1996)

Presunción de minoría de edad: (Artículo 12.4 L.O.1/1996, modificado por la L.O. 8/2021) Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en

ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas.

Plan individualizado de protección / programa de reintegración familiar: Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados... En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque. (Artículo 19 bis 4 y 5 L.O.1/1996)

Ley aplicable a la protección de menores: (Artículo 9.6 del CC, modificado por la L.O. 8/2021) La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo.

La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes.



7. REFERENCIA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

En la reforma de 2015 se clarifica el ámbito de aplicación la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, aspectos esenciales de la reforma (en adelante LAI), se deslindan las competencias de las diversas Administraciones Públicas, se subraya el interés superior del menor como consideración fundamental, se refuerzan las previsiones de garantía de las adopciones internacionales y se precisan las obligaciones de los adoptantes. Igualmente se introducen modificaciones en el ámbito del derecho internacional privado, en el Código Civil.

Ámbito de aplicación: La presente ley regula la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y de los organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de Derecho internacional privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero. (Artículo 1.1 LAI)

Concepto de adopción internacional: se entiende por adopción internacional aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España. (Artículo 1.2 LAI)

Deslinde las competencias de las diversas Administraciones Públicas: es competencia de la Administración General del Estado, por afectar a la política exterior, la decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones con determinados países. Respecto de la Acreditación, seguimiento y control de los organismos acreditados, en la reforma de 2021 se ha suprimido el artículo 7.2 de la LAI. En la Administración General del Estado existirá un registro público nacional específico de organismos acreditados, cuyo funcionamiento será objeto de desarrollo reglamentario.

► Destacan en la reforma de 2015 los siguientes aspectos:

- Se subraya el interés superior del menor como consideración fundamental en la adopción y se define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción.
- Las Entidades colaboradoras de adopción internacional pasan a denominarse organismos acreditados para la adopción internacional. (Disposición Adicional 2ª L.26/2015)
- Se detallan con mayor claridad las obligaciones de los adoptantes, tanto en la fase preadoptiva, dado que la información y formación previa es la mayor garantía para el éxito de las adopciones, como en la fase postadoptiva mediante el establecimiento de consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones postadoptivas a las que los progenitores y las Administraciones Públicas están obligadas respecto de los países de origen de los menores.
- Se establece la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, con alguna matización, para evitar la existencia de adopciones claudicantes que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor.

- Se modifican los presupuestos de reconocimiento de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, reformulando el control de la competencia internacional de la autoridad extranjera a través de la determinación de los vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido, lo cual puede valorarse a través de la bilateralización de las normas españolas de competencia. Se sustituye el presupuesto del control de la ley aplicada o aplicable, ajeno al sistema español de reconocimiento de decisiones y resoluciones extranjeras, por el de la no contrariedad de la adopción constituida en el extranjero con el orden público español, concretando este concepto jurídico indeterminado en los casos de adopciones en las que el consentimiento de la familia de origen no ha existido, no ha sido informado o se ha obtenido mediante precio, para evitar que en este ámbito de la adopción internacional se produzcan supuestos de «niños robados».
- Se regula la cooperación internacional de autoridades en los casos de adopciones realizadas por adoptante español y residente en el país de origen del adoptado.
- En relación con las otras medidas de protección de menores, se introduce la oportuna referencia a dos Reglamentos comunitarios y un Convenio de La Haya esenciales en esta materia, y se mejora el sistema de reconocimiento en España de estas medidas.



**Save the Children trabaja en más de 120 países.
Salvamos las vidas de niñas y niños. Luchamos por sus derechos.
Les ayudamos a desarrollar su potencial.**





Save the Children

