



VNIVERSITATĪ VALÈNCIA

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POLÍTICA

PROGRAMA DE DOCTORADO

“SOSTENIBILIDAD Y PAZ EN LA ERA POSGLOBAL”

TESIS DOCTORAL

**ABANDONO Y DESAMPARO DE MENORES
EN ESPAÑA: UN ESTUDIO SOCIOLEGAL EN
LOS SIGLOS XX Y XXI**

AUTORA: Daniela Andrea Vergara Barrios

DIRECTORA: Ana Paz Garibo Peyró

Valencia, 2022

DANIELA ANDREA VERGARA BARRIOS

**ABANDONO Y DESAMPARO DE
MENORES EN ESPAÑA: UN ESTUDIO
SOCIOLEGAL EN LOS SIGLOS XX Y
XXI**

TESIS DOCTORAL

DIRECTORA: ANA PAZ GARIBO PEYRÓ

VALENCIA 2022

*A mi madre, quien es mi amiga y ejemplo de mujer,
infinitas gracias por todo.*

A mami pei, quien me enseñó a desarrollar una conciencia social.

A mi amado Isaac, por una eternidad juntos.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer en primer lugar a mi tutora, la profesora Ana Paz Garibo Peyró, fue por su asignatura referida a la protección internacional de los derechos de los niños/as que decidí iniciar esta investigación. Gracias “profe” por tu calidez, comprensión, entusiasmo y paciencia durante este proyecto, espero continuar con tu legado académico y profesional en la defensa de la niñez. También deseo agradecer a la profesora Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, a quien respeto sobremanera como maestra y persona.

Agradezco a la Universitat de Valencia y a la Conselleria d’Educació, Cultura i Esport, por permitirme desarrollar esta tesis en el marco del Programa Prometeu per a grups d’investigació d’Excel·lència (GVPROMETEOII2014-080). Así como a la igualmente Universitat de Valencia y al programa Erasmus+ de la UE, por concederme una Beca de Mobilitat Internacional per a Estudiants de Doctorat, con cuya financiación pude realizar una estancia de investigación entre mayo y agosto de 2019, en la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Mi sincera gratitud en especial a Claudio Sarteau, professore Ricercatore Confermato, supervisor de mi estancia y quien me ayudó enormemente con la redacción de la última parte de mi tesis.

Del mismo modo, quiero reconocer la ayuda brindada por la Asociación de Apoyo Familiar y Juvenil “Mas que Palabras” y por la Iglesia “Vida Cristiana”. Gracias Juan Jo y Ana por confiar en mí, apoyarme y permitirme servir de una manera activa.

Finalmente, resta agradecer a mi mami pei, gracias por impulsarme a aprender y a subir este peldaño académico, mi padre, q.e.p.d., estaría feliz por nosotras. Gracias a mi madre, por escucharme cuando quería desfallecer y llenarme de fuerzas mediante sus charlas y oraciones, te admiro profundamente. Gracias a mi amado Isaac, por tu paciencia, por sacrificar tu tiempo conmigo y por ayudarme a no declinar, siempre serás un ejemplo de constancia. Y también quiero agradecer Dios, en quien creo firmemente y por quien todas las cosas subsisten.

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS	vi
RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xv
ABREVIATURAS	xvi
INTRODUCCIÓN.....	19

PARTE I: EVOLUCIÓN SOCIOLEGAL DEL ABANDONO Y DESAMPARO DE MENORES EN ESPAÑA DURANTE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX....27

CAPÍTULO 1. CONTEXTO SOCIAL DEL MENOR ABANDONADO EN LA ESPAÑA DE FINALES DEL SIGLO XIX E INICIOS DEL XX..... 28

1.1 La revalorización internacional de la vida del niño/a a inicios del siglo XX.....	28
1.2 Perspectiva general de la niñez abandonada en España	30
1.3 Modelo de buena madre	34
1.4 La influencia de la medicina social	39
1.5 Los niños golfos	42

CAPÍTULO 2. LA SITUACIÓN LEGAL DEL MENOR ABANDONADO EN LA ESPAÑA DECIMONÓNICA 44

2.1 De las Leyes Generales de la Beneficencia.....	44
2.1.1 Ley de 6 de febrero de 1822, del Establecimiento General de Beneficencia....	45
a) Las casas de maternidad y el concepto de desamparo	46
b) De las casas de socorro.....	50
2.1.2 Ley de 20 de junio de 1849, organizando la Beneficencia: creación de una Junta General y de Juntas Provinciales y Municipales y fijando sus atribuciones	51
2.1.3 Reglamento de 14 de mayo de 1852, general para la ejecución de la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849	53
2.2 Del niño trabajador y la limitación de la patria potestad en la España de finales del siglo XIX	56
2.2.1 Ley de 24 de julio de 1873, sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros (Ley Benot).....	58
2.2.2 Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligrosos de los niños.....	61

2.2.3 Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.... 62

CAPÍTULO 3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA INFANCIA ABANDONADA Y EXPÓSITA EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX..... 66

3.1 Ley de 13 de marzo de 1900, fijando las condiciones del trabajo de las mujeres y los niños (Ley Dato)..... 67

3.2 Ley de 23 de julio de 1903, sobre mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años..... 69

3.2.1 Las distintas posturas político-sociales frente a la mendicidad infantil..... 69

3.2.2 Del contenido y aplicación de la Ley sobre mendicidad de 1903..... 72

3.3 Ley de 12 de agosto de 1904, de protección a los menores de diez años, y su Real Decreto reglamentario de 24 de enero de 1908 74

3.3.1 De las bases para la redacción de la Ley de 12 de agosto de 1904..... 74

3.3.2 Del articulado de la Ley de protección a los menores de diez años de 1904....77

3.4 Ley de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños..... 80

3.4.1 Algunos antecedentes de la Ley de Tribunales para niños 80

3.4.2 Del contenido de la Ley de Tribunales para niños..... 82

3.4.3 Reformas a la Ley de Tribunales para niños de 25 de noviembre de 1918 85

3.5 Algunas leyes de protección al menor abandonado en el segundo cuarto del siglo XX.....90

3.5.1 Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931 90

3.5.2 Colocación familiar de niños/as: Ordenes de 30 de diciembre de 1936 y de 1 de abril de 1937 92

3.5.3 De la adopción de los expósitos prohijados: Ley de 17 de octubre de 1941.... 98

3.5.4 Decreto de 2 de julio de 1948, texto refundido de la legislación de Protección de Menores 102

PARTE II: LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA INFANCIA ABANDONADA Y DESAMPARADA EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX. 107

CAPÍTULO 1. LEY DE 24 ABRIL DE 1958, POR LA QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL REFERENTES A LA ADOPCIÓN 108

1.1 Disposiciones generales.....	110
1.2 De la adopción plena	113
1.2.1 Estado de los adoptantes	113
1.2.2 Condición de expósitos o abandonados de los adoptados	114
1.2.3 Efectos de la adopción plena.....	117
1.3 De la adopción menos plena.....	120
1.4 Diferencias entre los dos tipos de adopción	122
1.5 La adopción y otras instituciones de protección de menores	125

CAPÍTULO 2. LEY 7/1970, DE 4 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA ADOPTIVA 127

2.1 Requisitos generales y específicos para cada tipo de adopción.....	129
2.1.1 Por parte de los adoptantes	129
2.1.2 Por parte de los adoptados/as.....	131
2.1.3 Procedimiento para la formación del negocio jurídico de adopción.....	133
2.2 Prohibiciones para adoptar	134
2.3 Efectos de ambos tipos de adopción.....	136
2.4 Irrevocabilidad y causales de extinción de la adopción	140
2.5 De la definición legal de abandono	143
2.5.1 Abandono general o stricto sensu	143
2.5.2 Abandono particular o abandono-exposición	145
2.5.3 La interpretación del concepto de abandono general a la luz de la jurisprudencia y la doctrina	147
2.6 Aspectos procedimentales para la declaración de abandono.....	151
2.6.1 El consentimiento de los padres o encargados legales	151
2.6.2 El término de 6 meses	155
2.6.3 La apreciación y declaración judicial del abandono	157
2.7 La problemática de las adopciones irregulares.....	160

CAPÍTULO 3. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978.....	163
CAPÍTULO 4. LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FILIACIÓN, PATRIA POTESTAD Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO	168
4.1 Clasificación de la filiación	169
4.2 De la patria potestad y la equiparación de derechos hereditarios entre los hijos/as.....	172
4.3 Modificaciones relativas a la adopción y el abandono	173
CAPÍTULO 5. LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TUTELA.....	177
5.1 De la unidad a la pluralidad institucional	178
5.2 De la tutela de familia a la tutela de autoridad	180
5.3 De la tutela orgánica a la tutela individual	181
CAPÍTULO 6. LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE ADOPCIÓN.....	184
6.1 Contexto socio jurídico en el que se expidió la Ley	184
6.2 De la guarda legal de la Entidad Pública.....	187
6.2.1 Características esenciales de la guarda voluntaria ex artículo 172.2 CC.....	188
6.2.2 Modalidades de ejercicio y régimen jurídico de la guarda	191
6.2.3 La guarda voluntaria en la actualidad	194
6.3 Del acogimiento familiar de menores.....	196
6.3.1 Breve referencia a los antecedentes legales del acogimiento	196
6.3.2 Características del acogimiento familiar.....	198
6.3.3 Clasificación y causales de cesación del acogimiento en la Ley 21/1987	200
6.4 Algunas modificaciones relacionadas con la adopción	206
6.4.1 Establecimiento de una única adopción	206
6.4.2 De los requisitos de los adoptantes y los adoptados/as.....	207
6.4.3 Constitución judicial de la adopción.....	208
6.4.4 Consentimiento, asentimiento y audiencia en la adopción	210

6.4.5 Efectos de la adopción y posibilidad de exclusión de los adoptantes.....	211
6.4.6 Algunas modificaciones a la entonces Ley de Enjuiciamiento Civil.....	213

PARTE III: DEL CONCEPTO DE DESAMPARO DE MENORES Y LA TUTELA *EX LEGE* DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTUALIDAD .. 215

CAPÍTULO 1. LA EVOLUCIÓN LEGAL DE LA INSTITUCIÓN DEL DESAMPARO DE MENORES..... 216

1.1 Breve referencia a los antecedentes legales del concepto de desamparo de menores.....	216
1.2 Del abandono al desamparo de menores en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.....	218
1.3 El desamparo tras 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..	222
1.3.1 Breves consideraciones generales.....	222
1.3.2 Algunos cambios relevantes en torno a la situación de desamparo	223
1.3.3 La oposición al desamparo en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.....	229
1.4 El desamparo en la Ley 26/2015, de 28 de julio; y LO 8/2015, de 22 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	233
1.4.1 Breve puntualización en torno a la naturaleza del articulado de la LOPJM..	233
1.4.2 Antecedentes y necesidad de las Leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	235
1.4.3 De las modificaciones hechas por la LO 8/2015, de 22 de julio, a la LOPJM...239	
a) El principio del interés superior del menor.....	240
b) La modificación al principio del ISM en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia	245
1.4.4 De la reforma hecha por la Ley 26/2015, de 28 de julio, a la LOPJM	251
a) Los deberes de los menores (artículos 9 bis y ss. LOPJM)	251
b) La regulación del desamparo en el reformado artículo 18 LOPJM.....	254

CAPÍTULO 2. EL DESAMPARO DE MENORES EN LA ACTUALIDAD: ANALISIS SUSTANTIVO Y PROCESAL..... 264

2.1 Consideraciones generales.....	264
2.1.1 Los sujetos intervinientes en el desamparo.....	266

2.1.2 El desamparo como concepto jurídico indeterminado.....	267
2.2 Elementos del concepto de desamparo.....	270
2.2.1 Elemento causal: incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores ...	273
a) Del incumplimiento en sentido amplio.....	273
b) Del incumplimiento en sentido estricto: las causas del desamparo del artículo 18.2 LOPJM.....	279
c) De los deberes de protección propios de la guarda de menores	288
2.2.2 Elemento de resultado: privación de la necesaria asistencia moral y material..	291
a) El desamparo y la guarda de hecho	294
2.3 La actuación administrativa luego de la declaración de desamparo.....	297
2.4 La revocación del desamparo y el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores	302
2.4.1 Disposiciones generales	302
2.4.2 Las fases del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores	305
2.5 La declaración de desamparo y el principio de prioridad de la familia natural.....	313
2.6 La situación de riesgo	318
2.6.1 Delimitación conceptual de la situación de riesgo tras la Ley 26/2015, de 28 de julio; y LO 8/2021, de 4 de junio.....	318
2.6.2 La actuación administrativa luego de la declaración de la situación de riesgo..	322
CAPÍTULO 3. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: LA TUTELA AUTOMÁTICA DE LA ENTIDAD PÚBLICA	325
3.1 Antecedentes de la tutela automática.....	325
3.2 Naturaleza jurídica y modo de constitución de la tutela ex lege	329
3.3 Características de la tutela ex lege y principales diferencias con la tutela civil ordinaria.....	331
3.4 Causas de terminación de la tutela ex lege	335
3.5 Breve referencia a la derogada tutela automática de los incapaces.....	337
CAPÍTULO 4. LA VULNERABILIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO JURÍDICO DE PROTECCIÓN AL MENOR DESAMPARADO	341
4.1 Del concepto vulnerabilidad humana	341

4.1.1 El sentido positivo de la vulnerabilidad.....	344
4.2 De los distintos tipos de vulnerabilidad.....	346
4.3 De la capacidad para recibir	349
4.4 La vulnerabilidad humana como principio jurídico	352
4.4.1 La Declaración de Barcelona.....	352
4.4.2 La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.....	354
4.5 La conexión entre el principio de vulnerabilidad humana y la protección al menor desamparado	357
CONCLUSIONES GENERALES	363
GENERAL CONCLUSIONS	369
NOTAS CRÍTICAS.....	375
ANEXOS	379
BIBLIOGRAFÍA	391
LIBROS	391
LIBROS ELECTRÓNICOS	392
CAPÍTULOS DE LIBROS U OBRAS COLECTIVAS.....	393
ARTÍCULOS DE REVISTA	396
OTROS DOCUMENTOS	400
PROYECTOS DE LEY, DIARIOS DE SESIONES Y BOCG	402
DICCIONARIOS	404
NORMATIVA.....	405
INTERNACIONAL	405
ESPAÑOLA	405
A) NACIONAL	405
B) AUTONÓMICA.....	411
JURISPRUDENCIA.....	412
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	412
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	412
TRIBUNAL SUPREMO.....	412
AUDIENCIAS PROVINCIALES	414

UNIVERSITAT DE VALENCIA
PROGRAMA DE DOCTORADO
“SOSTENIBILIDAD Y PAZ EN LA ERA POSGLOBAL”
DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POLÍTICA

ABANDONO Y DESAMPARO DE MENORES EN ESPAÑA: UN ESTUDIO
SOCIOLEGAL EN LOS SIGLOS XX Y XXI

Doctoranda: Daniela Andrea Vergara Barrios

Directora: Ana Paz Garibo Peyró

RESUMEN

Palabras clave: desamparo, abandono, exposición, infancia, protección, normativa, vulnerabilidad.

La protección a la infancia constituye una preocupación fundamental de los Estados constitucionales modernos; lamentablemente, son muchas las circunstancias de desprotección por las que atraviesan los menores, con independencia del país en el que residan. Por esa razón, esta tesis aborda el estudio de una de esas situaciones de vulnerabilidad infantil como es el desamparo de menores. Para ello realizamos un análisis sociolegal de esta figura dentro de la realidad española, partiendo del examen de las principales Leyes nacionales relacionadas directa o indirectamente con la misma, desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días. Así pues, nos adentramos en la comprensión de la exposición y el estado de abandono desde un punto de vista crítico y filosófico-jurídico, revisando detenidamente varias normas referidas a la adopción, la patria potestad, la protección a la infancia, la mendicidad, la delincuencia infantil, la filiación, la tutela, la colocación familiar, la guarda legal, entre otras que influyeron en la situación de la niñez desprotegida. A la par de la investigación histórico-sistemática, hacemos un estudio sustantivo y adjetivo de la situación de desamparo en la actualidad, que abarca el examen de los presupuestos para su declaración; las partes intervinientes en la misma; las fases del procedimiento administrativo a cargo de las Entidades Públicas de protección de menores; los problemas doctrinales y jurisprudenciales originados en el carácter de concepto jurídico indeterminado del desamparo; su conexión con el principio del interés superior del menor y el de prioridad de la familia natural; la tutela automática de la Entidad Pública; el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y demás elementos necesarios para comprender el alcance y contenido de esta institución. Finalmente, nos ocupamos del principio de vulnerabilidad humana y exponemos las razones por las que consideramos que debería formar parte de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. En tal virtud, el presente trabajo ofrece una visión organizada, sistemática y crítica del vigente sistema de protección de menores español, haciendo énfasis en sus ventajas y desventajas, así como aportando alternativas de solución a algunos de los principales problemas que dificultan su eficacia.

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
PHD PROGRAM
“SUSTAINABILITY AND PEACE IN THE POST-GLOBAL ERA”
DEPARTMENT OF PHILOSOPHY OF LAW AND POLITICS

**CHILDREN’S ABANDONMENT AND “DESAMPARO”¹ IN SPAIN: A SOCIO-
LEGAL STUDY IN THE TWENTIETH AND 21st CENTURIES**

Author: Daniela Andrea Vergara Barrios

Director: Ana Paz Garibo Peyró

ABSTRACT

Keywords: abandonment, neglect, abuse, childhood, child protection laws, child welfare system, vulnerability.

Child protection is a fundamental concern of modern constitutional states; unfortunately, there are many unprotected circumstances that minors go through, regardless of the country where they live. For this reason, this dissertation addresses the study of one of those situations of minor’s vulnerability, which is child “desamparo”. To do this, we carry out a socio-legal analysis of this situation in Spain, starting from the examination of the main national laws directly or indirectly related to it, from the mid-nineteenth century to the present day. Thus, we delve into the understanding of the exposure and the state of abandonment from a critical and philosophical-legal point of view, carefully reviewing several norms referring to adoption, parental authority, child protection, begging, child delinquency, filiation, guardianship, family placement, legal guardianship, among others that influenced the situation of unprotected children. Along with the historical-systematic research, we make a substantive and adjective study of the situation of “desamparo” at present, which includes the examination of the budgets for its declaration; the parties involved in it; the phases of the administrative procedure in charge of the Public Entities for the protection of minors; doctrinal and jurisprudential problems originated in the nature of an indeterminate legal concept of “desamparo”; its connection with the principle of the best interests of the child and the priority of the biological family; the automatic guardianship of the Public Entity; the opposition procedure to administrative decisions regarding the protection of minors; and other elements necessary to understand the scope and content of this institution. Finally, we deal with the principle of human vulnerability and present the reasons why we consider that it should form part of the guiding principles of the actions of public powers in relation to minors. As such, this work offers an organized, systematic, and critical view of the current Spanish child protection system, emphasizing its advantages and disadvantages, and providing alternative solutions to some main problems that hinder its effectiveness.

¹ “Desamparo” (literally translated: helplessness) is a special category in Spain Civil Law that doesn’t exist with his particular elements in other global child protection laws, for that reason we will not translate it. Nevertheless, that concept is similar to the “child abuse and neglect” concepts that appears in USA and UK current civil laws.

ABREVIATURAS

ap.	Apéndice.
AP	Audiencia Provincial.
AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989.
CE	Constitución Española.
Comp.	Compilado.
Coord.	Coordinado.
CP	Código Penal.
CRC	Committee on the Rights of the Child.
CRC	The United Nations Convention on the Rights of the Child.
CRS	Comisión de Reformas Sociales.
D.	Don.
DF	Disposición final.
Dir.	Dirigido.
ed.	Edición.
Ed.	Editado.
EP	Entidad Pública de protección de menores.
et. al.	“Y otros”.
FJ.	Fundamento jurídico.
ISM	Interés Superior del Menor.
LAI	Ley de Adopción Internacional.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria.
LMSPIA	Ley de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

LO	Ley Orgánica.
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.
LOMSPIA	Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
LPIFV	Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia.
Núm.	Número.
Núms.	Números.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Óp. Cit.	Obra Citada.
p.	Página.
PNV	Partido Nacionalista Vasco.
pp.	Páginas.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
ss.	Siguientes.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
trad.	Traducido.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
UN	United Nations.
Vol.	Volumen.

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES Y OBJETIVOS

El problema de la exposición y el abandono de menores, hoy desamparo, no es reciente. Ya en la antigüedad griega era usual depositar a los recién nacidos “...en una vasija de barro o en otro recipiente lejos de su casa, a menudo en lugares inhóspitos, fuera de la ciudad, donde podía[n] morir de hambre o ser despedazado[s] por las fieras...”². De la misma manera, entre las potestades del *paterfamilias* romano se hallaba el *ius exponendi* o derecho de exposición.

En el caso de España, las primeras normas relacionadas con esta temática fueron el Fuero de la Familia de Cuenca Teruel (reino de Castilla y la Extremadura Castellana) y las Partidas de Alfonso X “el Sabio”, promulgadas durante la edad media; así como la Novísima Recopilación de las Leyes de España expedida en la modernidad.

Y, hasta hace poco más de un siglo, tales conductas eran social y jurídicamente aceptadas en nuestro país. Esto es, ante los casos de imposibilidad económica para mantener a los hijos/as o cuando aquéllos eran fruto de relaciones sexuales extramatrimoniales, era “normal” exponerlos o entregarlos en los hospicios e incluso.

Sin embargo, a principios del siglo XX comenzó un proceso internacional de revalorización de la vida del niño/a que culminó con la expedición de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989 (en adelante, CDN)³; gracias al que se reformó todo el sistema de protección de menores español.

Partiendo de lo anterior, el objetivo principal del presente trabajo de investigación ha sido el de realizar un análisis sistemático y crítico de la legislación española relacionada con la protección a la infancia desprotegida, desde inicios del siglo XX hasta nuestros días. Todo ello con el propósito de comprender cómo fuimos evolucionando

² Cambiano, G., “Hacerse hombre”, en Vernant, J. (Ed.), *El hombre griego*, trad. Bádenas de la Peña, P., Bravo García, A. y Ochoa Anadón, J., Alianza, Madrid, 2000, p. 104.

³ Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

jurídicamente desde la exposición hasta el abandono, y desde allí, hasta el actual desamparo.

El estudio sociolegal hecho en esta tesis pretende demostrar que la normativa poco a poco se fue adaptando a la percepción social del menor, constatando que los cambios sociales son los principales generadores de las reformas legales. A tal efecto, realizamos un análisis tanto de la legislación adjetiva y sustantiva específicamente relacionada con la exposición, el abandono y el desamparo, como de algunas normas que directa o indirectamente incidieron en la condición del colectivo infantil objeto de examen.

Está claro que el estudio de la protección a la infancia puede ser abordado desde diversas disciplinas, tales como la sociología, historiografía, el trabajo social, las ciencias sociales, la educación, entre otras. No obstante, por considerarlo relevante, nuestra investigación profundizó en el campo del derecho civil, particularmente el derecho de familia y, por supuesto, la filosofía del derecho.

Así las cosas, al más puro estilo histórico-sistemático hicimos una revisión cronológica Ley a Ley, interpretando el contenido de los artículos, los antecedentes de las normas, el contexto social que rodeó su expedición y demás elementos de juicio necesarios para entender su sentido. Todo esto desde un punto de vista crítico, poniendo sobre la mesa las virtudes y falencias de la normativa, y detallando la manera en la que afectaba y afecta la vida de los menores. A lo anterior se añadieron las propuestas personales de solución a los inconvenientes encontrados.

Gracias a ello, esta obra puede ser una referencia para todo aquel que quiera iniciarse y conocer como ha sido la evolución de la protección al menor en la España contemporánea; al igual que para quienes, a pesar de ser expertos en la temática, deseen tener una visión panorámica, transversal y organizada acerca de la situación de los menores desprotegidos.

METODOLOGÍA

Respecto a la metodología utilizada vemos que la investigación se realizó desde dos perspectivas: la legal y la social, mezclando los elementos de una y otra, así como

respondiendo a las preguntas acerca del ¿por qué? y ¿para qué? de cada una de las normas analizadas. Aunado a lo anterior, la tesis fue elaborada partiendo de un enfoque filosófico-jurídico.

Dicho lo cual, las técnicas de investigación consistieron en la consulta de fuentes de información bibliográficas y documentales, incluyendo la lectura de Proyectos de Ley, sentencias de nuestros Tribunales, Audiencias Provinciales y del TEDH, libros en formato papel y electrónicos, artículos científicos y periodísticos, entre otros.

ESTRUCTURA

La tesis se divide en tres partes, compuesta cada una por diversos capítulos. La primera parte trata acerca de la situación socio jurídica de los menores expósitos y abandonados en España, durante la primera mitad del siglo XX.

El capítulo uno, de corte más introductorio, ahonda en el estudio del contexto social en el que se encontraban los niños/as desprotegidos a finales del siglo XIX e inicios del XX, haciendo énfasis en la nueva importancia conferida a la niñez en la órbita internacional. Además, explica la influencia que la medicina social y el modelo de “buena madre” implantado por los pensadores ilustrados tuvieron en la mejora de las condiciones de vida de la infancia desasistida. Igualmente, describe cuales eran las principales causas de la exposición, el estado de las inclusas y demás establecimientos de beneficencia, así como el malestar social producido por los actos de los “niños/as golfos”.

En el segundo capítulo comienza el análisis jurídico propiamente dicho, empezando con el examen de las dos Leyes Generales de la Beneficencia de 1822 y 1849, así como del Reglamento general para la ejecución de la última de dichas normas, expedido el 14 de mayo de 1852. Allí se indica el modo en el que se configuró el sistema de auxilio a la niñez desvalida, regulando el funcionamiento de las casas de maternidad y las de socorro. La importancia de tales Leyes vino dada porque fueron el primer intento legislativo por organizar la atención a los pobres como un servicio supervisado por el Estado, en el que participaban organismos administrativos e instituciones asistenciales públicas y privadas.

También se hace una exploración transversal de algunas normas relativas al niño/a trabajador y a la limitación de la patria potestad, demostrando la relación estrecha que había entre la industrialización, el pauperismo, la explotación infantil y el abandono de menores.

El tercer capítulo comprende la evaluación de aproximadamente ocho Leyes mediante las que se estructuró y fortaleció en España la obra de protección de menores, rótulo con el que se designaba al conjunto de instituciones y personas que participaban en la atención a la niñez desprotegida. A su turno, aunque algunas de esas Leyes no se refirieron explícitamente a la exposición y al abandono, a lo largo del capítulo relataremos la forma en la que incidieron en la percepción social y el apoyo jurídico que se brindó a tales niños/as.

Entre las aludidas disposiciones cabe destacar la Ley de 12 de agosto de 1904, a través de la que se creó el Consejo Superior de Protección a la Infancia, más tarde denominado Consejo Superior de Protección de Menores, como el primer organismo administrativo español (adscrito al entonces Ministerio de la Gobernación) encargado de garantizar la protección de la salud física y moral de los niños/as menores de 10 años. Igualmente, resalta la Ley de 25 de noviembre de 1918 y las normas posteriores que la reformaron, con la que se pusieron en marcha los Tribunales Tutelares para niños, principales antecedentes de los actuales Juzgados de Menores.

Por otro lado, respetando el orden cronológico, la segunda parte de la tesis engloba la revisión de la normativa española relacionada con el tema investigado en la segunda mitad del siglo XX. Concretamente, dedicamos bastante tiempo a examinar las normas que reformaron el Código Civil (en adelante, CC) en materia de adopción, comoquiera que la exposición o el estado de abandono eran una condición que debían reunir los niños/as susceptibles de aquélla.

En ese sentido, en el capítulo uno nos referimos a la Ley de 24 de abril de 1958, analizando los requisitos que se exigían para constituir la adopción plena y la menos plena, sus efectos y diferencias; asimismo nos detenemos en extraer una definición doctrinal del estado de abandono o exposición de los menores al que se hacía alusión en el entonces artículo 178.2 CC; para terminar haciendo un pequeño resumen acerca de

algunas instituciones de protección a la infancia desasistida (colocación familiar y prohijamiento) utilizadas en esa época.

El capítulo segundo, considerado por nosotros de gran importancia, evalúa el contenido de la Ley 7/1970, de 4 de julio, *de modificación del Código Civil en materia adoptiva*. La aludida norma introdujo al CC una definición formal del estado de abandono, por lo que nos centramos en comprender sus clases, las posturas jurisprudenciales sobre el mismo y los aspectos procedimentales para su declaración. Paralelamente, seguimos ocupándonos de la adopción y del modo en el que paulatinamente se flexibilizaban las exigencias para constituirla.

El capítulo tres alude al análisis de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), fundamentalmente a su artículo 39 y a la manera en la que se articuló la protección específica de la infancia desamparada tras su promulgación. Seguidamente, el capítulo cuatro profundiza en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, concerniente a la filiación, patria potestad y el régimen económico del matrimonio; y el capítulo quinto involucra el estudio de Ley 13/1983, de 11 de noviembre, a través de la que se reformó el CC en lo tocante a la tutela.

Precisamente, los capítulos tres a cinco no son más que el precedente para el examen de Ley 21/1987, de 11 de noviembre, realizado en el capítulo sexto. A saber, los cambios legales acaecidos en la concepción del menor después de expedida la CE, así como las transformaciones en torno a la igualdad de los hijos/as y la tutela de los mismos, se vieron reflejados en la Ley 21/1987, con la que se modificó en profundidad la institución adoptiva, se retiró del ordenamiento el estado de abandono y se incorporó al CC la institución del desamparo.

Así las cosas, el capítulo sexto ahonda en la revisión de la citada Ley, sus antecedentes socio-jurídicos y las principales variaciones hechas a la adopción. También explicamos las características, efectos, modo de constitución y funciones de las figuras del acogimiento familiar y la guarda legal (voluntaria y judicial) de las Entidades Públicas.

Ahora bien, el lector notará que “pasamos por alto” en este apartado la valoración de la institución del desamparo a pesar de que, temporalmente, su génesis se halla en ese cuerpo legal. La razón de ser de ello obedeció a un ejercicio de sistemática jurídica, es decir, al mantenerse vigente hasta nuestros días la definición de la situación de desamparo instaurada en esta Ley, consideramos pertinente abordar su estudio en la parte de la investigación relativa al estado de cosas actual.

Aclarado lo anterior, la tercera y última parte de la tesis, mucho más extensa que las demás, se centra única y exclusivamente en la institución del desamparo. Con tal fin, el capítulo uno, a manera de resumen esquemático, analiza las modificaciones hechas al texto del artículo 172 CC desde 1987 hasta nuestros días; lo que se complementa con el cuadro comparativo que aparece en el anexo 1 de la tesis.

De vital importancia resulta la referencia hecha a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, por ser ésta el actual marco jurídico de protección de los menores en España. Siguiendo con la metodología de la investigación, luego de ocuparnos de los antecedentes socio-jurídicos de la misma, exponemos las variaciones introducidas en la configuración de la situación de desamparo.

Igualmente, aludimos a la Ley 26/2015, de 28 de julio; y a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Haciendo especial hincapié en los deberes de los menores, la regulación del desamparo y el principio del interés superior del menor; en cuanto este último principio incluimos las recientes modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*.

En el segundo capítulo nos adentramos en la figura del desamparo propiamente dicha. Desde el punto de vista sustantivo, hablamos acerca de las partes intervinientes en ésta; su carácter de concepto jurídico indeterminado con todos los inconvenientes que de ahí se derivan; los elementos necesarios para su existencia y sus causas.

Desde el enfoque procedimental, nos referimos a cómo se desarrolla la actuación administrativa en los supuestos de desprotección infantil; describimos las fases del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas dictadas en materia de

protección de menores (trámite que sintetizamos en el anexo 2 de la tesis); y aludimos al conflicto que se desarrolla entre el principio de prioridad de la familia natural y el interés superior del menor tras la declaración de desamparo. Finalmente, concluimos este capítulo con un estudio pormenorizado de la situación de riesgo⁴.

En el capítulo tres nos detenemos en uno de los efectos de la declaración de desamparo, esto es, la tutela automática de la Entidad Pública. Brevemente relatamos sus principales antecedentes; cuál, desde nuestra óptica, es su naturaleza jurídica; sus características fundamentales y causas de cesación. Terminamos este capítulo refiriéndonos a la derogada tutela automática de los incapaces e incluimos anotaciones sucintas en torno a la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, que reformó todo el sistema de incapacitación otrora vigente en el CC.

A su vez, en el capítulo cuatro hacemos un giro filosófico-jurídico en la investigación, para aducir las razones por las que creemos que el principio de vulnerabilidad humana debería formar parte de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. Con tal propósito evaluamos textos legales internacionales expedidos en los campos de la bioética y el bioderecho, trasmutando sus disposiciones al campo del derecho de familia y, particularmente, a la situación de desamparo.

Por último, la tesis finaliza enumerando un conjunto de conclusiones generales en las que, a modo de resumen, condensamos los aspectos más relevantes de la normativa examinada; al igual que consignamos unas breves notas críticas al sistema de protección de menores español.

⁴ En este aspecto incorporamos las modificaciones recientes hechas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

**PARTE I: EVOLUCIÓN SOCIOLEGAL DEL
ABANDONO Y DESAMPARO DE MENORES EN
ESPAÑA DURANTE LA PRIMERA MITAD DEL
SIGLO XX**

CAPÍTULO 1. CONTEXTO SOCIAL DEL MENOR ABANDONADO EN LA ESPAÑA DE FINALES DEL SIGLO XIX E INICIOS DEL XX

1.1 La revalorización internacional de la vida del niño/a a inicios del siglo XX

Durante el siglo XIX e inicios del XX, la mortalidad infantil generada por los elevados índices de exposiciones fue un problema con el que tuvieron que lidiar casi todas las comunidades. Por esa causa, se crearon hospicios, incluso e instituciones similares⁵, orientadas a brindar atención a los niños/as sin hogar y, ocasionalmente, a las mujeres que carecían de los recursos necesarios para alimentar y dar protección a sus hijos/as.

Sin embargo, la implantación de dichos establecimientos fue una medida insuficiente para hacer frente a los problemas estructurales que amenazaban a los niños/as. El abandono se producía, entre otros motivos, porque los responsables legales de los menores se aprovechaban de la condición natural de incapacidad de aquéllos y utilizaban la patria potestad como un mecanismo para decidir omnímodamente sobre su vida, sin que primaran los intereses de los niños/as en la toma de decisiones.

Ahora bien, en las primeras décadas del siglo XX tuvo lugar dentro de la comunidad internacional un proceso paulatino de revalorización de la vida del niño/a, en el cual las circunstancias que amenazaban su adecuado desarrollo dejaron de ser asuntos aislados, reducidos al dominio particular de cada país, para convertirse poco a poco en temáticas que compelián a los gobiernos de forma global.

De lo anterior dan cuenta una serie de congresos académico-científicos celebrados en esa época, en los que se trataron dos enfoques fundamentales relacionados con la niñez, así: “un planteamiento jurídico más preocupado por cuestiones relativas a las responsabilidades de los Estados o de las familias con respecto a los niños abandonados, la delincuencia o la tutela..., y un planteamiento médico-higienista [enfocado en] la

⁵ Financiadas con fondos privados o públicos (las de naturaleza pública solían ser administradas por organizaciones religiosas).

primera infancia y el cuidado de las enfermedades más comunes, además de la apertura al campo de la puericultura y a la introducción de la leche esterilizada”⁶.

Así pues, en 1910 iniciaba en Europa el debate sobre la necesidad de incluir vitaminas en la alimentación infantil y se generalizaban las políticas de protección a la infancia. Mientras que “...en América Latina, en Buenos Aires se celebró en 1916, el Primer Congreso Panamericano de la Infancia y en los años siguientes los esfuerzos se orientaron a introducir definitivamente en la agenda política la cuestión del bienestar de la infancia y la salud de niños y mujeres”⁷.

Una consecuencia directa de las citadas conferencias académicas, fue la formación y consolidación en numerosos países de Europa y América⁸ de asociaciones internacionales preocupadas por estudiar algunos aspectos referidos a la niñez, tales como: el humanitarismo, la mortalidad infantil, los niños/as “anormales”, la caridad maternal, puericultura, eugenesia, pediatría, estudios penitenciarios y rehabilitación del delincuente, tutelas, adopciones, orfandad, etc.⁹

De esta forma, aunque durante la primera década del siglo XX no había un único organismo de carácter mundial que asumiera la defensa de la infancia, sí existían un conjunto de entidades particulares que sumadas erigían una red internacional de protección del niño/a.

De hecho, fue en una de las citadas instituciones, *La Unión Internacional de Socorro a la Infancia* (Save The Children International Union), en la cual surgió la Declaración de Ginebra de 1924, considerada por muchos como la primera carta internacional de protección de los derechos de la niñez.

⁶ Balsera Dávila, P. y Naya Garmendia, L., “La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional”, *Encounters on Education*, Núm. 7, fall, 2006, p. 74, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁷ Márquez Valderrama, J. y Gallo Vélez, O., “Eufemismos para el hambre: saber médico, mortalidad infantil y desnutrición en Colombia, 1888-1949”, *Historia y Sociedad*, Universidad Nacional de Colombia, Núm. 32, 2017, p. 31, disponible en: <http://mr.crossref.org/iPage?doi=10.15446%2Fhys.n32.55508>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁸ Principalmente Estados Unidos, Francia, Italia, Suiza, Alemania, España, Bélgica, Brasil, Argentina, entre otros. Balsera Dávila, P. y Naya Garmendia, L., “La Evolución de los Derechos de la Infancia...”, óp. cit., p. 76.

⁹ Para 1911, existían aproximadamente 350 sociedades de protección a la infancia en EEUU. *Ídem*.

1.2 Perspectiva general de la niñez abandonada en España

El abandono de menores fue un hecho tan generalizado en España, que las inclusas, hospicios, casas cunas y demás instituciones de beneficencia carecían de los recursos materiales y humanos para suplir la gran demanda de niños/as necesitados de asistencia. Todo ello, causaba índices exorbitantes de mortalidad infantil.

Basándonos en un estudio realizado por Valverde Lamsfus, podemos comprobar que durante los quinquenios de 1840-1844, 1850-1854, 1860-1864, 1870-1874, 1880-1884 y 1890-1894, el 51,8% de los niños/as que ingresaron a la Inclusa de Pamplona murió antes de cumplir los 7 años¹⁰.

De igual modo, a mediados del siglo XIX, la Inclusa de Madrid¹¹ pasaba por una escasez de medios económicos que impedía la contratación de nodrizas cualificadas; de forma que, las pocas mujeres que prestaban sus servicios en la Institución debían criar normalmente a 3 niños/as en etapa lactante¹², siendo sumamente difícil garantizar la supervivencia de los bebés.

Ya para 1898, la prensa madrileña denunciaba que la Inclusa adeudaba a las nodrizas externas de provincias 27 mensualidades, lo que provocaba una sobrecarga laboral para aquéllas y la subsiguiente malnutrición/muerte de los niños/as que estaban bajo su cuidado¹³.

A su turno, la literatura ha sido amplia al contarnos casos, ciertos por lo general, relativos a las barbaridades que soportaban los niños/as que eran enviados a la lactancia mercenaria; sin embargo, pocos son los registros que hay respecto a los abusos, las malas

¹⁰ Valverde Lamsfus, L., *Entre el deshonor y la miseria: infancia abandonada en Guipúzcoa y Navarra, siglos XVIII y XIX*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1994, pp. 209-210.

¹¹ “El origen de la Inclusa ha sido referido por los cronistas e historiadores contemporáneos de forma imprecisa..., aunque todos coinciden en atribuir [su] fundación...a la Cofradía de Nuestra Señora de la Soledad y de las Angustias, que en la segunda mitad del siglo XVI tenía su sede en el convento de la Victoria, situado en las cercanías de la Puerta del Sol”. Vidal Galache, B. y Vidal Galache, F., *Bordes y Bastardos: Una historia de la Inclusa de Madrid*, Compañía Literaria, Madrid, 1995, p. 41.

¹² *Ibidem*, p. 104.

¹³ Revuelta Eugercios, B., *Los usos de la inclusa de Madrid: mortalidad y retorno a principios del siglo XX (1890-1935)*, tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011, pp. 201-202, disponible en: <http://sociales.cchs.csic.es/jperez/PDFs/2011Revuelta.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

condiciones laborales, la explotación y el elevado número de niños/as que se le asignaban a cada nodriza.

Como prueba de lo dicho, tenemos la “mala fama” que poseían algunas de las mujeres que se dedicaban a este trabajo, lo que las hacía destinatarias del menosprecio poblacional. La industria del nodrizaje ocasionaba una especie de desazón social que afectaba colateralmente a los niños/as expósitos.

La mayoría de las mujeres que accedían a prestar sus servicios en una entidad de socorro a la niñez eran pobres, prostitutas, viudas, madres solteras o “desgraciadas”¹⁴ que no contaban con las herramientas para acceder a otro empleo. Debido a esas condiciones particulares, a muchas de ellas se les exigía que mejoraran su imagen social como requisito para desempeñarse como amas de cría.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el Reglamento de 1895 implantado por las Hermanas de la Caridad en la Casa de Expósitos de Vizcaya, en el cual se señalaban los deberes morales y religiosos, así como las pautas de comportamiento que tenían que cumplir las nodrizas internas, con la finalidad de sacarlas de su estado pecaminoso y encauzarlas ante los ojos de la comunidad¹⁵.

Tales afirmaciones nos ayudan a comprender que la vida del menor expósito no sólo era complicada por la separación familiar o las pocas probabilidades de supervivencia, sino también porque a nivel moral aquél y sus amas de cría pertenecían al escalón más bajo de la pirámide social. En otras palabras, la sociedad condenaba en grado similar el pecado de los padres de los infantes y las faltas de sus nodrizas¹⁶.

Siguiendo con el análisis de la vida de los expósitos, veremos que los inconvenientes financieros y de recursos humanos por los que atravesaban los

¹⁴ Ese calificativo se atribuía a las mujeres que habían sido rechazadas por sus esposos o familiares, desempleadas, víctimas de violaciones, solas o que se hallaran en circunstancias similares.

¹⁵ Valverde Lamsfus, L., *Entre el deshonor y la miseria...*, óp. cit., pp. 161-163.

¹⁶ Como opinión personal destacamos que esta maternidad laboral ejecutada correctamente implicaba una labor exigente; si el niño/a lloraba en medio de la noche la nodriza debía estar atenta, si estaba contagiado de alguna enfermedad era su deber amamantarlo sin importar el riesgo de infección, entre otras situaciones. Creemos por ello, que la mayoría de los escritores se ha encargado de recopilar información acerca del grupo mayoritario de nodrizas que ejercían irresponsablemente la profesión, invisibilizando el arduo trabajo del resto de amas de cría.

establecimientos de beneficencia no eran el único reto a superar, aparecían a su lado un conjunto de factores que ocasionaban el deceso de los niños/as ingresados, así: el hacinamiento, la propagación de enfermedades¹⁷, la mala alimentación, el descuido de los recién nacidos cuando eran trasladados de una vivienda a otra, etc.¹⁸

Además, se idearon varias modalidades para deshacerse de los niños/as. Éstos podían ser colocados en el torno de las inclusas por los familiares; expuestos en sitios selectos para que alguien los recogiera o muriesen; entregados a una tercera persona para que ella realizara el depósito en la inclusa o en puntos específicos (parroquias, casas de personas ricas, ayuntamientos, etc.)¹⁹.

Por su parte, en el último cuarto del siglo XIX e inicios del XX, la costumbre de dejar a los niños/as en los hospitales y casas de maternidad anexas a las inclusas creció considerablemente. En los citados lugares, se podía disimular el embarazo de las madres solteras “...so color de proporcionarles un refugio; igualmente, se trataba de proteger la vida de los niños, evitando posibles infanticidios, y se disponía...de nodrizas para los niños del establecimiento, pues en la mayoría de ellos se obligaba a estas mujeres que allí daban a luz a permanecer algún tiempo después del alumbramiento amamantando a sus propios niños y a los ajenos”²⁰.

Los hijos/as procedentes de familias de escasos recursos seguían siendo los que llenaban los cupos disponibles en las inclusas; no obstante, las pocas plazas libres que quedaban muchas veces eran cubiertas por pequeños/as de familias ricas con el fin de ocultar su ilegitimidad.

¹⁷ Debido a los pocos avances médicos, no existía un mecanismo eficaz para combatir las patologías infecto-contagiosas.

¹⁸ En lo que atañe a la condición de los establecimientos de beneficencia, Concepción Arenal, relata: “En los hospicios o asilos la comida es mala, la limpieza poca, el trato duro, la instrucción literaria casi nula, la industrial imperfectísima: y consecuencia de todo esto, y de que los empleados no suelen tener la menor idea de su misión, o no quieren cumplirla, la atmósfera material, moral e intelectual que rodea al asilado es propia para debilitar su cuerpo y pervertir su alma. Repetimos que puede haber y hay excepciones; pero ésta es la regla”. Arenal, C., *El pauperismo* [en línea], Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 1999, capítulo XIX, disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-pauperismo--0/html/fe159a-82b1-11df-acc7-002185ce6064_8.html#I_0, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹⁹ Valverde Lamsfus, L., *Entre el deshonor y la miseria...*, óp. cit., pp. 95-97.

²⁰ *Ibidem*, p. 98.

Por ejemplo, al analizar las ropas y notas que traían los bebés ingresados a la Inclusa de Pamplona, se dedujo que “...la gran mayoría de los niños...eran muy pobres; [pero]...también se abandonaban niños de medios acomodados para preservar el honor de las madres...en una proporción muchísimo menor”²¹.

Cabe precisar que el anexas una simple nota al niño/a cuando era depositado en la inclusa, era el reflejo de un ligero interés por su vida despertado en los padres o familiares; el más mínimo deseo de distinguir al menor, en caso de que sobreviviera, configuraba un avance en relación con las costumbres imperantes en siglos anteriores. Este esfuerzo minúsculo por lograr la reintegración familiar, serviría de base para las corrientes filosóficas y médico-higienistas de protección a la niñez consolidadas en el siglo XX.

A la par, y aunque no contamos con mucha información al respecto, en instituciones como la precitada Inclusa de Pamplona se advierte la estadía de varios hijos/as legítimos. Si bien, el abandono era un fenómeno que afectaba principalmente a los “bastardos”, lo cierto es que la miseria obligaba a padres, madres solteras, viudos/as y demás, a colocar a sus niños/as en el establecimiento con la ilusión de ofrecerles cierta expectativa de vida, contemplando la posibilidad de recogerlos en el futuro²².

Otro dato a resaltar es el relativo al matrimonio de los expósitos/as que eran criados por la caridad. A efectos legales, las inclusas ejercían como tutoras y curadoras de los jóvenes, gozando del derecho a aceptar o no los planes matrimoniales de éstos²³.

Así pues, las jóvenes eran quienes contaban con más probabilidades de contraer matrimonio, debido a que su dote en algunos eventos era asumida por las casas de expósitos encargadas de su crianza. En la Incusa de Pamplona, para acceder al pago de tal estipendio, además de tener pactada la boda, se debía contar con la aprobación de la Junta de Beneficencia y anexas un informe favorable del párroco del pueblo²⁴.

²¹ *Ibidem*, p. 93.

²² *Ibidem*, p. 65.

²³ El texto original del CC de 1889 (artículo 46, inciso final) indicaba: “A los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los educados en ellas”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁴ Valverde Lamsfus, L., *Entre el deshonor y la miseria...*, óp. cit., p. 274.

Para estas adolescentes el matrimonio podía significar una salida a su estado de rechazo social; pero, eran pocos los hombres interesados en desposar a una expósita. Las uniones solían llevarse a cabo con los hijos de las familias que las habían prohiado o, en ciertos casos, con hombres tan pobres para los que la pequeña cantidad que la incluso adjudicaba como dote era un ingreso económico apropiado para paliar su situación.

Aquí es relevante destacar la desventaja en la que se encontraban los jóvenes expósitos, muchos “...nunca tuvieron posibilidad de casarse porque para hacerlo era preciso contar con un mínimo patrimonio para montar un nuevo hogar, por humilde que fuera, y ellos no podían aspirar a reunirlo ni contaban con apoyos familiares que les hubieran ayudado a hacerlo”²⁵.

En conclusión, eran pocos los casos en los que los niños/as expósitos lograban superar la situación de pobreza o dependencia de la caridad en que habían nacido. Comoquiera que sus posibilidades laborales eran limitadas (jornaleros, soldados, oficios sacerdotales, sirvientes, nodrizas, etc.), todos/as no podían acceder a la educación y sus deseos de construir una familia se veían condicionadas por diversos factores, entre ellos, la escasez de medios económicos.

1.3 *Modelo de buena madre*

Como hemos explicado en el apartado anterior, la exorbitante mortalidad infantil producía desequilibrios no sólo en el ámbito del control poblacional²⁶, sino que también se convertía en el estándar negativo que marcaba la relación madre e hijo/a.

Es decir, en una sociedad en que la muerte y la vida de un bebé eran casi paralelas, los niños/as no desarrollaban un sentimiento de *apego seguro*²⁷ con sus madres u otros

²⁵ *Ibidem*, p. 281.

²⁶ Las tasas de mortalidad eran mayores que las de natalidad y los niños/as tenían una baja esperanza de vida, lo que ocasionaba problemas al intentar mantener un crecimiento constante de la población.

²⁷ “El apego es el vínculo afectivo que busca la proximidad o el contacto, entre esa díada formada por el niño y su madre, aunque la figura materna puede estar reemplazada por otra persona – madre adoptiva, abuela u otras personas – con quien/es el niño establece esa relación afectiva fundamental para su desarrollo cognitivo-emocional en sus primeros años...; a partir de esa relación, el niño aprende sobre sí y sobre su mundo, estableciendo modelos mentales de relación que influyen de manera importante en su personalidad y posterior comportamiento social”. Chamorro Noceda, L., “El apego. Su importancia para el pediatra”, *Pediatría (Asunción)*, Órgano Oficial de la Sociedad Paraguaya de Pediatría, Vol. 39, Núm. 3, diciembre,

familiares, ya que lo habitual de la muerte incitaba al desprendimiento y desvalorización de la vida del menor.

Ese hecho, de manera indirecta, legitimó el abandono de menores. Era imposible que la sociedad juzgara como incorrecta la actitud de una mujer al dejar a su hijo/a, si la misma colectividad era consciente de que en cualquier momento el pequeño/a podía fallecer. De este modo, a nivel moral la exposición era reprochada pero desde el punto de vista práctico contaba con cierta justificación.

Por su parte, otra circunstancia que avaló el abandono fue el rótulo de “hijos del vicio” que se les dio a los niños expósitos/as; para algunos sectores religiosos y eruditos, dichos infantes eran propensos a la criminalidad debido al origen impuro y vicioso de su nacimiento, producto de la condición de pecado en que se hallaban sus progenitores al concebirlos.

En España, por ejemplo, se les calificó “...como fruto de la ‘irracional indolencia de sus padres’, de la ‘incuria lastimosa de su insensibilidad’, que los hacía más cercanos a las bestias, de modo que de su ‘desarrollo natural’ sólo podía obtenerse ‘un adulto libre, un joven insolente, y un varón hecho fiera’, mientras que en el caso de las niñas...‘criándose a su albedrío, se ensayan desde su adolescencia para la prostitución’. Aquellos niños fueron vistos como un peligro potencial en la medida que eran el ‘realce’ de la maldad de sus progenitores”²⁸.

La anterior percepción pecaminosa de los niños/as, de forma colateral, también sirvió para legitimar el funcionamiento de las instituciones de beneficencia, en la medida en que la comunidad encontró en las inclusas el mecanismo para redimir a los expósitos del rechazo social, ofreciéndoles una posibilidad, por mínima que fuese, de convertirse en ciudadanos útiles para el Estado al aprender algún arte u oficio²⁹.

2012, pp. 200-201, consultable en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4221475>, última revisión 1 de octubre de 2021.

²⁸ Sánchez Villa, M. del C., “‘Los hijos del vicio’. El problema del niño expósito y la modernización de la Inclusa en España durante el cambio de los siglos XIX y XX”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Núm. 38, 2016, p. 331, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/viewFile/54302/49650>, consultado el 1 de octubre de 2021.

²⁹ *Ibidem*, p. 330.

Recapitulando, veremos que hasta ese momento existían dos premisas bajo las cuales, ideológicamente, era justificado el abandono, esto es: la concepción de que las madres podían desprenderse de sus hijos/as ante la ausencia de un apego seguro y la consideración de “hijos del vicio” de los niños/as.

Ahora bien, a finales del siglo XIX e inicios del XX, en el seno del movimiento ilustrado burgués se dio una ruptura con los anteriores postulados, al redirigir la atención de los círculos intelectuales hacía el tema de la buena y la mala madre. De este modo: “La madre adquiere un papel y un lugar privilegiados junto al hijo. Al mismo tiempo que se valora cada vez más la educación, se asigna a la madre la responsabilidad de llevarla a cabo, convirtiéndola en el centro del hogar burgués y del cerrado modelo familiar que se divulga y extiende durante el siglo XIX. La relación madre e hijo se mitifica y un modelo de buena madre se impone a todas las mujeres, también a las ilegítimas. Una buena madre cuya bondad se mide en entrega y sacrificio”³⁰.

Así pues, el rol que debía desempeñar la madre en la educación de los niños/as adquirió mayor relevancia en el ámbito social, lo cual “...ayudó a rehabilitar la imagen de las mujeres solteras, [a la vez que]...los estudios estadísticos permitieron desmitificar la ‘naturaleza inmoral’ de [los expósitos]...constatando que [su] procedencia...no tenía tanto que ver con ‘el vicio’ como con la miseria”³¹.

Este modelo de buena madre dedicada al hogar, que encontraba su máxima satisfacción en el cuidado de sus hijos/as, carente de favoritismos y orgullosa de la lactancia materna, tuvo su máximo auge entre las mujeres de la burguesía media. Aquéllas, se apropiaron de los esquemas de instrucción establecidos por algunos intelectuales ilustrados, tales como Jean Jackes Rosseau, con su tratado titulado *De la educación o El Emilio*.

Por su parte, al estudiar la influencia que este cambio de mentalidad provocó en el fenómeno del abandono, se advierte que la clase social a la que pertenecían las mujeres, fue el factor que determinó si las mismas exponían o no a sus pequeños/as.

³⁰ Valverde Lamsfus, L., *Entre el deshonor y la miseria...*, óp. cit., p. 56.

³¹ Revuelta Eugercios, B., *Los usos de la inclusa de Madrid...*, óp. cit., p. 119.

Así las cosas, para las madres de la clase aristocrática la crianza del menor significó *delegación*, en ese sentido, lo importante era colocar al niño/a en manos de una nodriza interna, compartiendo con éste sólo el tiempo necesario para aparecer ante la sociedad como una buena madre. Para esta mujer, prevaleció más el gozar de los placeres propios de la vida ostentosa que entregarse abnegadamente al cuidado de los hijos/as. Salvo que el infante fuese ilegítimo, era muy raro que los pequeños fuesen expuestos; sin embargo, en la mayoría de los casos, sufrían un desamparo afectivo por parte de sus progenitores.

Situación opuesta ocurría con las madres burguesas, para quienes la atención a los niños/as representaba *educación*. Fueron estas mujeres las que asimilaron el modelo de “buena madre” promocionado por los filósofos ilustrados y los médicos sociales, se dedicaron a amantar directamente a los bebés, consagrándose a su educación en cuerpo y alma, siendo las señoras del hogar y encontrando su razón de ser en el cumplimiento de las labores maternas.

No necesitaron abandonar a sus hijos/as en instituciones de beneficencia, puesto que poseían los recursos económicos para su manutención; tampoco requerían contratar una nodriza, por cuanto podían invertir su tiempo en educarlos. En fin, decidieron hacerse cargo directamente de los pequeños/as y generaron una identidad propia a partir de allí.

Haciendo un paréntesis, tendremos que esta postura de la mujer burguesa de inicios del siglo XX ha sido considerada por muchas corrientes feministas como un retroceso en los movimientos de emancipación respecto al patriarcado³², visto que se encerraba a la mujer en la esfera del hogar y se permitía que el hombre siguiera regentando lo público. No obstante, para la situación específica por la que atravesaba la infancia en la mencionada época, esta renuncia materna implicó un arma de lucha contra el abandono, prueba de ello es el descenso de las tasas de mortalidad que se registraron a comienzos de siglo.

Si bien el precio pagado por las madres ideales burguesas fue elevado, en cuanto representó una limitación a su participación y presencia ciudadana dentro de la

³² Para mayor información véase: Badinter, E., *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1991, pp. 201 a 247.

comunidad, su entrega se vio recompensada en la vida de los niños/as que no murieron confinados a un hospicio o desatendidos por una nodriza. Igualmente, sentó las bases para los movimientos educativos actuales, que sitúan al hogar como el lugar donde ambos padres ejercen el papel de maestros/as de los infantes, siendo la escuela un apoyo secundario en el proceso de aprendizaje.

Continuando con el análisis, situamos a las madres de la clase obrera para quienes la crianza de los niños/as denotó *trabajo*. Tales mujeres no recurrían al abandono de forma inmediata dado que contaban con la opción de enseñarle su profesión a los niños/as, ganando así mano de obra y ayuda financiera gratuita.

Con todo, sus hijos/as vivían en constante riesgo de ser expuestos, es decir, a efectos prácticos se hallaban en la cuerda floja. La condición económica de sus padres era tan inestable que una pérdida de empleo, la carencia de trabajo a jornal, el cierre de una fábrica o ser el último de una larga cadena de hijos/as, podía conducir a que se tomara la decisión de llevar a un infante a una inclusa, hospicio, etc.

Adicionalmente, al pasar de los ocho años (cuando solía terminar la primera infancia) algunos niños/as obreros entraban a engrosar directamente las filas de la mendicidad o delincuencia, comoquiera que ante una crisis económica familiar o industrial, la edad se convertía en un impedimento para que los recibieran en una institución de beneficencia.

Finalmente, ubicamos a las madres de la clase pobre, para quienes la crianza de los niños/as era sinónimo de *abandono*, eran éstas la que mayor uso hacían del citado recurso, habida cuenta que su condición de miseria las obligaba a dejar a los bebés incluso desde su nacimiento.

Las que no corrían con la suerte de ser recibidas en alguna de las casas de maternidad abiertas a principios del siglo XX, no tenían más opción que exponer a sus hijos/as en la calle o en los lugares tradicionales asignados para ese fin (puertas de las iglesias, casas de personas adineradas, ayuntamientos y demás semejantes). Igualmente, podían enviar a sus pequeños/as con algún familiar o amigo para que los depositasen en las puertas de las inclusas, donde sus posibilidades de supervivencia eran mínimas.

Muchas de ellas, como hemos relatado previamente, decidían abandonar a sus propios hijos/as para acceder a empleos de nodrizas y asegurar de esta forma, por lo menos, su propia supervivencia.

Concluyendo, se observa que este modelo de buena madre proliferó principalmente entre las mujeres pertenecientes a las clases acomodadas (aristocracia o burguesía), ayudando a que los menores concebidos en el seno de tales estadios sociales no fuesen expuestos. Empero, el abandono de los infantes nacidos en familias de las clases pobres u obreras continuó en boga; si bien, el número de exposiciones se redujo en un gran porcentaje en comparación con las tasas generadas en siglos anteriores, la ausencia de un patrimonio sólido seguía contribuyendo a la subsistencia del citado recurso.

Asimismo, se precisa que la implantación del modelo de buena madre fue el inicio de un cambio progresivo dentro de las relaciones familiares. El hecho de que los niños/as de las clases adineradas recibieran instrucción dentro de su casa, daba un auge de modernidad y de ruptura con los esquemas de crianza tradicionales³³. Esa nueva irrupción del niño como integrante de la intimidad del hogar sería el pilar que a lo largo del siglo XX sostendría los movimientos de defensa de los derechos de la infancia.

1.4 La influencia de la medicina social

Con la entrada del siglo XX, “Se operó una transformación paralela...entre los sentimientos hacía los propios hijos, el descenso de la mortalidad infantil, el sentido de la familia burguesa y los lazos afectivos con los niños que se sacaban de la inclusa”³⁴. Esta variación en la percepción del menor, además de ser fruto de las reflexiones de los pensadores ilustrados, tuvo mucho que ver con el auge de la medicina social³⁵.

³³ Lo que en el siglo XXI representa la normalidad, esto es, que un menor crezca en el interior de su casa y sea educado no sólo por su madre sino también por su padre, algún otro miembro de su familia cercana y la escuela, resultaba toda una postura contra corriente a finales del siglo XIX e inicios del XX.

³⁴ Valverde Lamsfus, L., *Entre el deshonor y la miseria...*, óp. cit., p. 166.

³⁵ “...la Medicina Social se preocupa por los problemas de salud-enfermedad que aquejan a grupos humanos. Por ello se basa en la investigación epidemiológica para poder llegar a conocer cómo se distribuye el proceso salud-enfermedad en una población y cuáles son los factores que determinan dicha distribución, pero toma como punto de partida la ubicación del individuo y del grupo al que pertenece, como insertos en un particular proceso social en el que las relaciones sociales (familia, trabajo, situación socio-económica, cultura que posee, etc.) le definirán a él y a su grupo una determinada forma de enfermar y morir”. Ortega – Canto, J., “Un primer acercamiento al concepto de medicina social”, *Revista Biomédica*, Vol. 1, Núm. 1,

En ese tiempo, era bastante frecuente la mortalidad de los recién nacidos, las madres durante el parto o los niños/as en la primera infancia; de forma que, si los menores conseguían sobrevivir tenían que enfrentarse a una lista elevada de enfermedades, epidemias o la miseria³⁶. Dicha situación llamó la atención de los médicos sociales y pediatras, quienes colocaron en tela de juicio las pautas de higiene y los hábitos alimenticios familiares.

Así pues, empezó una lucha en contra de la ignorancia e indiferencia que rodeaban las actuaciones relacionadas con la niñez, aplicando estrategias como: apoyar la lactancia materna, incentivar la educación de la mujer, adoptar medidas legislativas, crear instituciones de protección e introducir paulatinamente en las facultades de medicina el estudio de la pediatría y puericultura³⁷.

En el mismo sentido, el interés por la vida de los menores formó parte de “...un discurso más amplio en el que la defensa de la salud y el bienestar de [éstos]...iba ligado a la preocupación por el deterioro nacional, la despoblación y la raza...”³⁸. Bajo la óptica de los economistas la riqueza nacional dependía de la cantidad de mano de obra disponible para trabajar, motivo por el cual, los niños/as u “obreros del mañana” debían ser protegidos de cara a su futura incorporación al mercado laboral³⁹.

Desde otro ángulo, toda esta cruzada higienista en favor de la infancia, se materializó a través de la fundación de instituciones como la Sociedad Española de Higiene o los consultorios para lactantes y Gotas de Leche.

Entre las preocupaciones de la precitada Sociedad, entidad instituida con el fin de proteger la salud pública analizando las causas de la elevada mortalidad, se encontraban

enero-marzo, 1990, p. 43, disponible en <http://www.revbiomed.uady.mx/pdf/rb90117.pdf>, última consulta 7 de marzo de 2019.

³⁶ Borderies-Guereña, J., “Niños y niñas en familia”, en Borrás Llop, J. (Dir.), *Historia de la infancia en la España contemporánea: 1834-1936*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 34.

³⁷ Ballester Añón, R. y Balaguer Perigüell, E., “La infancia como valor y como problema en las luchas sanitarias de principios de siglo en España”, *Dynamis: Acta Hispanica ad Medicinæ Scientiarumque Historiam Illustrandam*, Vol. 15, 1995, p. 183, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/39498570_La_infancia_como_valor_y_como_problema_en_las_luchas_sanitarias_de_principios_de_siglo_en_Espana, consultado el 1 de octubre de 2021.

³⁸ *Ibidem*, p. 180.

³⁹ Rodríguez Ocaña, E., “Una medicina para la infancia”, en Borrás Llop, J. (Dir.), *Historia de la infancia en la España contemporánea...*, óp. cit., p. 149.

“la higiene de las escuelas, las enfermedades infecciosas que aquejan a la infancia,...los problemas relacionados con la alimentación infantil –la lactancia en su triple vertiente, materna, artificial y mercenaria, así como el destete–. También las inclusas...y la necesidad de regular las condiciones de trabajo de las mujeres y niños”⁴⁰.

A su turno, los consultorios para lactantes y las Gotas de Leche, fueron establecimientos en los que se pretendía organizar “...una crianza reglada de los recién nacidos mediante el consejo médico continuado. Una forma de atraer a la población fue el ofrecer suministro gratuito o muy barato de leche como suplemento alimenticio en los casos necesarios, no sólo para los niños”⁴¹.

Por medio de dichas consultas se ejercía vigilancia en la alimentación del niño/a y de su crecimiento, fomentando las ventajas de la lactancia natural o de la artificial cuando las madres no podían amamantar directamente a sus bebés. Tales centros estaban compuestos, en su mayoría, por una “...sala de espera, cuarto de pesar los niños, sala de consulta y lugar para la entrega de biberones, en relación directa o no con la sala de máquinas, donde se esterilizaba y almacenaba la leche...”⁴².

Paralelo a lo relatado, el auge de las Gotas de Leche significó la paulatina caída del tradicional sistema de nodrizas, teniendo en cuenta que la crianza mercenaria fue gradualmente suplantada por la alimentación artificial, bajo la forma de biberón con leche de vaca⁴³. Los progresos de la esterilización y el natural apego materno, ahora realizado por los profesionales médicos, fueron quitándole peso a las acostumbradas amas de cría.

En resumen, el nuevo protagonismo que tomó la vida del niño/a, gracias a los movimientos de medicina social e higiene, abrió paso a la reducción del abandono infantil. Este niño/a ubicado al interior del ámbito familiar, importante para la nación a nivel económico, así como apegado a su madre revalorizada al amamantarlo, no podía ser expuesto fácilmente.

⁴⁰ Perdiguer Gil, E. y Robles, E., “La protección a la infancia y la Sociedad Española de Higiene”, en Perdiguer Gil, E. (Comp.), *Salvad al niño: Estudios sobre la protección a la infancia en la Europa mediterránea a comienzos del siglo XX*, Seminari D’Estudis sobre la ciència, Valencia, 2004, p. 104.

⁴¹ Rodríguez Ocaña, E., “Una medicina para la infancia”, en Borrás Llop, J. (Dir.), *Historia de la infancia en la España contemporánea...*, óp. cit., p. 166.

⁴² *Ídem*.

⁴³ Badinter, E., *¿Existe el instinto maternal? ...*, óp. cit., p. 194.

Sin embargo, aunque el discurso médico-económico de protección al menor impregnó el ambiente comunitario y contó con gran aceptación entre las familias burguesas y, en menor medida, aristocráticas, fue insuficiente a la hora de alcanzar al gran número de madres pobres u obreras que no accedían a los auxilios (consultorios médicos gratuitos, supervisión de la lactancia natural, entrega de leche para la artificial, etc.). La miseria de miles de familias era una realidad para la que los recursos institucionales se quedaban cortos.

1.5 *Los niños golfos*

Entre los círculos de intelectuales de principios del siglo XX, se gestó una clasificación de los menores abandonados según su necesidad o no de protección. Si los infantes se comportaban correctamente en el ámbito social eran destinatarios de asistencia y ayuda; por el contrario, si realizaban actuaciones opuestas al orden preestablecido debían ser corregidos y en algunos casos reclusos⁴⁴.

De esta forma, el abandono moral de los niños/as en las calles de las ciudades dio pie a la aparición de los “golfos”, esto es, “...grupos de niños y adolescentes sin un lugar de residencia fijo que vivían aprovechando los recursos de la ciudad, robando, mendigando, etc. y que eran vistos como un peligro social. La explotación infantil en todas sus posibles vertientes (laboral, sexual e incluso la mendicidad forzada por los padres) era frecuentemente denunciada...”⁴⁵.

En palabras más claras, el niño/a golfo era aquel infante cuyas acciones estaban al filo de la ilegalidad, no se trataba de un delincuente como tal, pero sus hechos lo ubicaban en el primer eslabón de la criminalidad. Por ejemplo, entre sus mecanismos para subsistir se hallaba el de servir de colaborador a bandidos o malhechores en la ejecución

⁴⁴ “El planteamiento sobre la pobreza del siglo XVIII siguió vigente en los sectores de la sociedad española de finales del XIX y principios del XX, y presidirá la gestación de la legislación protectora de la infancia. El menor será sometido a la política de asistencia en el caso de abandono, y a la de represión cuando por el ejercicio de la vagancia y la delincuencia se convierta en amenaza del orden social establecido. La represión también se aplicará a los adultos responsables de los menores”. Ramas Varo, M., *La protección legal de la infancia en España: Orígenes y aplicación en Madrid (1900-1914)*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, p. 153.

⁴⁵ Revuelta Eugercios, B., *Los usos de la inclusa de Madrid...*, óp. cit., p. 116.

de ilícitos. Igualmente, desempeñaba trabajos informales específicos como repartir periódicos o cargar equipajes en las estaciones de tren⁴⁶.

Algunos de ellos/as, solían dedicarse a la mendicidad, ya fuese de manera voluntaria o constreñidos por sus progenitores. En la misma línea, acostumbraban a faltar a la escuela dado que la ausencia de tutela paterna los inducía a colocar el trabajo por encima de la educación.

El aludido fenómeno, era atribuido a diversas causas sociales, tales como: el descuido afectivo y la pobreza, la orfandad, la anomia familiar (ausencia de reglas de conducta en el seno del hogar), la falta de educación y circunstancias similares⁴⁷. Con independencia del ambiente particular en el que crecía cada niño/a, podemos concluir que el abandono moral y la miseria eran la génesis del problema.

Por su parte, las soluciones que se ofrecieron a la golfería fueron de tipo asistencial, haciendo énfasis en tratar de “...establecer remedios [a la mendicidad infantil], entre los que el acogimiento en instituciones asilares recibía el mayor consenso, en un intento por sustraer a los pequeños golfos, vagabundos, mendigos y delincuentes, de una libertad prematura y peligrosa en las calles de las ciudades. Un contingente infantil que precisaba ser atendido en tales establecimientos, no sólo física sino también intelectual y moralmente”⁴⁸.

Así las cosas, a la problemática que generaba el menor carente de custodia paterna se le continuaron aplicando las soluciones tradicionales, esto es, socorrerlo en instituciones benéficas. Empero, llegados a este momento histórico, la defensa y control de la niñez comenzó a adquirir un talante legal.

Fue allí, en la preocupación por la inseguridad colectiva que ocasionaban los actos de los golfos, el malestar que provocaba la mendicidad, el deber de frenar el aumento de la criminalidad y el sobrecupo de los establecimientos asilares; en el que definitivamente

⁴⁶ Huertas, R., “El niño golfo: infancia y delincuencia”, en Perdiguero Gil, E. (Comp.), *Salvad al niño...*, óp. cit., p. 309.

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ Palacio Lis, I., “Proteger y reformar: moralización y alfabetización”, en Perdiguero Gil, E. (Comp.), *Salvad al niño...*, óp. cit., p. 233.

se materializó la necesidad de juridificar la protección a la infancia, habida cuenta del fracaso de los métodos consuetudinarios.

CAPÍTULO 2. LA SITUACIÓN LEGAL DEL MENOR ABANDONADO EN LA ESPAÑA DECIMONÓNICA

A lo largo de este siglo no se promulgaron leyes cuyo único fin fuese el de atender las necesidades específicas de la niñez abandonada. Pero, podemos encontrar algunas normas que al tratar otros aspectos indirectamente incidieron en la vida de tales niños/as. Por lo dicho, procederemos a ejecutar un pequeño análisis de las dos leyes generales que organizaron el servicio de la beneficencia en España, así como de ciertas normas relacionadas con el trabajo infantil y la patria potestad, que sirvieron para mejorar la situación de los niños/as expósitos.

2.1 De las Leyes Generales de la Beneficencia

Durante este período, la función de asistencia a los niños/as expósitos estaba en cabeza de los establecimientos de beneficencia. Con ese término, se hacía alusión a “...la institución de la caridad social dirigida á procurar bienestar, consuelo y asistencia al menesteroso, al enfermo desvalido y al anciano indigente, y amparo y tutela á la infancia abandonada; en suma, protección y ayuda á los que no pueden valerse por sí mismos [sic para toda la cita]”⁴⁹.

Así pues, como el propósito de la caridad organizada era socorrer a las personas pobres, entre las cuales se contaban los menores expósitos, había dos maneras de brindar apoyo social: la beneficencia domiciliaria y la institucional.

La primera consistía en que el personal de las instituciones asilares se desplazaba a ayudar a los necesitados en sus viviendas, llevando consigo las medicinas o alimentos que fuese menester. Y, la segunda, comprendía el acogimiento de los niños/as en el lugar

⁴⁹ Martínez Alcubilla, M., *Diccionario de la Administración Española: compilación de la novísima legislación de España en todos los ramos de la administración pública*, 6ª ed., Administración Augusto Figueroa, Madrid, 1914, p. 574.

de beneficencia que mejor atendiese a sus necesidades, educándolos y alimentándolos hasta que alcanzaran cierta edad y pudieran subsistir por sí mismos⁵⁰.

La mayor dificultad a la que se enfrentaban los menores expósitos, abandonados o huérfanos, recaía precisamente en la pluralidad de establecimientos asilares que se encontraban activos. El servicio de ayuda a los desvalidos adolecía de una legislación general y centralizada que rigiera en todo el territorio español y, en la que se pudiesen basar los ayuntamientos, para llevar a cabo algún tipo de control administrativo.

Por esta razón, en la primera mitad del siglo XIX, se publicaron dos Leyes cuyos principales propósitos eran los de organizar el funcionamiento de las instituciones asilares y crear Juntas de Beneficencia encargadas de vigilar la actividad de aquéllas, a las que haremos mención en las líneas siguientes.

2.1.1 Ley de 6 de febrero de 1822, del Establecimiento General de Beneficencia

Su promulgación obedeció a lo ordenado en el artículo 321 de la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, que entre las responsabilidades de los ayuntamientos incluyó la de “Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban”⁵¹.

En cumplimiento de lo anterior, en su título I (artículos 1 a 24) creó Juntas Municipales de Beneficencia, como entidades auxiliares de los ayuntamientos en todos los asuntos relacionados con la asistencia a los pobres y necesitados, definiendo además su composición y tareas.

Igualmente, en su artículo 17 dispuso que en los municipios de mayor población se instaurarían Juntas Parroquiales de Beneficencia, cuya misión principal sería la de cuidar de “...la colecta de limosnas,...de la hospitalidad y socorros domiciliarios, de la

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 579-580.

⁵¹ Al igual, el artículo 335 de la Constitución establecía como función de las diputaciones la de “Cuidar de que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren”. Disponible en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf, última consulta 1 de octubre de 2021.

primera enseñanza y vacunación de los niños pobres, **de recoger los expósitos y desamparados**, y de conducir á los establecimientos de Beneficencia respectivos á los que no puedan ser socorridos en sus propias casas [sic para toda la cita]” (negrita no original)⁵².

Observamos que, aunque el fin perseguido por la Ley fue el de “secularizar” la atención a los desvalidos, organizando un servicio de beneficencia pública diverso del privado eclesiástico imperante hasta el momento, ciertamente entregó competencias a las iglesias para que en determinadas poblaciones fuesen éstas las que prestasen la asistencia primaria a los menesterosos.

Asimismo, en su artículo 24 exhortó a las Juntas Municipales a practicar la beneficencia domiciliaria, entendiendo que por medio de aquélla se brindaba apoyo a las familias sin que las mismas tuviesen que dejar su residencia, evitando así su incómodo traslado a una institución asilar.

A parte de lo dicho, la Ley se enfocó en clasificar e institucionalizar los múltiples lugares de socorro existentes, indicando que en el nivel municipal se ejercería vigilancia y control sobre las casas de maternidad; las de socorro; los hospitales de enfermos, convalecientes y locos; y la hospitalidad y socorros domiciliarios⁵³. Por ser pertinente para nuestro estudio, sólo haremos referencia a las casas de maternidad y a las de socorro.

a) *Las casas de maternidad y el concepto de desamparo*

La Ley dividió estas instituciones en tres departamentos: “...uno de refugio para las mujeres embarazadas y paridas; otro para la lactancia de los niños, y otro para conservar y educar á [sic] éstos hasta la edad de seis años”⁵⁴.

En el departamento de refugio, bajo el secreto más inviolable se recibía a las mujeres que superaban el séptimo mes de embarazo, salvaguardando de ese modo el

⁵² Ley de 6 de febrero de 1822, *del Establecimiento General de la Beneficencia* (conócese también por Decreto de las Cortes de 21 de diciembre de 1821). Extraída de Martínez Alcubillas, M., *Diccionario de la Administración Española...*, óp. cit., p. 588.

⁵³ Artículo 40 de la Ley de Beneficencia de 1822.

⁵⁴ Artículo 41 de la Ley de Beneficencia de 1822.

honor de las madres y previniendo posibles infanticidios. Por otro lado, en el departamento de lactancia, se albergaban a todos los niños/as nacidos en las casas de maternidad cuyas madres habían dejado a cargo del establecimiento, así como a los expuestos o entregados en mano hasta la edad de dos años⁵⁵.

Frente a la entrega de los infantes, la Ley sostenía que no se debía molestar, detener o examinar a las personas que llevasen los niños/as a las casas de maternidad o a las Juntas Municipales de Beneficencia, comoquiera que lejos de “...perjudicar á la buena opinión de una persona el haber recogido a un niño expuesto ó abandonado...se tendrá por una obra digna de reconocimiento de la Nación [sic para toda la cita]”⁵⁶.

Llama la atención la disposición antedicha, ya que en lo que alababa la conducta de quienes conducían a los pequeños/as a las casas de maternidad, indirectamente daba una impresión de legitimidad a la acción de abandonarlos. De esta manera, ante la complejidad de legislar sobre una situación contraria a los derechos de los niños/as, indiscutiblemente generalizada, la Ley prefirió fijar parámetros para ejecutar las exposiciones en vez de prohibirlas.

Continuaba la norma señalando que el método por excelencia para criar a los infantes, era su entrega a nodrizas externas (sanas y honradas) que se encargaran de tenerlos en sus viviendas; siendo la excepción el cuidado del infante dentro de la casa de maternidad⁵⁷.

Por último, en el departamento de crianza y conservación, eran ingresados los niños/as de dos a seis años procedentes del de lactancia y los desamparados. Éstos, se hallaban sujetos a la tutela y curaduría de las Juntas Municipales de Beneficencia⁵⁸ y su cuidado se asignaba a mujeres de buen nombre contratadas por la Administración municipal.

⁵⁵ Artículo 50 de la Ley de Beneficencia de 1822.

⁵⁶ Artículo 52 de la Ley de Beneficencia de 1822.

⁵⁷ Artículo 56 de la Ley de Beneficencia de 1822.

⁵⁸ Artículos 59 a 63 de la Ley de Beneficencia de 1822.

Es importante destacar que, en este mismo título, la Ley definió por primera vez el concepto de menor desamparado, al sostener que serían “...absolutamente desamparados aquellos niños que habiendo sido abandonados por sus padres, ó [sic] quedando huérfanos de padre y madre, no hubiesen sido recogidos por algún pariente o persona extraña, con propósito de cuidar de su crianza”⁵⁹.

Para comprender la definición anterior, debemos hacer tres aclaraciones:

i) una cosa era la *exposición*, esto es, la acción de dejar un niño en la calle, en un establecimiento de beneficencia o en cualquier otro lugar escogido al azar. Tal acto, lo podían realizar los progenitores del niño/a, un familiar o una tercera persona a la que se le delegaba el traslado de aquél⁶⁰;

ii) Otra figura era el *abandono*, el cual podía recaer no sólo sobre niños/as expósitos, sino también sobre todos aquellos cuya educación, crianza y cuidado eran ejercidos, temporalmente, de una manera irresponsable por sus padres o encargados legales.

Igualmente, se englobaban en esta categoría a los que eran visitados regularmente por alguna persona en los establecimientos asilares o, los que sin ser visitados, contaban con un benefactor que cubría sus gastos de manutención, etc.

iii) De acuerdo con la Ley, cuando ese abandono se convertía en definitivo y los niños/as perdían toda posibilidad de ser atendidos o reclamados por un adulto (fuese familiar o no) se configuraba el *desamparo*. Es decir, cuando se sobreentendía que no existía nadie interesado en la vida y desarrollo del infante.

Bajo tal clarificación, vemos que el concepto de desamparo era cerrado. Se consideraban así los niños/as absolutamente abandonados y los huérfanos, sin abarcar a

⁵⁹ Artículo 58 de la Ley de Beneficencia de 1822.

⁶⁰ La exposición se solía ejecutar de forma anónima o, en algunos casos, colocando señales distintivas en el infante con la intención de recuperarlo.

los que pese a tener alguna persona encargada de su guarda, carecían de condiciones adecuadas para su desarrollo⁶¹.

Creemos que el legislador concibió así el concepto jurídico, porque el interés perseguido en ese período era disminuir la mortalidad infantil; de forma que si la supervivencia del niño/a era garantizada, los valores que se le pudiesen enseñar a través de la crianza o la satisfacción de sus necesidades afectivas pasaban a un segundo plano.

No obstante, la norma sirvió de base para el actual concepto de desamparo, que además del abandono incluye un rango amplio de circunstancias que suponen una amenaza para la integridad del menor.

Otro punto a subrayar en este título de la Ley, es que introdujo la posibilidad de que los niños/as expósitos, abandonados definitivamente o los huérfanos, fuesen prohijados por personas honradas que tuviesen recursos para mantenerlos, contando para ello con la autorización de la Junta Municipal de Beneficencia⁶².

Sin embargo, aun cuando un menor hubiese sido entregado en prohijamiento, sus padres podían reclamar su guarda, para lo cual debían indemnizar al prohijante por los gastos ocasionados en razón de la manutención y crianza del niño/a. A la Junta Municipal o Provincial respectiva le correspondía asumir el papel de mediador entre las partes⁶³.

Al hacer una lectura del artículo precitado, podemos encontrar un breve referente al actual principio de permanencia del niño/a en el medio de origen, comoquiera que el prohijamiento no tenía carácter definitivo. Pero, aterrizando en la realidad de la época, recuperar a los niños/as no era tan sencillo.

Los padres que recurrían al abandono y los familiares de los niños/as huérfanos eran generalmente pobres, por lo que si anhelaban cuidar de los pequeños/as no contaban

⁶¹ Dichos niños/as podían ser explotados laboral o sexualmente, maltratados, se dedicaban a la mendicidad, presentaban elevados índices de absentismo escolar, etc.

⁶² Artículo 65 de la Ley de Beneficencia de 1822.

⁶³ Artículo 68: “Aun cuando alguno estuviere ya prohijado, será devuelto a sus padres que le reclamaren, los cuales con la intervención de las Juntas se concertarán antes con el prohijante sobre el modo y forma en que haya de ser éste indemnizado de los gastos hechos en la crianza del prohijado”. Martínez Alcubilla, M., *Diccionario de la Administración Española...*, óp. cit., p. 589.

con los recursos para pagar la indemnización al prohijante y, como la decisión final debía contar con la anuencia de la Junta Municipal o Provincial de Beneficencia, era poco probable que los niños/as retornaran a sus hogares.

b) *De las casas de socorro*

Los artículos 71 a 85 de la Ley se encargaron de regular lo concerniente a estos establecimientos, indicando que habían sido creados para “...acoger á los huérfanos desamparados, y niños de las casas de maternidad que hayan cumplido seis años de edad, como también á los impedidos y á los demás pobres de ambos sexos que no tengan recurso alguno para proporcionarse un sustento diario [sic para toda la cita]”⁶⁴.

El *modus operandi* en tales entidades, era el de impartir a los niños/as la primera enseñanza y una vez concluida tal etapa destinarlos al aprendizaje de la profesión, arte u oficio más afín a sus habilidades. Intentando siempre, que dicha capacitación fuese impartida en cualquier pueblo de la provincia o, excepcionalmente, dentro de la casa de socorro⁶⁵.

En este aspecto, hay que dejar sentado que las ocupaciones que se procuraba enseñar a los pequeños/as eran las que representaban mayor provecho para la industria de la provincia correspondiente. Tanto así, que dentro de las casas se instalaban fábricas y talleres análogos a los negocios que resultaban fructíferos para el crecimiento económico de la población.

Poco más hay que decir sobre estos lugares, salvo que estaban enfocados en capacitar laboralmente a los infantes para prevenir que se dedicaran a la mendicidad, delincuencia, prostitución y demás circunstancias afines. Y, aunque no era una mala estrategia para luchar contra la desviación moral de los menores, el acceso al empleo de forma tan precoz los insertaba en el mundo de los adultos sin estar preparados fisiológica y mentalmente para ello.

⁶⁴ Artículo 71 de la Ley de Beneficencia de 1822.

⁶⁵ Artículo 75 de la Ley de Beneficencia de 1822.

Como reflexión final sobre la norma analizada diremos que entre sus aciertos apareció el de convertir la beneficencia en un servicio a cargo del Estado, generando un sentido de responsabilidad común hacía los necesitados. Asimismo, englobó un amplio margen de establecimientos asilares, organizándolos y dictando reglas sobre su funcionamiento en pro de ofrecer una mejor atención a la niñez desvalida.

Empero, sus críticas descansaron en el hecho de que solamente legisló a nivel municipal, lo cual produjo que la labor de las Juntas no contase con supervisión estatal y que el servicio de socorro a los pobres se centralizara exclusivamente en ese ámbito territorial.

Lamentablemente, la vigencia de la misma fue limitada. Mediante el Decreto de 3 de febrero de 1823, fue suspendida en el marco de la segunda restauración absolutista de Fernando VII; siendo restablecida por medio del Real Decreto de 8 de septiembre de 1836, para ser derogada definitivamente por la Ley de 20 de junio de 1849.

2.1.2 Ley de 20 de junio de 1849, organizando la Beneficencia: creación de una Junta General y de Juntas Provinciales y Municipales y fijando sus atribuciones

Dentro de los antecedentes legislativos de esta Ley tenemos el Real Decreto de 21 de septiembre de 1835, *sobre el modo de constituir y formar las Diputaciones provinciales*⁶⁶, que en su artículo 27.16 encargaba a tales entidades la obligación de rendir informes acerca del estado, administración, mejoras, donaciones y legados de los establecimientos provinciales de instrucción pública, caridad y beneficencia.

De igual modo, tras la aprobación de las leyes orgánicas de ayuntamientos y diputaciones (8 de enero de 1845) surgió la necesidad de reorganizar el servicio de beneficencia en consonancia con la nueva legislación. Por esa razón, en 1847 el Gobierno radicó ante las Cortes un Proyecto de Ley, que desafortunadamente fue retirado antes de llegar al debate parlamentario.

⁶⁶ Disponible en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/organica/1835.htm>, última consulta 1 de octubre de 2021.

En 1849, se volvió a presentar el Proyecto de 1847, esta vez con ciertas modificaciones, siendo sancionada la Ley aquí estudiada el 20 de junio de ese año y publicada su parte reglamentaria en 1852⁶⁷.

Ahora bien, en lo que respecta al contenido de la norma, observamos que en sus artículos 1 y 2 señaló que los establecimientos de beneficencia serían públicos y estarían clasificados en municipales, provinciales y generales.

Igualmente, indicó que la dirección de la beneficencia correspondería al Gobierno⁶⁸, el cual sería auxiliado en la ejecución de dicha tarea por una Junta General (con sede en Madrid), así como por Juntas Provinciales y Municipales localizadas en las capitales de provincia y en los pueblos, respectivamente⁶⁹.

Estas Juntas tenían la misión de proponer al gobierno los reglamentos de los establecimientos a su cargo, con base en unos principios mínimos, entre los que se encontraba el de no oponerse a las visitas del presidente de Junta General de Beneficencia, de los gobernadores, alcaldes o sus delegados cuando quisieran examinar “...el estado económico del establecimiento, la regularidad de su administración y el cumplimiento de las obligaciones á [sic] que por reglamento se halla consagrado”⁷⁰.

Así las cosas, entre los propósitos de la Ley aparecía, por un lado, el de dar a la beneficencia el carácter de servicio público a cargo del Estado, organizando para ello un sistema jerarquizado en cuya cúspide se encontraba la administración central (Ministerio de la Gobernación – Junta General de Beneficencia), y por debajo de aquella, un grupo de entidades trabajando de manera coordinada.

⁶⁷ Arias Miranda, J., *Reseña histórica de la beneficencia española: principios que convendría seguir para enlazar la caridad privada con la Beneficencia pública; hasta donde deben estender [sic] su acción en el Estado; las asociaciones caritativas y los particulares, y medios de poner en armonía esta acción respectiva, fundándola en la economía social y en el sentimiento moral y religioso*, Imprenta del colegio de sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1862, p. 68, disponible en: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/7906>, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁶⁸ Artículo 4 de la Ley General de Beneficencia de 1849, Gaceta 5398/1849, de 24 de junio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1849/5398/A00001-00002.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁹ Artículo 5 de la Ley General de Beneficencia de 1849.

⁷⁰ Artículo 11.5 de la Ley General de Beneficencia de 1849.

Por otro lado, la Norma trasladó a las provincias y al Gobierno muchas de las competencias que con la Ley de 1822 se habían atribuido privativamente a los municipios. Con ello, conseguía crear una red de beneficencia con presencia en todos los niveles de la organización territorial española, sometida a control y vigilancia estatal.

No obstante, y aunque la Ley elevó la beneficencia al rango de servicio público, fue “...respetuosa con los establecimientos privados puesto que permitió que sus patronos participaran en las juntas generales, provinciales y municipales y protegió los derechos de los fundadores, de modo que dio pie a la creación de un sistema que tolerara la coexistencia de una acción social pública y privada”⁷¹.

Eso fue así, por cuanto el Estado no contaba por sí mismo con el capital humano, físico y económico para hacer frente a las grandes demandas de socorro de la clase pobre española, razón por la que erigió la beneficencia como un servicio principalmente a su cargo, en el que a la par intervenían actores no gubernamentales (instituciones particulares, personas de buen nombre, miembros de la iglesia, etc.).

Prueba de lo anterior se halla en el artículo 12 de la Ley, que permitía a las Juntas Provinciales delegar en las de Señoras el cuidado de las casas de expósitos, maternidad, párvulos y demás instituciones semejantes. De suerte que, más que un interés por absorber todo lo relacionado con la ayuda a los necesitados, la finalidad de la Ley fue la mejora de la atención mediante la organización de las instituciones existentes y el aprovechamiento de los recursos disponibles.

2.1.3 Reglamento de 14 de mayo de 1852, general para la ejecución de la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849

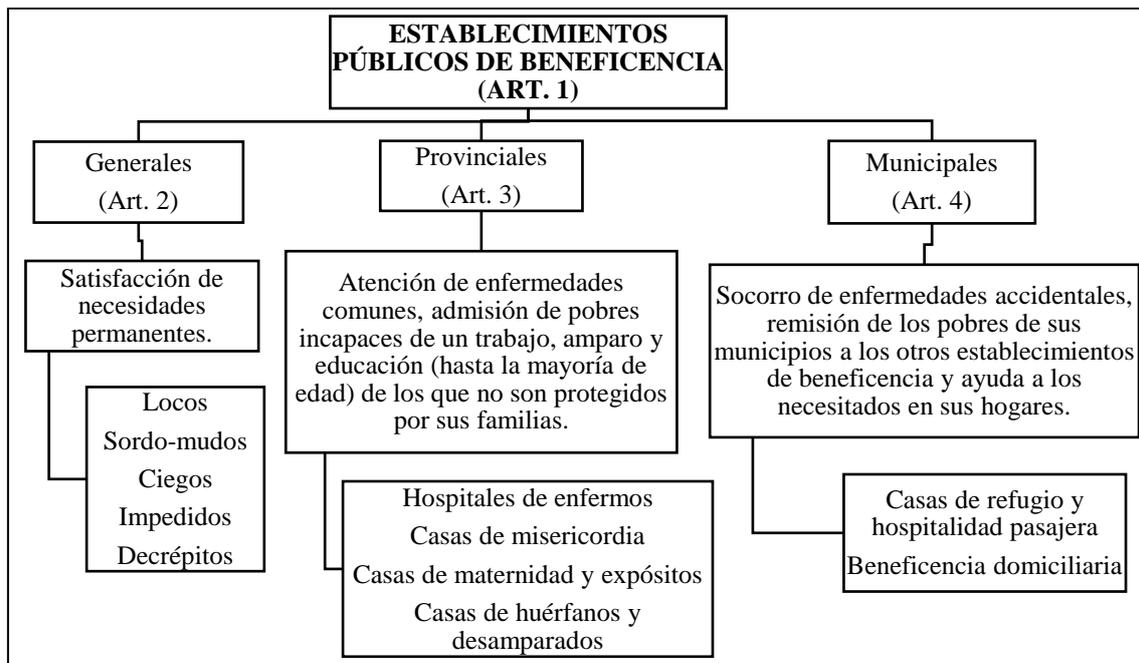
En términos generales, la Ley de 20 de junio de 1849 se encargó de organizar el servicio de beneficencia en su parte administrativa, enfocándose en la composición de las

⁷¹ Anguita Osuna, J., “Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española de mediados del siglo XIX: la ‘ley de beneficencia’ de 1849 y su reglamento de ejecución de 1852”, *Aportes. Revista de historia contemporánea*, Vol. 34, Núm. 99, 2019, p. 100, disponible en: <http://revistaaportes.com/index.php/aportes/issue/view/23>, revisado el 1 de octubre de 2021.

Juntas de Beneficencia (en todos los niveles), el presupuesto y bienes del sistema de socorro, la designación de los empleados de los establecimientos, entre otros asuntos.

Por este motivo, el Reglamento de 1852 se decantó por definir, además de los aspectos arriba descritos; las clases, objeto, situación, número y gobierno de cada una de las instituciones de auxilio a los desvalidos contenidas en la Ley de 1849.

En ese sentido, sus artículos 1 a 4 precisaron que los establecimientos de beneficencia serían públicos y particulares, enmarcándose dentro de los primeros los municipales, provinciales y generales. En el siguiente esquema, se nos presenta la organización propuesta por el Reglamento, así como las necesidades de las que se ocuparía cada institución según el nivel territorial del que formara parte:



Del anterior esquema se advierte que, si bien el sistema de socorro se hallaba ordenado funcionalmente, la relación que existía entre los establecimientos no era excluyente. De ese modo, el artículo 8 prescribía que las instituciones debían prestar sus servicios a los desvalidos, incluso si aquéllos eran de clase distinta a la que formaba "...el objeto especial de su instituto en los casos en que no hubiera en la población

establecimiento destinado á la dolencia ó necesidad que padezca el pobre [sic para toda la cita]...”⁷².

En lo atinente a los menores expósitos, abandonados, huérfanos y desamparados, las disposiciones incluidas en el Reglamento de 1852 no distaron mucho de las prescritas en la Ley de Beneficencia de 1822, con la diferencia que ahora todas las atribuciones recaerían en las Juntas Provinciales y no en las Municipales de beneficencia.

En tal virtud, las Juntas Provinciales serían las responsables de la tutela y curaduría de los niños/as criados en las instituciones asilares. Igualmente, las temáticas referidas a: i) la admisión de las mujeres en las casas de maternidad; ii) la prohibición de perturbar a quienes trasladaran a los infantes a las casas de expósitos; iii) el prohijamiento de tales niños/as y de los abandonados; y iv) la indemnización al prohijante por los gastos de manutención de un niño/a devuelto a sus padres, etc., se reprodujeron en los mismos términos que en la Ley de Beneficencia de 1822 pero, como se ha recalcado, otorgando las competencias a los entes provinciales⁷³.

Un aspecto a resaltar del Reglamento lo hallamos en su artículo 24, que introdujo la posibilidad de que los padres que reclamaran a sus hijos/as luego de su estadía en un establecimiento de beneficencia, resarcieran a la casa asilar los gastos de crianza en todo o en la parte que pudieran; dándose también la opción de que, si éstos no tenían recursos para efectuar ningún pago, se les entregaran sus hijos/as omitiendo la indemnización.

Como dijimos en apartes anteriores, las probabilidades de que un menor retornara a su medio de origen eran mínimas, motivo por el que consideramos que la previsión citada abrió un camino, así fuese mínimo, para que los pequeños volvieran a estar bajo el cuidado de sus progenitores a pesar de que no se cancelaran los gastos de sostenimiento.

A su turno, aunque la legislación de beneficencia de 1822 intentó reunir en el Estado la organización asistencial quitando protagonismo a la Iglesia, el Reglamento de

⁷² Artículo 8 del Reglamento de 1852 para la ejecución de la Ley General de Beneficencia de 1849, Gaceta 6537/1852, de 16 de mayo, consultable en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1852/6537/A00002-00004.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁷³ Véanse los artículos 16, 17, 20 y 22 a 26 del Reglamento de 1852.

1852 organizó un sistema en el que tanto lo público como lo privado desempeñaban un rol especial. De esta manera, en sus artículos 84 a 86 encomendó a las Juntas de barrio y las parroquiales de beneficencia la tarea de brindar los apoyos primarios a la población, descongestionando así a las Juntas Municipales⁷⁴.

Interpretamos que el Reglamento permitió la coexistencia de la beneficencia particular y la pública, ya que era inevitable negar el papel fundamental que la Iglesia había desempeñado históricamente en el soporte a los desvalidos y, en consecuencia, para la población pobre era más fácil acercarse al párroco del municipio que a un ente administrativo.

Con independencia de qué institución ofreciera el apoyo, lo fundamental era que la beneficencia cumpliera su cometido de mejorar las condiciones de vida de los desfavorecidos.

A guisa de conclusión, vemos que la principal crítica a estas leyes surgió de la insuficiencia de recursos para que los establecimientos cumplieran con su misión; en la realidad social española, la Ley contó con resultados tardíos y fue ejecutada de manera incompleta, comoquiera que fueron pocas las instituciones financiadas por el Estado que alcanzaron un pleno funcionamiento⁷⁵.

2.2 Del niño trabajador y la limitación de la patria potestad en la España de finales del siglo XIX

Dejando de lado el tema de la beneficencia administrativa, nos adentramos ahora en examinar la influencia que tuvo en la familia y en la concepción de los menores

⁷⁴ Artículo 86: “Las Juntas parroquiales cuidarán de la colecta de limosnas de las suscripciones voluntarias; de la hospitalidad y socorros domiciliarios, celando muy particularmente que estos sean en especie; de la primera enseñanza, aprendizaje de oficios y vacunación de los niños; **de recoger los expósitos y desamparados, y de conducir al establecimiento municipal, para que este los traslade al que corresponda, á [sic] los pobres que no puedan ser socorridos en sus casas**” (negrilla fuera del texto). Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1852/6537/A00002-00004.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁷⁵ “Pero en vano es que se hagan buenas leyes...si no se llevan á cabo, si no se conceden recursos suficientes para ello, si las Municipalidades carecen de fondos con que responder á ese gran deber que nos imponen la religión y la humanidad, la satisfacción de las necesidades de la beneficencia local, llave de la beneficencia nacional [sic para toda la cita]”, en Martínez Alcubilla, M., *Diccionario de la Administración Española...*, óp. cit., p. 582.

abandonados la constitución de una clase trabajadora fuerte en la España de finales del siglo XIX.

El proceso de industrialización tardío que vivió el país trajo como consecuencia la consolidación de una clase obrera pobre, sumergida en el pauperismo. El aludido concepto, en palabras de Concepción Arenal, hacía referencia a “...la miseria permanente y generalizada en un país culto, de modo que haya una gran masa de miserables, y otra que disfruta riquezas y goza de todos los refinamientos del lujo”⁷⁶.

Dicho pauperismo, a su vez, engendraba males colaterales como la mendicidad, la explotación laboral, la elevada competitividad de los obreros, la baja remuneración salarial, entre otros. Así, “...en los países más ricos se cuentan los mendigos por miles, sin que puedan hacerlos desaparecer los socorros de la beneficencia, los dones de la caridad, ni los rigores de las leyes penales”⁷⁷.

En lo concerniente a la niñez, la regla general era que los adultos no sólo indujeran y obligaran a pordiosear a sus propios hijos/as, sino que también usaran a los “...ajenos, alquilados o expósitos, que, infringiendo las leyes, están en poder de quien los envilece y sacrifica: en estos casos, la suerte de los niños es horrible; ya los exponen en la más tierna edad y en la mayor desnudez a la intemperie para excitar la compasión, [o] ya los castigan cruelmente cuando vuelven a casa sin la cantidad exigida, que han de llevar como *mínimum*”⁷⁸.

Y, la anterior circunstancia no era el peor de los escenarios en que podía encontrarse la infancia; a la par de lo descrito, brotaban los infantes que trabajaban en las fábricas, minas o el campo. La incorporación de aquéllos al mercado laboral, así como de las mujeres, provocaba un superávit de mano de obra disponible para cubrir las pocas vacantes e injusticias en el pago del salario.

Toda esta coyuntura social produjo que surgieran voces de protesta en contra del *statu quo*, demandando la intervención estatal a través de la creación de leyes que

⁷⁶ Arenal, C., *El pauperismo*, óp. cit., introducción (recurso electrónico).

⁷⁷ *Ibidem*, capítulo XIII (De la mendicidad).

⁷⁸ *Ibidem*, capítulo XIX (De los niños).

contribuyeran a menguar el pauperismo⁷⁹. Dentro de los principales detonantes del malestar social, se hallaba la necesidad de limitar “...la patria potestad para impedir que los padres explotaran económicamente a los hijos y...que el desequilibrio entre patronos y obreros diera lugar a abusos sistemáticos en las condiciones de trabajo...”⁸⁰.

En esa línea, procederemos a estudiar algunas leyes decimonónicas relacionadas con el trabajo infantil y la patria potestad, habida cuenta que la protección inicial del menor abandonado estuvo ligada a la del niño/a explotado laboralmente y/o abusado en el seno del hogar⁸¹.

2.2.1 Ley de 24 de julio de 1873, sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros (Ley Benot)

Esta Ley prohibió el empleo de los niños/as menores de 10 años en las fábricas, talleres, fundiciones o minas. Su iniciativa y redacción fue obra de quien para la fecha de su promulgación fuese el Ministro de Fomento de la I República Española, Eduardo Benot y Rodríguez.

Una de las razones fundamentales para expedirla fue la preocupación causada por la escasa asistencia de los niños/as a las escuelas, debido a que los progenitores o encargados legales con regularidad optaban por incorporarlos a la industria. El trabajo infantil tan pronto como podían ser productivos, era cultural, de suerte que transformar el ideario familiar resultaba complicado teniendo en cuenta las precarias condiciones de vida y la pobreza.

⁷⁹ En este aspecto, Concepción Arenal describe la situación, así: “Un hombre está abrumado de trabajo en una industria o empresa que deja grandes ganancias; esto es público, fácil de probar, y no obstante, el trabajador tiene que aceptar condiciones duras, inicuas, porque otros diez, otros ciento, otros mil, las aceptarán si él las rechaza. ¿No es en estos casos de toda necesidad y de toda justicia que la ley diga: no se trabajará más de diez o doce horas?... ¿Cuándo comen esos hombres? ¿Cuándo descansan? ¿Cuándo tienen un rato de racional distracción? Y nadie responde a la pregunta, ni apenas hay quien la haga, porque, si muchos la hicieran, habría que responder necesariamente”. *Ibidem*, capítulo II (De los que son miserables porque no pueden trabajar por falta de salud).

⁸⁰ Martínez Peñas, L., “Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot”, *Revista Aequitas: estudios sobre historia, derecho e instituciones*, Núm. 1, 2011, p. 32, disponible en: <https://revistaequitas.wordpress.com/2011/11/13/numero-1-2011/>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁸¹ “Trabajo infantil y abandono fueron las dos caras de una misma moneda: la situación en la que vivían las clases populares europeas en la primera fase de la industrialización. Las condiciones de vida y las condiciones del trabajo de estos colectivos sociales, junto con los modos populares de entender y sentir la filiación, generaron un gran contingente de expósitos, menores mendigos, vagabundos y delincuentes”. Ramas Varo, M., *La protección legal de la infancia en España...*, óp. cit., p. 131.

Además, como hemos mencionado, el ingreso de mujeres y niños/as al mercado laboral hacía mella en la retribución salarial, ya que éstos cobraban menos dinero por desempeñar sus tareas, lo que forzaba a los obreros (hombres) a bajar el precio de sus sueldos con el propósito de resultar competitivos⁸².

En ese sentido, la Ley establecía en sus artículos 2 y 3 limitaciones a la jornada laboral de los niños/as entre 10 y 17 años; así como, en su artículo 5 señalaba el deber de contar con un establecimiento de instrucción primaria en las fábricas, talleres, fundiciones y minas situadas a más de cuatro kilómetros de lugar poblado, siendo obligatorio para los niños (de 9 a 13 años) y niñas (de 9 a 14 años) asistir a esta escuela durante 3 horas al día⁸³.

Las restricciones en el tiempo de servicio, “...estaban guiadas no sólo por un deseo de humanizar las condiciones de trabajo, sino también por el deseo de que, al recortarse horas de trabajo, fuera factible escolarizar adecuadamente a los menores e instruir a los adultos”⁸⁴. Pese a esto, la atención brindada a la instrucción infantil no respondía solamente a motivaciones altruistas, del mismo modo, se hacía eco de los intereses de empresarios y productores que estimaban beneficioso poseer empleados intelectualmente capaces de controlar maquinaria más compleja.

A guisa de resumen, la citada norma se ocupaba de “...tres grandes cuestiones a lo largo de su breve articulado: la protección a la infancia -en especial, a través de la fijación de límites a la extensión de las jornadas laborales que podían ser desempeñadas por niños, así como de la exclusión del mundo laboral de los menores de diez años-; la

⁸² *Ibidem*, p. 30.

⁸³ “Artículo 1º: Los niños y las niñas menores de diez años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición o mina.

Artículo 2º: No excederá de cinco horas cada día, en cualquier estación del año, el trabajo de los niños menores de trece, ni el de las niñas menores de catorce.

(...)

Artículo 5º: Los establecimientos de que habla el artículo 1º, situados a más de cuatro kilómetros de lugar poblado y en los cuales se hallen trabajando permanentemente más de ochenta obreros y obreras mayores de diecisiete años, tendrán obligación de sostener un establecimiento de instrucción primaria, cuyos gastos serán indemnizados por el Estado. En él pueden ingresar los trabajadores adultos y sus hijos menores de nueve años.

Es obligatoria la asistencia a esta escuela durante tres horas por lo menos para todos los niños comprendidos entre los nueve y los trece años y para todas las niñas de nueve a catorce”. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1873/209/A01193-01193.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁸⁴ Martínez Peñas, L., “Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot”, *óp. cit.*, p. 35.

educación de los menores –a través de la existencia de escuelas en las fábricas y de la obligatoriedad de que los niños recibieran educación durante al menos tres horas diarias- ; y la creación de los jurados mixtos”⁸⁵.

Ahora bien, entre los aciertos de la legislación bajo análisis tenemos que: i) sirvió para hacer un llamado de atención a una comunidad indiferente respecto a las condiciones precarias de los empleos industriales; ii) sentó las bases para la intervención del Estado en la relación patrono-obrero que, hasta el momento, era eminentemente privada; y iii) fue el eslabón inicial en la cadena de leyes concernientes al derecho laboral, que en un futuro harían mención a ésta dentro de su articulado⁸⁶.

Pero, aunque fue la primera norma encargada de legislar exclusivamente sobre la infancia trabajadora en España, lo cierto es que su incumplimiento fue su peor enemigo. En la realidad social su contenido no fue más que letra muerta, o bien porque no se le dio la divulgación necesaria, o porque sus exigencias eran demasiado idealistas considerando la condición real de muchas de las empresas y familias⁸⁷.

Así las cosas, si bien las demandas de la Ley Benot fueron ignoradas en igual medida por las personas, compañías e instituciones gubernamentales; es importante destacar que su tendencia a romper esquemas consuetudinarios e ir contra corriente en medio de una sociedad acostumbrada a la desigualdad laboral y al trabajo infantil, la convierten en un elemento básico en la reivindicación de los derechos de la infancia explotada.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁶ Santos Sacristán, M., *Los inicios de la protección a la infancia en España (1873-1918)*, IX Congreso Internacional de la Asociación Española de Historia Económica, Murcia, 9-12 de septiembre de 2008, p. 6, disponible en: <http://www.aehe.es/ix-congreso-internacional-2008/>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁸⁷ Concepción Arenal nos da una perspectiva amplia acerca de la situación planteada, como sigue: “Honra fue esta ley, sino por su perfección, por su tendencia, de los que la promulgaron, y vergüenza del país en que se ha pisado y pisa de la manera más escandalosa e inhumana. Decimos el país, porque no es un partido u otro, una época azarosa o atribulada, sino que todos los poderes y autoridades de todas las parcialidades políticas y en todas circunstancias han coincidido en prescindir por completo de la ley que dejamos copiada: ni aun por fórmula se menciona entre las que hay que cumplimentar, o hacer como que se cumplen; tan cierto es que las buenas leyes son letra muerta donde no vive el sentimiento y la idea clara de la justicia”. Arenal, C., *El pauperismo*, óp. cit., capítulo XIX (De los niños).

2.2.2 Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligrosos de los niños

Esta Ley establecía en su artículo 1, penas de prisión y multa para las personas que utilizaran a niños/as menores de 16 años en cualquier actividad peligrosa de equilibrio, fuerza o dislocación. Así como, para quienes, ocupándose en las profesiones de acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros o directores de circo, emplearan a los menores en sus espectáculos.

Igualmente, se castigaba a los progenitores que incluyeran a sus hijos/as menores de 12 años en las representaciones propias de los trabajos del circo antes mencionados. Y, a aquellos padres, tutores, maestros o encargados que los entregaran a personas para que practicasen la mendicidad o la vagancia⁸⁸.

Teniendo claro su contenido, vemos que esta Norma se asimiló a la Ley Benot en cuanto fijó una prohibición de trabajo infantil para los niños/as de ciertas edades. No obstante, de manera casi imperceptible, apareció en su contenido una disposición en contra de la mendicidad y la vagancia infantiles.

Tal peculiaridad hizo que se tratara "...más que de una ley de trabajo propiamente dicha, de una...sobre los abusos de la patria potestad y de la posición patronal en la explotación del trabajo de los menores"⁸⁹. En ese momento, la autoridad paternal era sometida a pocos controles, razón por la que en numerosas ocasiones los padres comercializaban con sus hijos/as en las calles o con sujetos dedicados a pordiosear.

⁸⁸ "Artículo 1º: Incurrirán en las penas de prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 123 á 1.250 pesetas, señaladas en el art. 501 del Código penal:

(...)

Cuarto: Los ascendientes, tutores, maestros ó encargados por cualquier título de la guarda de un menor de diez y seis años que le entreguen gratuitamente á individuos que ejerzan las profesiones expresadas en el número segundo, ó se consagren habitualmente á la vagancia ó mendicidad. Si la entrega se verificase mediando precio, recompensa ó promesa, la pena señalada se impondrá siempre en su grado máximo.

En uno y otro caso la condena llevará consigo para los tutores ó curadores la destitución de la tutela ó curaduría, pudiendo los padres ser privados temporal ó perpétuamente, á juicio del Tribunal sentenciador, de los derechos de patria potestad [sic para toda la cita]". Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1878/209/A00250-00250.pdf> , última consulta 1 de octubre de 2021.

⁸⁹ Martín Valverde, A., *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. LIII.

Con todo, el número de casos reportados acerca de su cumplimiento fue escaso⁹⁰, a pesar del esfuerzo hecho por las autoridades para que se acataran sus prescripciones. De ello da cuenta la Circular de 22 de febrero de 1893, remitida al Ministerio Fiscal por parte de la Fiscalía del Tribunal Supremo, cuyo texto indicaba:

“En circos y plazas...o arrastrando miserable vida errante, de pueblo en villa y de mercado en feria, muéstrase [sic], sin reparo de algunas Autoridades la arriesgada habilidad de esos niños adiestrados por látigo cruel o por subyugadora dieta.

(...)

No es tampoco...raro, a pesar de expresas sanciones de la misma ley, que padres encanallados...entreguen [los niños/as] a vagos y mendigos habituales...para convertirlos, sin temor al delito..., en instrumentos materiales de ganancia, empujados a las crudezas de la vía pública a balbucear, entre fingidas lágrimas, miserias y desdichas ajenas, acaso no más que para ellos mismos ciertas.

Ni lo uno ni lo otro es tolerable: la ley lo prohíbe. Ni lo uno ni lo otro debe existir un momento sin castigo de los explotadores de la infancia, de los padres desnaturalizados, de los guardadores infieles: la ley lo manda”⁹¹.

Para concluir, observamos que la principal dificultad a la que se enfrentó la Norma analizada fue la referida a su aplicación real. Documentos como la mentada Circular evidencian el naciente interés gubernamental por la vida de los niños/as, pero, lastimosamente, también permiten comprobar que el ideario socio-cultural de la época distaba de la finalidad perseguida por la legislación.

2.2.3 *Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil*

El espíritu de esta codificación civil, fue el de ratificar “...el sistema patriarcal al otorgar al padre la suprema autoridad a la que debían someterse tanto la madre como los hijos”⁹². Efectivamente, en el artículo 154 de la citada norma, se definía la patria potestad en los siguientes términos:

“El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

⁹⁰ “Todos los testimonios y documentos históricos de la época coinciden en afirmar que la efectividad de estas leyes iniciales de protección de mujeres y menores fue bastante escasa: La Ley Benot no pasó...del papel del periódico oficial...[y] la Ley de 1878 no dejó huellas jurisprudenciales visibles...”. *Ibidem*, p. LIV.

⁹¹ Gaceta 54/1893, de 23 de febrero, texto completo de la Circular consultable en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1893/054/A00672-00672.pdf>, última visita 1 de octubre de 2021.

⁹² Santos Sacristán, M., *Los inicios de la protección a la infancia en España...*, óp. cit., p. 10.

Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior”⁹³ (negrita no original).

Al leer el artículo anterior, se colige que el Código siguió el modelo familiar al estilo del *paterfamilias* romano, en el cual la autoridad paterna era superior y la materna ocupaba un lugar subsidiario. Prueba de ello, la localizamos en el encabezado de los artículos 155 y 156, entre otros, que se redactaron bajo la fórmula “El padre, y en su defecto la madre...”.

Por ejemplo, el aludido artículo 155 facultaba al padre para castigar moderadamente a los hijos/as⁹⁴, pese a que la costumbre de la época era la de corregirlos severamente, incluso extralimitándose en la impartición de la disciplina familiar.

Del mismo modo, en el artículo 156 se permitía al padre solicitar el apoyo de las autoridades gubernativas para hacer respetar su autoridad familiar y, en algunos casos, pedir al Juez la reclusión del menor por máximo un mes en establecimiento correccional⁹⁵; todo ello, sin que el funcionario judicial o las autoridades tuviesen que realizar una investigación acerca de los hechos por los cuales se reprendía al hijo/a.

Tales artículos, ampliaban el poder paterno “...de un modo plausible...satisfaciendo la necesidad de castigar aquellas faltas cuya gravedad sólo puede apreciar el padre”⁹⁶.

⁹³ Gaceta 206/1889, de 25 de julio, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁹⁴ “**El padre, y en su defecto la madre**, tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2.º **La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente**”. (negrita fuera del texto).

⁹⁵ “**El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa, que deberá serles prestado**, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo, podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice” (resaltado no original).

⁹⁶ España, *Texto y comentarios al Código Civil Español. Con exposición de motivos, precedentes en nuestra legislación, comparación crítica con los principales códigos de Europa y América, aplicación al derecho internacional, procedimientos que deben emplearse, acciones que proceden, notas críticas y explicativas, etc.*, José Góngora y Álvarez (impresor), Madrid, 1889, p. 328.

Podemos concluir, *a priori*, que en lo referente a la protección de la integridad del menor el interés de los juristas se centró en sacar al niño/a del pauperismo producto de la explotación en las fábricas, minas, industria del espectáculo, etc., olvidándose de ejercer control en el seno del hogar, donde generalmente se encontraba igualmente desprotegido/a.

Aun así y, por más que sostenemos que el Código era de corte patriarcal, se hallan ciertos artículos en los que se entrevé la influencia de los reformadores sociales. Por ejemplo, el artículo 135 preveía la opción de que se investigara la paternidad, en los eventos en que: i) existiera escrito indubitado del progenitor con el cual se dedujera esa condición; ii) en los casos de posesión continua del estado de hijo/a natural; y iii) cuando se demostrara la comisión de los delitos de violación, estupro o rapto, a través de sentencia firme.

El precepto mencionado era bastante restrictivo al limitar a tres los casos en los que cabía la posibilidad de reclamar la paternidad, pero, en palabras de Julián Juderías, se convertía en un recurso que contribuía a evitar el abandono en la medida en que la primera fase del mismo la constituía “...el incumplimiento por parte del padre de los deberes que como tal le corresponden, y cuanto se haga por obligarle á [sic] este cumplimiento redundará en beneficio de la sociedad en general”⁹⁷.

A su vez, en lo relacionado con la pérdida de la patria potestad, el Código incluía dos casos en los cuales se extinguía el derecho. El primero contemplado en el artículo 169, se daba cuando por sentencia firme en causa criminal o en pleito de divorcio se le impusiera al padre y en su caso, a la madre, tal sanción.

Y el segundo, contenido en el artículo 171, habilitaba a los Tribunales para que le retiraran al padre o a la madre el derecho sobre los menores, si los trataban con “...dureza excesiva o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores...”⁹⁸.

⁹⁷ Continuaba diciendo el tratadista: “La clase odiosa y profundamente antipática de conquistadores de profesión sufrirá con ello el castigo que merece, y no habrá quien seduzca y abandone, si hay quien castigue y quien haga pagar cara la falta cometida...”. Juderías, J., *La infancia abandonada: leyes e instituciones protectoras*, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1912, p. 50.

⁹⁸ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

Varias conjeturas se pueden extraer de las disposiciones citadas. Por una parte, observamos que el interés de los codificadores al evitar que las personas con influencia sobre los menores los pervirtieran o indujeran a la comisión de conductas delictivas e inmorales, atendía a la necesidad de erradicar el malestar social que producía la presencia de niños/as callejeros o golfos en las ciudades.

En palabras más sencillas, la limitación al poder paterno, lejos de intentar salvaguardar la vida del menor, fue el resultado del deseo por proteger la convivencia social que se veía amenazada por la degeneración moral de la infancia.

Si de una ponderación de derechos en los términos de Robert Alexy se hubiese tratado, los derechos que entraban en colisión eran el *ejercicio libre de la patria potestad versus la convivencia pacífica*, siendo necesario limitar la autoridad de los progenitores no para asegurar los derechos de los niños/as, sino para garantizar un orden social estable.

Así las cosas, en el epicentro de la discusión legal irónicamente no se encontraban los derechos a la integridad personal y física de los menores, el acceso a la educación o el derecho de crecer en un medio familiar idóneo; por el contrario, la finalidad de la norma era asegurar el orden social, siendo los niños/as sólo la partícula intermedia en la balanza jurídica.

Por otro lado, consideramos que si el código pretendía proteger al niño/a de la dureza excesiva, erró al incluir dentro de su articulado un apoyo judicial y gubernativo a los progenitores para la imposición de *castigos*. Legislar de esa manera dentro de un contexto social en el cual la dureza y la moderación eran términos relativos, dio pie para que rara vez los jueces aplicaran las normas de privación de la patria potestad.

Ahora bien, en lo que respecta específicamente a la situación de los menores abandonados, esto es, a los que residían en alguna casa de expósitos, hospicio, incluso o cualquier otro establecimiento de beneficencia; advertimos que únicamente los artículos 46 y 212 del Código hicieron mención expresa a aquéllos/as, en los siguientes términos:

“Artículo 46: (...) A los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los educados en ellas.
(...)”

Artículo 212: Los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores, estará a cargo del Ministerio Fiscal⁹⁹.

Creemos que las escasas referencias del CC a tales niños/as, son atribuibles a la presencia en el ordenamiento legal español de las dos Leyes Generales de Beneficencia de 6 de febrero de 1822 y de 20 de junio de 1849, que se referían a ellos en un modo más directo.

Frente al particular, sólo podemos mencionar que la permisividad del Código en lo relacionado con el poder paternal se hacía extensible a las acciones que ejercían los jefes de las casas de expósitos quienes, a efectos legales, regentaban la autoridad sobre los menores.

Como reflexión final, aduciremos que el corte proteccionista paternal del Código propiciaba que los progenitores o tutores de los menores los abandonaran y/o desampararan con cierta regularidad. Indirectamente, se contribuía al uso del recurso del abandono ante la poca penalización que se imponía a aquéllos que acostumbraban a utilizarlo.

CAPÍTULO 3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA INFANCIA ABANDONADA Y EXPÓSITA EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

Como hemos reiterado líneas arriba, los reformadores sociales no concibieron la patria potestad como una institución exclusiva del ámbito familiar privado, más bien, reclamaron la intervención estatal en los casos en que los padres omitían criar adecuadamente a sus hijos/as¹⁰⁰.

En la realidad, dicha injerencia estatal afectó en mayor medida a las familias pobres u obreras, dado que teóricamente las burguesas habían adoptado los modelos de conducta de los movimientos ilustrados y no eran reacias al control gubernamental¹⁰¹.

⁹⁹ *Ibidem* (recurso electrónico).

¹⁰⁰ Santos Sacristán, M., *Los inicios de la protección a la infancia en España...*, óp. cit., p. 11.

¹⁰¹ Badinter, E., *¿Existe el instinto maternal? ...*, óp. cit., p. 246.

Precisado lo anterior, procederemos a hacer un análisis jurídico-crítico de la legislación referida al menor abandonado y expósito en la primera mitad del siglo XX, aclarando que no se tratará de una normativa homogénea. Antes bien, se examinarán disposiciones concernientes a la lactancia mercenaria, patria potestad, abandono de los menores, prohibición de la mendicidad y vagancia, beneficencia pública, adopción y demás aspectos que directa o tangencialmente se refirieron al grupo de niños/as objeto de estudio.

3.1 Ley de 13 de marzo de 1900, fijando las condiciones del trabajo de las mujeres y los niños (Ley Dato)

El Proyecto de esta Ley fue obra del entonces Ministro de la Gobernación Eduardo Dato e Iradier. En el texto remitido al senado en la legislatura 1889 – 1900, aquél ponía de manifiesto la necesidad de regular la jornada laboral de las mujeres y niños/as cuando, por escasez de recursos, se veían obligados a trabajar en establecimientos industriales y mercantiles.

El Ministro argumentaba que los problemas a los que se pretendía dar solución con el Proyecto de Ley eran los relacionados con: “La prohibición del trabajo á [sic] los menores de 10 años; la duración de las tareas de los que, pasando de esta edad, no hayan alcanzado aún la plenitud del desarrollo físico; la proscripción de los trabajos peligrosos é [sic] insalubres para la mujer y el niño; la higiene de los talleres; la separación de sexos en las fábricas y lugares de trabajo, y las garantías de la instrucción infantil...”¹⁰².

Con base en tal documento, nació a la vida jurídica la Ley de 13 de marzo de 1900, *fijando las condiciones del trabajo de las mujeres y los niños*¹⁰³, señalando en su articulado varias prohibiciones absolutas. Por ejemplo, para los niños/as menores de 10 años en trabajos de cualquier clase (artículo 1º); para los de ambos sexos menores de 14 años en trabajos nocturnos (artículo 4º); para los menores de 16 años en empleos

¹⁰² *Diario de Sesiones. Senado*, 2 de diciembre de 189., descargable en: http://www.senado.es/cgi-bin/verdocweb?tipo_bd=IDSH&Legislatura=1899-1900&Pagina=&Bis=NO&Apendice1=&Boletin1=&Apendice2=8&Boletin2=80, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹⁰³ Gaceta 73/1900, de 14 de marzo, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1900/073/A00875-00876.pdf>, revisado el 1 de octubre de 2021.

subterráneos, en los que se usaran materias inflamables, en industrias peligrosas o insalubres y en la limpieza de motores mientras la maquinaria estuviese funcionando (artículo 5°), entre otras.

Igualmente, en su artículo 6° impedía a los niños menores de 16 años y a las niñas menores de edad, trabajar en talleres que se dedicaran a producir escritos, anuncios, pinturas y demás semejantes, que sin ser ilegales pudiesen dañar o herir su moralidad.

Sin embargo, la anterior proscripción no era definitiva, en cuanto quedaba sometida a “...las disposiciones de la Autoridad gubernativa, quien, para su dispensa, apreciará la relación entre los inconvenientes físicos y morales del trabajo y las condiciones del niño”¹⁰⁴.

Asimismo, en su artículo 8° imponía a los patronos la obligación de conceder dos horas diarias para la instrucción de los niños/as obreros, siempre que hubiese escuela en un radio de 2km partiendo del lugar donde se encontraba la fábrica. En caso contrario, las empresas que tuviesen contratados a más de 20 niños/as, tenían que contar con institución de enseñanza en sus instalaciones.

Con base en lo dicho, es dable hacer un par de reflexiones sobre la Ley; en primer lugar, avaló el trabajo infantil a partir de los diez años solamente cuando la causa del ingreso al mundo laboral era la pobreza. De lo que se desprende que aunque el Estado no era indiferente a la necesidad de apoyo económico que tenían los grupos vulnerables (mujeres y niños/as) carecía de los recursos para suplir su escasez.

Ante tal hecho, la norma se promulgaba únicamente como un mecanismo paliativo para los males de los niños/as trabajadores, al frenar la explotación y los abusos cometidos por los patronos, pero no atacaba el problema de la miseria en su raíz estructural.

También, con la prohibición del trabajo nocturno y de los empleos que desviaban la moralidad de los niños/as, se perseguía protegerlos de los ejemplos corruptores que

¹⁰⁴ Artículo 7° de la Ley Dato. *Ibidem* (recurso electrónico).

conducían hacia la golfería o mendicidad dado que, como hemos dicho, estas situaciones producían un tremendo malestar social.

Por su parte, la exigencia de destinar sólo dos horas diarias para la instrucción primaria de los pequeños/as permite entrever que la educación no era una prioridad para la sociedad de la época. Los niños/as que prestasen sus servicios en una fábrica donde no se sobrepasara de 20 trabajadores en su condición y, en la que tampoco hubiese alguna escuela en un radio de 2km, quedaban en el limbo jurídico y no eran escolarizados.

Está claro que no podemos considerar inapropiado legislar de esa manera en un contexto social en el cual el trabajo infantil se hallaba normalizado, empero, lo que sí es viable afirmar, es que con normas de este estilo el derecho a la educación iba abriéndose espacio en medio de un mundo en pleno proceso de industrialización.

Finalmente, creemos que el principal acierto de la Ley se halló en la no diferenciación entre los sexos que hizo en muchos de sus artículos, asumiendo que la protección al niño/a trabajador era general. De ese modo, sirvió para disminuir la concepción de la niña como parte del sexo débil, ubicada por esa razón en un espacio de menor relevancia social e importancia jurídica.

3.2 Ley de 23 de julio de 1903, sobre mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años

3.2.1 Las distintas posturas político-sociales frente a la mendicidad infantil

Muchos de los niños/as abandonados que no conseguían desempeñar algún empleo encontraban en la mendicidad una salida a su situación de precariedad económica¹⁰⁵. Ahora, por haber tratado el tema en acápite precedentes no analizaremos las causas y consecuencias de la mendicidad (industrialización, golfería, malestar social,

¹⁰⁵ “El abandono fue uno de los problemas que más preocupó a los legisladores. A finales del siglo XIX y principios del XX la mayoría de los países europeos, así como EEUU y Canadá, elaboraron leyes sobre el abandono infantil y los malos tratos. Como lo normal era que los niños abandonados sobrevivieran mediante la mendicidad, muchas de estas leyes se encuadraron en la legislación sobre mendigos”, Ramas Varo, M., *La protección legal de la infancia en España...*, óp. cit., pp. 136-137.

explotación, maltratos etc.); al respecto, sólo indicaremos que la Ley de 1903 surgió para intentar mitigar los efectos que aquélla producía.

La iniciativa de expedir dicha norma comenzó en 1899, cuando D. Eduardo Dato e Iradier (ministro de la Gobernación) pidió a la Comisión de Reformas Sociales (en adelante, CRS) que hiciera un dictamen sobre un Proyecto de Ley referido a la mendicidad infantil.

Tal informe, fue emitido por D. Vicente Santamaría Paredes (miembro de la CRS) quien observó “...graves deficiencias en el proyecto y reenvió al ministro una ley que sería la que posteriormente se aprobaría”¹⁰⁶.

El documento remitido por la CRS diferenciaba entre niños/as desamparados y abandonados. Así, se incluía dentro de los primeros a los que carecían de padres o familiares que ejercieran su guarda y, en los segundos, se clasificaba a los pequeños/as que pese a estar bajo la tutela de un adulto, se hallaban descuidados, desatendidos o mendigando.

Conforme a la mentada categorización, “...se reconocía la obligación del Estado de poner bajo su tutela a los desamparados, fijar la responsabilidad penal de los padres, y restringir el ejercicio de la patria potestad en el caso de los abandonados”¹⁰⁷.

El 16 de junio de 1903, D. Antonio Maura (nuevo ministro de la Gobernación) radicó en las Cortes el proyecto definitivo sobre esta norma tomando como base el de Eduardo Dato y la CRS¹⁰⁸. Tras la discusión parlamentaria, fue expedida la Ley de 23 de julio de 1903, *sobre mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años*¹⁰⁹.

Relatado lo anterior, es del caso detenernos en algunos aspectos de la discusión parlamentaria acaecida previa la aprobación de la Ley, con miras a comprender el

¹⁰⁶ Santos Sacristán, M., “Una aproximación a la ley de mendicidad de 1903”, *Revista de la inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, Núm. 16, 2012, pp. 243-244, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/313562>, fecha de consulta 1 de octubre de 2021.

¹⁰⁷ Ramas Varo, M., *La protección legal de la infancia en España...*, óp. cit., p. 155.

¹⁰⁸ Santos Sacristán, M., “Una aproximación a la ley de mendicidad de 1903”, óp. cit., p. 247.

¹⁰⁹ Gaceta 214/1903, de 2 de agosto, véase: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1903/214/A01747-01747.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

contexto social en el que vivían los niños/as desamparados y abandonados dedicados a la mendicidad, al igual que las posturas políticas y sociales adoptadas frente a la problemática.

Al momento de realizar la votación acerca del Proyecto de Ley, se presentaron dos corrientes firmes y contrapuestas. Los diputados de un corte más conservador se hallaban en su contra; consideraban que en vez de prohibir la mendicidad se debía buscar el castigo de los estafadores que haciéndose pasar por necesitados privaban de auxilios a los verdaderos menesterosos.

Igualmente, apreciaban inútil la propuesta de imponer multas a los guardadores que indujeran a los niños/as a mendigar, bajo el argumento de que si una familia se veía obligada a ello era porque carecía de los recursos necesarios para sobrevivir; así las cosas, quedaba claro que endosarles una sanción pecuniaria no era la solución.

En similar sentido, se oponían a la suspensión de la patria potestad y el consecuente ingreso del niño/a en un establecimiento de beneficencia, habida cuenta del mal estado y el desbordamiento en que se encontraban los aludidos lugares.

Por último, concluían que los problemas suscitados a partir de la cuestión social habrían de ser resueltos apelando a la caridad cristiana, de acuerdo con la costumbre predominante en la época¹¹⁰.

En contraste, los diputados a favor de la Ley aducían que era deber del Estado proteger a los niños/as de todas las formas de explotación, incluida la mendicidad; alegaban que así como se habían expedido leyes laborales que preservaban a los menores de los abusos en las fábricas, se tenía que buscar mecanismos para garantizar su buen desarrollo en el seno del hogar.

¹¹⁰ *Diario de las Sesiones de las Cortes. Senado*, 16 de junio de 1903, Núm. 25, pp. 341-345, disponible en: http://www.senado.es/cgi-bin/verdocweb?tipo_bd=IDSH&Legislatura=1903-1904&Pagina=335&Bis=NO&Apendice1=&Boletin1=25&Apendice2=&Boletin2=, última consulta 1 de octubre de 2021.

Asimismo, había que intervenir para que los infantes no adquirieran hábitos de vagancia que, en un futuro, los llevaran a engrosar las filas de la delincuencia. En ese punto, hacían mención no sólo a la responsabilidad del Estado para con los menores sino también para con el mantenimiento del bienestar y la buena convivencia social.

En resumen, concluían que el objetivo de la Ley no era otro que el de perseguir a los padres, encargados o a las personas extrañas que sometían a los niños/as a la mendicidad; argumentando que aunque existían leyes que protegían la patria potestad, de igual modo había que limitar tal derecho cuando los padres incumplían con sus deberes y usaban la vida de los menores para obtener lucro¹¹¹.

De la discusión parlamentaria es dable inferir que la sociedad estaba dividida en dos grupos notoriamente demarcados. El sector que se encontraba a favor de la mendicidad la percibía como un derecho adquirido por los pobres y una manera de practicar la caridad cristiana. En cambio, el sector que propugnaba por su prohibición estimaba que ésta no era más que una forma de explotar y degenerar a la niñez.

Finalmente, la corriente político-social que sancionaba la mendicidad fue la que contó con mayor número de votos en las Cortes, expidiéndose la Ley en ese sentido.

3.2.2 *Del contenido y aplicación de la Ley sobre mendicidad de 1903*

La norma constaba de 8 artículos, enfocados en su mayoría en aplicar sanciones pecuniarias y penales a los padres o guardadores que se dedicaran a utilizar niños/as menores de dieciséis años para el ejercicio de la mendicidad.

Los artículos 1º y 2º imponían multas y, subsidiariamente arresto, a los padres, tutores o guardadores de los niños/as que fuesen detenidos mendigando en parajes públicos; así como a aquéllos que maltrataren a sus hijos/as para obligarles a mendigar o por no obtener el dinero suficiente producto de la pordiosería.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 345-348 y 364.

También se sancionaba a los sujetos que, siendo o no parientes de los menores, se acompañaran de ellos/as al mendigar con el fin de despertar la caridad pública. Además, se penalizaba a los adultos que entregaban a sus hijos/as o tutelados/as para que otras personas los convirtieran en mendigos/as.

Cuando las penas de multa y arresto eran recurrentes, en los términos de los artículos 4º y 6º de la Ley, los padres o encargados legales de los menores serían castigados con la suspensión del derecho a la guarda y educación sobre éstos. En tales casos, la suspensión sería por el término de dos años (prorrogables o reducibles según las circunstancias) y los menores pasarían a ser criados y sustentados en los establecimientos de beneficencia del lugar del que fuesen naturales.

Ahora bien, habiendo estudiado el panorama político y el contenido de la norma, no sería errado pensar que la aprobación de la Ley significó un triunfo para las corrientes reformistas; sin embargo, este grupo de pensadores y profesionales no la acogió con entusiasmo.

Ello obedeció a que en su articulado no se prohibió expresamente la mendicidad sino que se optó por prescribir penas progresivas a los responsables de los infantes, lo cual desde la posición reformista resultaba insuficiente para remediar la situación.

Por otra parte, para el ciudadano español común fue complejo trazar una línea entre lo que era constricción a la mendicidad y lo que era una necesidad real de auxilio, de manera que el cumplimiento de la Ley dependió mucho de la subjetividad de cada individuo. Es decir, para algunos la intromisión del Estado en una práctica tan aceptada socialmente era una verdadera arbitrariedad y para otros una acción digna de alabanza, lo que aminoraba la efectividad de la norma.

Otros factores que entorpecieron el alcance de sus objetivos fueron el estado de sobrecupo en que se hallaban los establecimientos asilares y la poca acogida que tuvo entre la clase obrera. Al igual que ocurrió con las primeras leyes laborales, para muchas familias el trabajo de los menores era vital para su subsistencia, de modo que impedir que contribuyeran a la economía del hogar (aunque fuese mediante la mendicidad) se tornaba en un perjuicio.

En síntesis, los propósitos de la Ley eran positivos, pero difíciles de llevar a cabo. A raíz de sus prescripciones, fue imperioso hacer reformas en los Códigos Civil y Penal en lo tocante al abandono; pero, obviando destinar por parte del Gobierno el rubro presupuestario para poner en marcha las medidas adoptadas.

En relación con nuestra temática, “La intervención reguladora del Estado se limitaba a reformar las leyes vigentes sobre el abandono de menores incrementando las medidas sancionadoras, y apelaba a la instancia privada y a la caridad para que las medidas protectoras pudieran ser efectivas”¹¹², lo que significaba pedir demasiado a una beneficencia pública a todas luces sobrepasada.

El principal acierto de la norma fue el de reducir la visión de derecho blindado que el CC había otorgado a la patria potestad; ya que, con la estipulación de sanciones, el Estado asumió legalmente un papel distinto al de simple observador en la protección del niño/a abandonado.

Finalmente, hay que resaltar la división que indirectamente la Ley mantuvo entre el niño/a desamparado y el abandonado; de suerte que, la línea de producción legislativa que le seguiría, además de constatar que el infante estuviera bajo la guarda de alguien, se orientaría a verificar que los adultos ejercieran con responsabilidad los deberes de cuidado.

3.3 Ley de 12 de agosto de 1904, de protección a los menores de diez años, y su Real Decreto reglamentario de 24 de enero de 1908

3.3.1 De las bases para la redacción de la Ley de 12 de agosto de 1904

Hasta ese momento, las medidas de protección a la niñez en Europa se habían englobado en dos clases: las preventivas y las correctoras. Las primeras contenían las acciones de atención a las madres, embarazo y parto, apoyo a la primera infancia, escolarización dentro de las fábricas, talleres en las instituciones asilares, entre otras.

¹¹² Ramas Varo, M., *La protección legal de la infancia en España...*, óp. cit., p. 159.

Las segundas abarcaban las normas de prohibición del maltrato, suspensión de la patria potestad, tutela de los infantes en las entidades de beneficencia, reglamentación del trabajo infantil, tribunales especiales para menores, correccionales, etc.¹¹³

No obstante, en comparación con el resto de países europeos, España tenía un abanico reducido de leyes acerca de la niñez. A saber, había normas concernientes al infante/a trabajador, mendigo o expósito, pero se carecía de una Ley referida al conjunto de los niños/as en su calidad de tales.

Sumado a lo dicho, la entrega de los pequeños/as para que fuesen cuidados por nodrizas, sin ningún tipo de control gubernamental, ocasionaba tasas elevadas de mortalidad infantil en numerosas de ciudades del país.

Este escenario produjo que en el seno de la Sociedad Española de Higiene, el médico Manuel de Tolosa Latour redactara las bases para un proyecto de Ley de protección a la infancia, inspirado especialmente en la Ley francesa de 19 de mayo de 1874 (Ley Roussel).

En tal virtud, Latour explicaba que la protección a la infancia desvalida iniciaba en la madre, si se enseñaba a la mujer cuáles eran los cuidados higiénicos apropiados para el niño/a, se favorecería “...no sólo la vida de los futuros hijos/as del pobre, sino que se garantizaría...la existencia de los hijos del rico, entregados siempre á [sic] manos [de amas de cría] mercenarias é [sic] ignorantes”¹¹⁴.

En relación con tal aspecto, sostenía que se debía custodiar a las amas de cría contratadas en las inclusas y a las que prestaban sus servicios en domicilios particulares, por cuanto uno de los fines de la pretendida Ley era el de regular y castigar los abusos originados en la industria del nodrizaje¹¹⁵.

¹¹³ Palacio Lis, I., “Proteger y reformar: moralización y alfabetización”, en Perdiguero Gil, E. (Comp.), *Salvad al niño...*, óp. cit., pp. 229-230.

¹¹⁴ De Tolosa Latour, M., “El problema infantil y la legislación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Imprenta de la Revista de Legislación á (sic) cargo de J.M. Sardá, Tomo 96, año cuadragésimo octavo, 1900, p. 155.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 161.

Las VII bases que propuso Latour giraban en torno a la salvaguarda de todo niño/a menor de siete años que estuviese bajo el amparo de nodrizas o en establecimientos asilares (casas-cunas, asilos o talleres de aprendizaje y enseñanza); creando para ello un Consejo Superior de Protección a la Infancia como entidad adscrita al Ministerio de la Gobernación.

Este Consejo contaría para su funcionamiento con Juntas Locales en las capitales de provincias, encargadas de inspeccionar el estado de los niños/as sometidos a la lactancia mercenaria. Para ello, debían monitorizar el trabajo de las cuidadoras mediante la entrega de una cartilla que, a manera de licencia para ejercer la profesión, registrara todos los datos relativos a su comportamiento.

También, tales Juntas vigilarían la higiene en las instituciones de socorro, evitando el hacinamiento, y garantizarían el pago de los emolumentos de las amas de cría internas o externas.

Por último, recomendaba que a las nodrizas o personas que temerariamente causaran heridas o la muerte a los infantes se les aplicase progresivamente, según el perjuicio causado, algunas de las penas previstas en los artículos del Código Penal (en adelante, CP) que regulaban los delitos de asesinato, abandono de niños/as, lesiones, infanticidio, imprudencia temeraria y faltas contra las personas¹¹⁶.

Así las cosas, reproduciendo en su mayoría el contenido de las bases propuestas por la Sociedad Española de Higiene, se aprobó la Ley de 12 de agosto de 1904, *de protección a los menores de diez años*¹¹⁷, publicándose su reglamento mediante el Real Decreto de 24 de enero de 1908¹¹⁸.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 162-163. Los artículos concretos del Código Penal de 1870 (vigente para la época) que se pretendían aplicar eran el 418, 424, 432, 501, 581 y 603.

¹¹⁷ Gaceta 230/1904, de 17 de agosto, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1904/230/A00589-00590.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2021.

¹¹⁸ Gaceta 26/1908, de 26 de enero, consultable en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1908/026/A00358-00359.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.

3.3.2 Del articulado de la Ley de protección a los menores de diez años de 1904

Adentrándonos en el estudio de la Ley, vemos que en su artículo 1º incluía la protección de la salud física y moral de los niños/as menores de diez años, vigilando a los que fuesen entregados a la lactancia mercenaria o internados en establecimientos asilares.

A su vez, el mismo artículo aclaraba que esa protección comprendía todas las circunstancias que directa o indirectamente incidían en la vida de los infantes durante tal etapa, pudiendo englobar situaciones que no se citaban taxativamente en el texto de la norma.

Así pues, la Ley examinada surgió a la vida jurídica con vocación de generalidad, esto es, con el fin de transformarse en el primer cuerpo normativo regulador del cuidado de los infantes en sus dimensiones moral y física. En su redacción final, sobrepasó las competencias de la Ley Roussel y de las bases propuestas por Tolosa Latour, lo que la convirtió en una de las normas más importantes de las primeras décadas del siglo XX.

Ahora, en el artículo 2º del Reglamento de 1908 se indicaba que la acción protectora a favor de la niñez reunía las funciones de salvaguarda de la mujer embarazada; ordenación de la lactancia mercenaria; inspección de las instituciones de beneficencia; investigación de la explotación infantil; educación protectora a los niños/as moralmente abandonados; denuncia y persecución de los delitos de que fuesen víctimas los pequeños/as, entre otros tópicos. Avizorando con ello que el catálogo de actividades que se debían llevar a cabo en defensa de la niñez era copioso.

Por tal motivo, acogiéndose a lo determinado en las bases reguladoras, se constituyó dentro del Ministerio de la Gobernación un Consejo Superior de Protección a la Infancia encargado de velar por el cumplimiento de la Ley. De igual modo, se instituyeron Juntas Provinciales y Locales (presididas por los gobernadores y alcaldes, en su orden), destinadas a ejecutar de la mano del Consejo las acciones derivadas de los mandatos de la norma¹¹⁹.

¹¹⁹ Por exceder el objeto de la tesis, omitiremos detenernos en los aspectos de organización y composición del Consejo y de las Juntas, empero, si los mismos resultaren de interés para el lector/a, ofrecemos los siguientes puntos de referencia:

En forma paralela, la Ley asignó deberes a los padres, tutores y directores de las inclusas que encomendaran la crianza de los pequeños/as a la lactancia mercenaria (artículo 2º), así como a las nodrizas que asumían el cuidado de los infantes (artículo 8º).

Los primeros, tenían que comunicar el hecho de la entrega del niño/a, dentro de los tres días siguientes al acto, a la Junta Local y a la alcaldía del lugar donde residiera la persona a la que se confiaba el menor. Por su parte, las segundas debían poseer un libro en el que constara su idoneidad para ejercer la profesión, en el cual anotaran sus cambios de residencia y demás semejantes; tal documento, estaría a disposición de los inspectores municipales de sanidad y de los alcaldes.

Asimismo, y con el propósito de sancionar a las personas que ejercieran de manera inadecuada la guarda de los menores, los artículos 13 de la Ley de 1904 y 38.a de su Reglamento imponían al Consejo (sección de patronato y corrección paternal) la función de denunciar a las autoridades competentes la comisión de algunos delitos del CP en los que el bien jurídico a proteger era la vida de los niños/as¹²⁰.

Sentado esto, es preciso comentar lo atañadero al abandono moral de los infantes a que hizo alusión el artículo 37.b del Reglamento de 1908. En aquel texto se atribuyó a la sección de mendicidad y vagancia del Consejo, auxiliado por las corporaciones benéficas, la misión de llevar un registro de las familias pobres cuyos niños/as se hallaran moralmente abandonados.

Se advierte que, el Reglamento únicamente mencionó que existía un abandono moral resultado de la pobreza, sin ofrecer una definición concreta del mismo. No obstante,

- Composición, organización interna y funciones del Consejo (art. 4º de la Ley de 1904 – arts. 5 a 25 del Reglamento de 1908).

- Secciones del Consejo: puericultura y primera infancia; higiene y educación protectora; mendicidad y vagancia; patronato y corrección paternal; y jurídica y legislativa (arts. 35 a 40 del Reglamento de 1908).

- Organización de las juntas provinciales (art. 5º de la Ley de 1904 – arts. 26 a 31 del Reglamento de 1908).

- Organización de las juntas locales (art. 5º de la Ley de 1904 – arts. 31 y 32 del Reglamento de 1908).

¹²⁰ Como ejemplo de tales ilícitos citamos el artículo 501 CP, que decía: “El abandono de un niño menor de siete años será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á [sic] 1.250 pesetas.

Cuando por las circunstancias del abandono se hubiere ocasionado la muerte de un niño será castigado el culpable con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo; si sólo se hubiere puesto en peligro su vida la pena será la misma prisión correccional en su grado mínimo y medio.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda cuando constituyere otro delito más grave”. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>, última consulta 9 de enero de 2020.

gracias a la incorporación que del concepto se hizo en el Real Decreto, los doctrinantes de la época lo entendieron como “...el descuido que demuestran los padres ó [sic] tutores de un niño no dándole los medios de ganar el sustento honradamente. Lo mismo se abandona al niño dejándole desnudo y sin comer, que echándole á [sic] la calle, que no cuidándole si está enfermo, que privándole de los medios de educarse. Todas estas son formas distintas del abandono, aunque su gravedad no sea la misma”¹²¹.

En la legislación hasta aquí esbozada, hemos logrado abstraer las diferencias entre la exposición, el abandono y el desamparo¹²²; pero, es con la norma de 1904, que se presenta el elemento moral del abandono como una categoría a defender por parte de las autoridades.

Recalcamos lo anterior, porque actualmente para que se declare la situación de desamparo se requiere que los responsables legales priven a los niños/as de la necesaria asistencia moral o material; por lo que, desde nuestro criterio, hallamos en la Ley de 1904 la génesis del elemento moral que figura en la normativa en vigor.

Para ir concluyendo, en los artículos 45 a 49 del Reglamento de 1908, se estipulaba la entrega de premios e incentivos a las nodrizas que demostraran haber conservado la vida de sus hijos/as y de los infantes a ellas encomendados, y a las personas que realizaren actos orientados a disminuir la mortalidad infantil. Así las cosas, se evidenciaba el interés gubernamental por comprometer a cuantos ciudadanos fuese posible en el emergente movimiento pro-infancia.

En lo correspondiente al cumplimiento de la Ley, habremos de decir que los órganos encargados de velar por su efectividad empezaron a funcionar con retraso; ello fue así, por cuanto el Reglamento que le otorgaba peso ejecutivo a la norma se publicó 4 años después de su aprobación, ocasionando que el Consejo y las Juntas tardaran en consolidarse como referentes de protección a la niñez en las ciudades españolas.

En adición, para cuando dichos entes iniciaron su actividad, el Reglamento de 1908 había añadido a sus competencias la de supervisar el cumplimiento de la Ley de

¹²¹ Juderías, J., *La infancia abandonada...*, óp. cit., p. 119.

¹²² Conceptos descritos primordialmente en las Leyes de Beneficencia de 1822 y 1849.

1903, sobre mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años. Eso ocasionó que una gran cantidad del aparato institucional se volcara en luchar contra tal problemática, descuidando otros aspectos de protección previstos en la Ley.

Además, la escasez de personal, de financiación y la ausencia de coordinación entre las entidades, fueron circunstancias que limitaron el alcance de sus fines.

3.4 *Ley de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños*

3.4.1 *Algunos antecedentes de la Ley de Tribunales para niños*

Existía una realidad que inquietaba a los partidarios del movimiento pro-infancia: la delincuencia infantil. Ya no se trataba solamente de lidiar con el hecho de que los niños/as abandonados delinquían para subsistir, sino que, a la par, se propagaba la comisión de ilícitos que afectaban la integridad física y moral de los pequeños/as del estilo de la trata de personas o la adopción irregular con fines de explotación¹²³.

De tal magnitud era el problema, que el 18 de noviembre de 1912, el Ministerio de la Gobernación promulgó una Real Orden dirigida a los gobernadores civiles, alcaldes y a la ciudadanía, en la cual se daba instrucciones para: detener a los sujetos que se dedicaran a reclutar o secuestrar niños/as menores de 14 años o hiciesen propaganda en ese sentido; imponer multas a los padres que abandonaren a sus hijos/as para que fuesen explotados en empresas industriales o mercantiles; separar del núcleo familiar a los niños/as que corriesen riesgo de ser degenerados moralmente, etc.¹²⁴

¹²³ “La Trata de niños se ha extendido secretamente y bajo las formas más variadas...Los niños constituyen una mercancía movable, que, a pesar de la inspección y vigilancia de las autoridades, pasa de contrabando las fronteras y va de un país a otro, sin ser notada y gozando de la más lamentable impunidad.

(...)

Padres inexpertos o infames entregan a sus hijos a gentes depravadas y a los propietarios de casas de prostitución. La adopción de niños a cambio de ciertas sumas de dinero oculta las maniobras de las proxenetas. Los mendigos alquilan o compran niños con fines infames, obligándoles a robar o mendigar. La lucha contra la trata de los niños es uno de los deberes más urgentes de la protección a la infancia”. Pro Infancia, “Crónicas”, *Boletín mensual del Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad*, Núm. 51 y 52, julio-agosto, 1913, p. 30.

¹²⁴ Real Orden de 18 de noviembre de 1912, *relativa a la trata de infantes*, Gaceta 324/1912, de 19 de noviembre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1912/324/A00462-00462.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

A su vez, los reformadores sociales exponían su preocupación respecto a los peligros a los que se enfrentaban los niños/as que eran recluidos en las cárceles junto con los adultos, advirtiéndolo con ello la necesidad de extraerlos del derecho penal común y crear una jurisdicción especial para su tratamiento.

Por esta causa, impulsaron la publicación de una Ley referida a la creación de Tribunales para niños/as, siguiendo el modelo de otros países de Europa y América¹²⁵, en la que se reemplazaran las medidas represivas por las reformativas y educativas.

Con tal finalidad, “...fueron presentados en las Cortes diversos proyectos de ley por los Ministros de Gracia y Justicia, Sres. Arias de Miranda, Burgos y Mazo y Alvarado, el 28 de octubre de 1912, 1 de noviembre de 1915 y 5 de noviembre de 1917, respectivamente”¹²⁶, los cuales no llegaron a buen puerto debido a los constantes cambios en el Gobierno que se dieron en esos años.

Pese a lo anterior, el 4 de mayo de 1918, D. Avelino Montero Ríos y Villegas formuló ante el Senado una proposición de Ley en la que se “...refería ampliamente a la organización de los Tribunales para Niños, a su competencia, al procedimiento que habrían de seguir en su función, y a todo lo referente a las sociedades auxiliares, a cuya organización y desenvolvimiento debían ir unidos la organización, desarrollo y funcionamiento de la libertad vigilada”¹²⁷.

El proyecto presentado estaba compuesto por siete bases para la promulgación de la Ley de Tribunales para niños, que fueron rápidamente aprobadas mediante la Ley de 2

¹²⁵ “...Fue por primera vez en Chicago...en los Estados Unidos de América del Norte, donde hizo su aparición la jurisdicción especial del menor, en virtud de la ley de 21 de abril de 1899, iniciando inmediatamente su actuación los llamados Tribunales Juveniles (...). Pronto tan necesarias instituciones fueron adoptadas por los países europeos. Abrió la marcha Alemania con la creación del Tribunal en Colonia en 1907...Inglaterra en 1908 [Children Act], Portugal en 1911 [Decreto de 27 de mayo de ese año que creo Tribunales de Tutoría de la infancia], Bélgica en 1912 [Ley Carton de Wiart de 15 de mayo], Francia en el propio año [Ley de 22 de julio de 1812], Hungría [Ley de 31 de marzo de 1913] y Suiza en 1913 [Ley de 4 de octubre que creaba la Cámara penal de la infancia]...”. Roca, T., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Sección de publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1968, pp. 81-82.

¹²⁶ Palma del Teso, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006, p. 26, disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/5465>, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹²⁷ Roca, T., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares...*, óp. cit., pp. 131-132.

de agosto de 1918, *autorizando al Gobierno para publicar una ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños con arreglo a las bases que se publican*¹²⁸. Ahora, como dicha proposición no pasaba de ser una simple norma de bases, hubo que esperar hasta el 25 de noviembre de 1918, para que se publicara la *Ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños*¹²⁹.

A los pocos años, se puso en marcha el primer Tribunal para niños (1º de mayo de 1920), de conformidad con lo ordenado en la Real Orden de 26 de abril de ese año, *por medio de la cual se autoriza el funcionamiento del Tribunal de niños de Bilbao*¹³⁰, emanada del Ministerio de Gracia y Justicia.

3.4.2 Del contenido de la Ley de Tribunales para niños

Los Tribunales se componían de un presidente y dos vocales (con sus correspondientes suplentes) quienes desempeñaban los cargos de manera gratuita¹³¹; con ello se evitaba que la toma de decisiones fuese influenciada por la obtención de ganancias personales y se enfocaban los esfuerzos en salvaguardar la vida de los niños/as.

Por su parte, el artículo 3º manifestaba que las mentadas instituciones conocerían en general de los delitos y faltas cometidos por niños/as menores de quince años y, en particular, de:

- i) Las faltas contra las personas contempladas en el artículo 603.5-10 CP¹³²;

¹²⁸ Gaceta 227/1918, de 25 de agosto, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1918/227/A00470-00470.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹²⁹ Gaceta 331/1918, de 27 de noviembre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1918/331/A00766-00767.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹³⁰ Gaceta 119/1920, de 28 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1920/119/A00306-00306.pdf>, revisado el 1 de octubre de 2021.

¹³¹ Artículos 1º y 2º de la Ley de Tribunales de 1918.

¹³² “Serán castigados con la pena de cinco á 15 días de arresto y reprensión:

(...)

5.º Los padres de familia que abandonaren sus hijos, no procurándoles la educación que requiera su clase y sus facultades permitan.

6.º Los tutores, curadores ó encargados de un menor de 15 años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria, ó abandonaren el cuidado de su persona.

7.º Los hijos de familia que faltaren al respeto y sumisión debidos á sus padres.

8.º Los pupilos que cometieren igual falta hacia sus tutores.

9.º Los que encontrando abandonado un menor de siete años con peligro de su existencia no lo presentaren á la Autoridad ó á su familia.

ii) Las faltas contenidas en las leyes de 26 de julio de 1878 (trabajos peligrosos de los niños/as) y 23 de julio de 1903 (mendicidad y vagancia de los menores de 10 años); y

iii) La suspensión de los padres o tutores al derecho de guarda y educación de los pequeños/as por incumplimiento de lo prescrito en los artículos 171 CC, 603 CP, entre otros.

A su turno, en el artículo 6º se enunciaban las medidas que podían recaer sobre un niño/a juzgado por el Tribunal, consistentes en dejarlo “...al cuidado de su familia ó entregárselo á otra persona ó á una Sociedad tutelar ó ingresarlo por tiempo determinado en un Establecimiento benéfico de carácter particular ó del Estado” (sic para toda la cita). En este último caso, la Ley recalca que el ingreso de un menor a las cárceles únicamente se ordenaría cuando se hallare probada sin lugar a dudas su perversidad.

Adicionalmente, con la intención de vigilar al menor y/o a la institución o persona a la que se comisionaba su guarda, se creó la figura del delegado de protección a la Infancia, como un agente de control del mecanismo de libertad vigilada que los Tribunales podían decretar sobre los niños/as infractores.

El artículo 7º de la norma ordenaba al Consejo Superior de Protección a la Infancia, la implantación de Sociedades Tutelares en las cuales se ejecutarán las medidas de apoyo dictadas por los Tribunales, recluyendo y reeducando a los niños/as.

En lo concerniente al trámite procesal a seguir a la hora de adoptar las decisiones (denominadas Acuerdos), el artículo 5º de la Ley prescribía que los procedimientos no estarían sometidos a las reglas procesales comunes, por el contrario, en aquéllos debía primar la informalidad limitándose la sustanciación al simple esclarecimientos de los hechos.

10. Los que en la exposición de niños quebrantaren las reglas ó costumbres establecidas en la localidad respectiva, y los que dejaren de llevar al asilo de expósitos ó á lugar seguro á cualquier niño que encontraren abandonado” (sic para toda la cita). Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Es relevante mencionar lo anterior, ya que en el resto de la legislación española no había una norma que otorgara a los jueces una discrecionalidad procedimental tan amplia; con esto, claramente se advierte que el legislador buscaba instaurar un modelo mixto de protección de los derechos de los niños/as basado en la flexibilidad de los trámites y no una jurisdicción penal restrictiva de sus libertades.

Explicando mejor lo antedicho, observamos que la competencia de los Tribunales no era únicamente sancionadora/reformadora (juzgamiento en la comisión de infracciones y aplicación de medidas) sino que, más bien, incorporaba una facultad protectora en virtud de la cual se podía suspender o limitar el derecho de los guardadores sobre los pequeños/as.

Por consiguiente, la Ley planteó un sistema tutelar en el que a la par de la imposición de amonestaciones por la comisión de ilícitos, se estudiaban las medidas de reforma y protección adecuadas para cada niño/a. Así pues, la naturaleza jurídica de los Tribunales era principalmente administrativa y no judicial.

Fundamentalmente, con los Tribunales se buscó eliminar los procedimientos de corrección tradicionales para “...sustituirlos por los de afección y de sentimiento; conocer más que el hecho delictivo el temperamento y la manera de ser moral del niño; tratar a éste como enfermo y no como delincuente; separarlo prontamente, hasta de sus padres, cuando éstos son indignos de tenerlo bajo su custodia; defenderlo, en fin, de cuanto puedan realizar contra él...”¹³³.

En lo que concierne a la aplicación práctica de la Ley, diremos que su principal inconveniente lo constituyó la batalla para aprobar su presupuesto librada en el seno del Gobierno¹³⁴. Como quedó anotado en precedencia, el primer Tribunal inició sus labores en 1920, de ahí en adelante la apertura de estos entes en las distintas provincias “...fue

¹³³ Tribunal para Niños, *Memoria*, Editorial Social Católica, Vitoria, 1923, p. 6, citado por Roca, T., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, óp. cit., p. 144.

¹³⁴ “Realmente, la ayuda prestada por el Estado a los Tribunales era escasa y consistía en la entrega de una cantidad para el pago de pensiones en Reformatorios y establecimientos de jóvenes delincuentes (...) Si repasamos los presupuestos vemos que el de 1923-24 asignaba a los Tribunales la cantidad de 450.000 pts., destinándose la mayor parte al pago de pensiones en Reformatorios y otros establecimientos”. González Fernández, M., “Los Tribunales para niños: creación y desarrollo”, *Historia de la educación*, Ediciones Universidad de Salamanca, Vol. 18, 1999, p. 119, disponible en: <http://revistas.usal.es/index.php/0212-0267/article/view/10845/11246>, última consulta 1 de octubre de 2021.

muy lenta, llegando a 22...al proclamarse la Segunda República. Mientras, los menores delincuentes de las localidades desprovistas de Tribunales para niños, que eran mayoría hasta la entrada en vigor del Código penal de 1932, eran juzgados por los Tribunales comunes”¹³⁵.

Para finalizar anotaremos que el Reglamento de esta Ley fue aprobado por medio del Real Decreto de 10 de julio de 1919, vigente hasta 1925 cuando se dio su primera modificación.

3.4.3 Reformas a la Ley de Tribunales para niños de 25 de noviembre de 1918

La primera reforma se realizó con el Decreto-Ley de 15 de julio de 1925, *sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños*¹³⁶, que amplió la competencia por razón de la edad de los niños/as hasta los dieciséis años, en vez del límite de quince que aparecía en la Ley de 1918. Además, cambio el nombre de estas instituciones al de Tribunales *tutelares* para niños.

Posteriormente, a través del Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929, *por medio del cual se aprueba con carácter de ley el proyecto de reforma y adaptación del Decreto-Ley de 15 de julio de 1925, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños*¹³⁷, fue necesario adaptar la legislación de menores a las exigencias del nuevo Código Penal (Real-Decreto de 8 de septiembre de 1928) que había entrado en vigor el 1 de enero de 1929.

Entre las principales variaciones introducidas por la normativa de 1929, tenemos el reemplazo del término “niños” en el nombre de los Tribunales por el de “menores”. En igual modo, se aumentaron las competencias de aquellos entes en el sentido de definir

¹³⁵ *Ibidem*, p. 117.

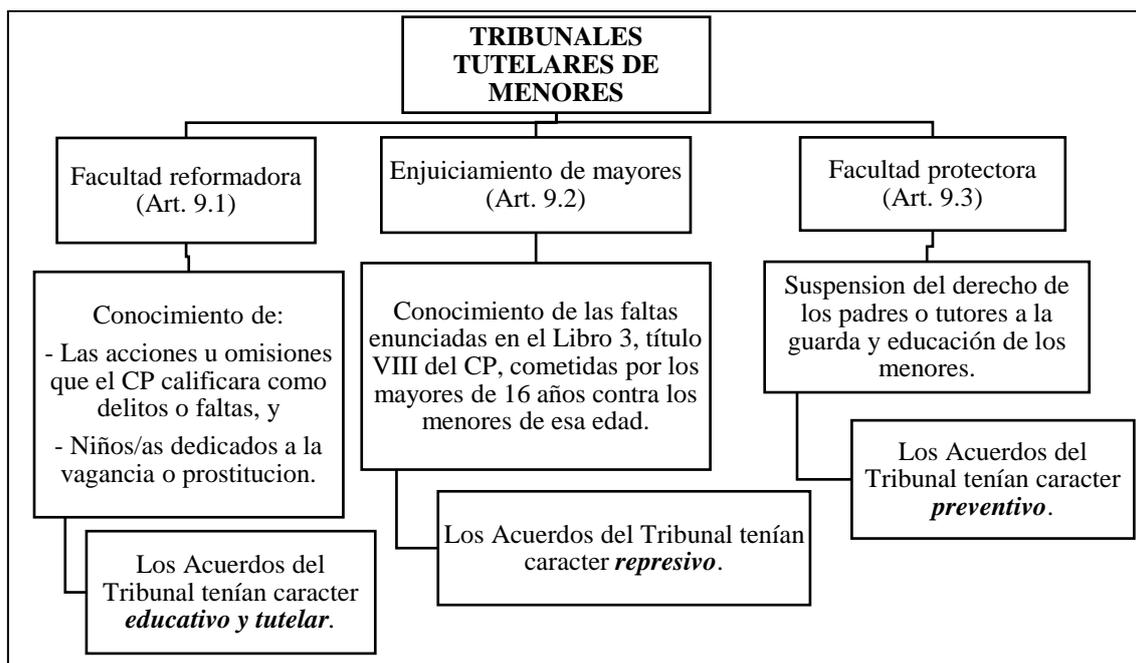
¹³⁶ Gaceta 197/1925, de 16 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1925/197/A00383-00385.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2021.

¹³⁷ Gaceta 37/1929, de 6 de febrero, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1929/037/A01059-01064.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

El Reglamento para la ejecución de esta Ley fue expedido mediante el Real-Decreto Núm. 44 de 3 de febrero de 1929, *por medio del cual se aprueba el Reglamento provisional para la ejecución de la ley de Tribunales tutelares de menores*, Gaceta 38/1929, de 7 de febrero, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1929/038/A01100-01111.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2021.

que tendrían tres facultades bajo las cuales podrían juzgar los casos, esto es, protectora, reformadora y de enjuiciamiento de mayores.

Los asuntos de que conocerían los Tribunales, así como las medidas que podrían decretar en sus Acuerdos (resoluciones con fuerza ejecutiva) se clasificaban dentro de alguna de esas tres facultades; para explicar mejor lo dicho, procederemos a hacer un esquema del artículo 9º de la Ley, así:



Del diagrama anterior, podemos extraer varias conclusiones:

i) En el desempeño de la facultad reformadora, los Tribunales no sólo estaban habilitados para juzgar los delitos o faltas taxativamente enlistados en el Código Penal, sino que también podían asumir los casos de niños/as dedicados a la vagancia y prostitución. Con esto, se lograba corregir y reeducar a infantes que sin haber cometido un hecho punible estaban moralmente corrompidos.

ii) La potestad para enjuiciar mayores, permitía el juzgamiento de las personas que cometieran faltas contra los pequeños/as tales como: emplearlos en espectáculos artísticos, literarios o cinematográficos; contratarlos sin respeto por las leyes de trabajo

infantil; descuidarlos al no procurarles la necesaria asistencia o educación integral; suministrarles bebidas alcohólicas o armas, etc.¹³⁸

iii) En el marco de la facultad protectora, se incluyó como causal para declarar la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de los niños/as, la de incumplir las prescripciones impuestas por los Tribunales en sus Acuerdos. Con esa atribución, se otorgaba mayor peso jurídico a la institución tutelar y se coadyuvaba a su fortalecimiento.

Ahora, en el artículo 18 de la Ley se expresó que cuando un Tribunal hacía uso de la citada facultad protectora se convertía en tutor del infante y, por ende, podía encargar su cuidado a otras personas o entidades¹³⁹.

En la misma línea, los artículos 25 y 26 adjudicaban principalmente a los municipios de que fuesen naturales los niños/as y, excepcionalmente a los padres, la obligación de pagar las pensiones derivadas de su manutención en los establecimientos asilares o en las casas de familia. El único camino para que el menor retornara a su medio de origen era a través de la autorización emitida por el Tribunal respectivo.

Referimos lo anterior, puesto que tal modo de proceder se asemeja, en ciertos aspectos, a la actual tutela automática contemplada en el artículo 172.1 CC. Vemos que, tanto en esa época como hoy, aunque los padres no pierden definitivamente la potestad sobre los hijos/as, la guarda y protección de aquéllos se transfiere momentáneamente a la Entidad Pública o, para el caso bajo estudio, a los Tribunales, que en adelante se convierten en los representantes legales de los infantes.

¹³⁸ El artículo 14 (inciso final) del Decreto-Ley de 1929, sostenía: “En el enjuiciamiento de mayores de dieciséis años, por faltas cometidas en perjuicio de los menores de esta edad, la competencia del Tribunal tutelar únicamente se extenderá al castigo de los culpables, reservando al Tribunal Civil correspondiente la facultad de resolver sobre esta clase de responsabilidad”. Quería reflejar lo anterior, que el Tribunal podía decretar multas por el daño causado a un menor de 16 años, con independencia de las sanciones que también se le pudiesen interponer al actor/es en el curso de un proceso civil.

¹³⁹ “Siempre que estos Tribunales adopten medidas prolongadas de vigilancia, de guarda y educación o de reforma, ejercerán su acción tutelar sobre el menor de un modo permanente..., sin que esta acción tutelar pueda exceder la mayoría de edad, que será a este efecto, en todos los casos, la de veintitrés años.

Cuando suspendan el derecho a la guarda y educación de los padres o tutores, los mismos Tribunales ejercerán la tutela de la persona del menor, pudiendo confiarlo a otras personas o entidades y asumiendo el Tribunal las facultades que a los padres o tutores competen... (negrita no original). Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1929/037/A01059-01064.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Continuando con el examen de las modificaciones a la Ley de 1918, se observa que durante la Segunda República se paralizó la extensión de los entes tutelares en España, debido a la derogación de algunas disposiciones del citado Decreto-Ley de 1929¹⁴⁰. Siendo forzoso esperar hasta la expedición de las Leyes de 13 de diciembre de 1940, *sobre Tribunales Tutelares de Menores*¹⁴¹; y de 25 de enero de 1941, *rectificación a la Ley de 13 de diciembre de 1940 sobre Tribunales Tutelares de Menores*¹⁴², para que se reanudara la labor tuitiva.

Después, se promulgó el Decreto de 11 de junio de 1948, *por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores*¹⁴³, atendiendo a la necesidad de agrupar en un solo cuerpo legal la basta normativa proferida a favor de la infancia infractora. Asimismo, volvía a ser indispensable armonizar la legislación tutelar con el articulado del Código Penal de 1944.

El Decreto de 1948 contenía el texto de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores; el Reglamento para su ejecución; y el Estatuto de la Unión Nacional de dichos Tribunales. En lo concerniente a nuestro estudio, habremos de decir que no se produjeron variaciones significativas en lo relativo a la competencia y el ejercicio de las facultades protectora, reformadora y de enjuiciamiento de mayores de estos organismos.

Lo que sí vale la pena mencionar es que el artículo 11 previó que los padres o representantes legales que desearan internar a sus hijos/as indisciplinados en un establecimiento de corrección, podían impetrar el auxilio de la autoridad para tal fin. En ese caso, aquéllos debían presentar la solicitud ante el Tribunal correspondiente, que tenía la obligación de examinar los motivos en los que se fundaba y de escuchar al menor, resolviendo acerca de su concesión o negación.

¹⁴⁰ A través del Decreto de 16 de junio de 1931, se revisó la obra legislativa de la dictadura de Primo de Rivera y como era de esperarse se enmendó el Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929. Luego, el aludido Decreto de 1931, fue convertido en Ley de la República por medio de la de 15 de septiembre de ese mismo año. Roca, T., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, óp. cit., pp. 879-905.

¹⁴¹ BOE Núm. 358/1940, de 23 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1940/358/A08786-08792.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹⁴² BOE Núm. 25/1941, de 25 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1941/025/A00569-00570.pdf>, revisado el 1 de octubre de 2021.

¹⁴³ BOE Núm. 201/1948, de 19 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/201/A03306-03318.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.

La aludida figura no era novedosa, recordemos que ya aparecía en la redacción original del artículo 156 CC. No obstante, el Decreto de 1948 había insertado cambios relevantes de tipo procedimental que limitaban su aplicación práctica.

En el citado artículo 156 CC, el requisito indispensable para que se hiciera uso de esta potestad era que los padres elevaran la petición ante el Juez competente, sin que fuese necesario analizar la veracidad de los hechos allí alegados; en contraste, la nueva regulación localizaba en cabeza de los Tribunales el deber de revisar la situación concreta del menor y de su familia.

En ese orden de ideas, los progenitores o tutores que acudían a su uso se exponían a que el Tribunal se inmiscuyera en la vida familiar, al punto de que si lo consideraba pertinente les suspendiera la guarda y educación de los niños/as. Ello era una evidencia de que el concepto de patria potestad omnímoda se había transformado en el sentido de atribuir al Estado derechos de decisión sobre la vida del menor, que podían superponerse a los de los padres.

Otro elemento a subrayar del Decreto de 1948 es que clasificó la tipología de medidas que los Tribunales podían dictar en sus Acuerdos conforme a la facultad que ejercitaran (artículo 17). Así pues, al utilizar la facultad reformadora, era dable decretar la amonestación o el internamiento breve; la libertad vigilada; la colocación del menor bajo la custodia de otra persona, familia o de una sociedad tutelar; el ingreso en un establecimiento de observación, educación, reforma, correctivo o de semilibertad, entre otras.

Por su parte, en ejercicio de la facultad protectora, se adoptarían las de requerimiento; imposición de vigilancia por medio de un delegado de protección a la infancia o de suspensión del derecho a la guarda y educación de los tutores o padres.

El espectro de medidas precitado corrobora el hecho de que el sistema tutelar de la infancia estaba organizado jerárquicamente yendo de las acciones más leves a las más restrictivas, apostando por un seguimiento en la evolución de los casos, que permitía la continuidad del menor en el ambiente familiar sólo si se comprobaba una implicación real de sus padres frente a su desarrollo.

A su turno, la multitud de medidas contempladas en la Ley requería para su eficacia que se contara con una pluridiversidad de instituciones auxiliares. No obstante, en muchas provincias de España la red de establecimientos de apoyo se hallaba incompleta, razón por la que los Tribunales eran forzados a escoger los mecanismos de tutela que se acomodaban a la disponibilidad institucional antes que a las particularidades de cada niño/a¹⁴⁴.

Para concluir, comentamos que pese al carácter mixto que poseían estas instituciones, dado que en la realidad ejecutaban funciones de juzgamiento, corrección y protección, el legislador siguió sin incluirlas en la rama judicial concediéndoles naturaleza puramente administrativa.

En términos generales, el éxito de los Tribunales fue elevado¹⁴⁵, tanto así que el Decreto de 11 de junio de 1948 estuvo vigente por más de 40 años, hasta la promulgación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que reguló la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.

3.5 Algunas leyes de protección al menor abandonado en el segundo cuarto del siglo XX

3.5.1 Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931

El proyecto de dicha carta surgió el 28 de julio de 1931, en el seno de la Comisión Parlamentaria designada por las Cortes para tal efecto; su redacción fue rápida comoquiera que se hacía necesario proclamar un documento que, ante la presión política, configurara legalmente el nuevo Estado republicano.

¹⁴⁴ El artículo 125 del Reglamento de 1948 indicaba: “Los establecimientos auxiliares de los Tribunales...pueden ser de dos clases: técnicos o de mera guarda y educación. Los establecimientos técnicos podrán ser: de observación o de reforma, y estos últimos, de reforma de tipo educativo, de reforma de tipo correctivo, de tratamiento especial para menores anormales y de semilibertad”. Pero, en muchas de las ciudades solamente había uno u otro tipo de ente de apoyo. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/201/A03306-03318.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.

¹⁴⁵ En 1943 funcionaban 29 Tribunales, en abril de 1945 ascendían a 35 y en julio de 1951 no faltaban por crearse sino 3 (Cáceres, Palencia y Segovia) para cubrir casi en su totalidad a las ciudades españolas. Roca, T., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, óp. cit., pp. 546 y 551.

En lo relativo a su contenido, algunos pensadores tildaron el proyecto constitucional como de izquierdas, ya que la iniciativa de su expedición fue liderada por miembros del bloque republicano-socialista¹⁴⁶; pese a esto, los principios en ella consignados no distaron de forma exorbitante de los de las Normas Supremas propias de los regímenes democráticos de la posguerra.

En su artículo 43 determinó que la familia se encontraba bajo la salvaguardia especial del Estado e introdujo la igualdad de los sexos dentro el matrimonio. Lo mismo estipuló que los padres estaban obligados a “...alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución”¹⁴⁷.

Si revisamos el texto precitado, descubriremos que el mandato asignado a los progenitores fue una transcripción del artículo 154 CC atinente a los deberes de la patria potestad. No obstante, la incorporación de la responsabilidad subsidiaria del Estado significó un triunfo para el movimiento pro-infancia que por fin consiguió elevar a rango constitucional el cuidado de la niñez.

Igualmente, el aludido artículo 43 apostó por la investigación de la paternidad, equiparando los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Con esta disposición se procuraba castigar la irresponsabilidad de los hombres que, escudándose en la ilegitimidad, negaban el sustento a sus hijos/as.

También, se prohibía consignar “...declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna”¹⁴⁸. Esa negativa buscaba eliminar el rótulo despectivo que al adjudicársele a los menores expósitos o “bastardos”, imposibilitaba su desarrollo e integración efectiva en el núcleo social¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Oliver Araujo, J., *El sistema político de la Constitución Española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991, pp. 34-35.

¹⁴⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/344/A01578-01588.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹⁴⁸ *Ídem*.

¹⁴⁹ Como antecedente de esta disposición encontramos la Real Orden de 11 de abril de 1903, por medio de la cual se ordenaba que los niños/as expósitos fuesen registrados con dos apellidos (paterno y materno) al igual que se hacía con los hijos habidos dentro del matrimonio; con esto, se evitaba el descubrimiento de

Otro aspecto a resaltar es que el artículo ubicó en cabeza del Estado la protección a la infancia y a la maternidad, siguiendo las pautas de la Declaración de Ginebra o tabla de los derechos del niño. No cabe duda que la inclusión de dicho texto era obra de la medicina social, pero la flexibilidad y generalidad de los principios de la Declaración dificultaron que en la realidad se expidieran normas concretas fundamentadas en la misma¹⁵⁰.

Finalmente, el cumplimiento de los preceptos de la Constitución de 1931 se vio condicionado por la tensión política producto de la guerra civil acaecida en los años siguientes a su promulgación. Pese a ello, nos atrevemos a sostener que algunos de los principios acerca de la infancia regulados en ésta, fueron la base de normas dictadas, incluso, durante el franquismo.

3.5.2 Colocación familiar de niños/as: Ordenes de 30 de diciembre de 1936 y de 1 de abril de 1937

En lo que concierne a este tema veremos que, por medio de la Orden de 30 de diciembre de 1936, *sobre el servicio de colocación familiar de niños huérfanos y abandonados*¹⁵¹, el Gobierno General organizó un servicio de colocación familiar para los niños/as huérfanos y abandonados que habían perdido a sus familiares con ocasión a los enfrentamientos civiles.

En la exposición de motivos de la aludida Orden, se relataba que ya estaban operando algunas medidas asistenciales en favor de estos menores, consistentes en designar a personas que los recogieran de las calles; les brindaran la atención primaria; y los trasladaran a las provincias en las que existieren lugares para alojarlos y cuidarlos.

Sin embargo, a criterio de las autoridades, tales acciones eran insuficientes debido a la ausencia “...de locales con condiciones mínimas higiénicas, la falta de personal

su filiación ilegítima. El texto de dicho documento puede consultarse en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1903/107/A00210-00210.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

¹⁵⁰ Oliver Araujo, J., *El sistema político de la Constitución Española...*, óp. cit., p. 83.

¹⁵¹ BOE Núm. 74/1937, de 2 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1937/074/A00011-00012.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

idóneo, el peligro de epidemias en las aglomeraciones infantiles...¹⁵², entre otros factores que podían ocasionar una emergencia sanitaria nacional, así como dejar en situación de desprotección a los pequeños/as.

Por ese motivo, apelando al espíritu de la caridad cristiana, en las disposiciones 1^a y 2^a de la Orden, se prescribía el deber de crear Juntas Locales¹⁵³ encargadas de realizar un listado de familias de reconocida solvencia y moralidad, que se ofrecieran “...voluntariamente y con todo el cariño y afecto que esta obra de piedad exige, a dar albergue en su hogar a uno o dos niños, que acogidos así en el santo calor de la familia, tengan en sus infantiles almas todo el calor y cariño de que carecen en su infortunio”¹⁵⁴.

Las familias que aceptaban albergar a un niño/a, tenían que velar por la satisfacción de sus necesidades materiales, asumiendo la responsabilidad de su educación intelectual y espiritual (cristiana).

Poco más dictaminaba la Orden en lo atinente a este servicio de apoyo infantil, surgiendo por ello varias dificultades a la hora de aplicarla. Por ejemplo, se hacía alusión a los conceptos de *colocación familiar* y *acogimiento* sin llegar a definir jurídicamente en qué consistían tales figuras.

Además, se omitía establecer algún mecanismo de vigilancia de la labor ejercida por las familias; el tiempo que podría demorar la colocación infantil; si surgía alguna especie de vínculo jurídico entre los pequeños/as y las familias, etc.

Tales vacíos legales, sumados a la gran demanda de solicitudes para ocuparse de niños/as huérfanos y abandonados, produjeron que el Gobierno General expidiera la Orden de 1 de abril de 1937, *mediante la cual se dictan instrucciones ampliatorias para la implantación del servicio nacional de colocación familiar*¹⁵⁵, con la cual se

¹⁵² Exposición de motivos de la Orden de 30 de diciembre de 1936.

¹⁵³ Las Juntas estaban “...presididas por el alcalde respectivo e integradas por los señores Párroco más antiguo de la localidad, un Inspector municipal de Sanidad y Maestro de superior categoría...”; con esto, se procuraba la representación de los sectores sociales que, para la época, abanderaban el movimiento en favor de la infancia. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1937/074/A00011-00012.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

¹⁵⁴ Exposición de motivos de la Orden de 30 de diciembre de 1936.

¹⁵⁵ BOE Núm. 168/1937, de 6 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1937/168/A00907-00911.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

complementaban los puntos oscuros de la de 1936 y se organizaba con mayores detalles el sistema nacional de colocación familiar.

En su artículo 1º, manifestaba que la colocación de niños/as podía llevarse a cabo “Sin perjuicio de la adopción legal que regula el Código Civil en sus artículos 173 y siguientes..., que podrán ejercer en cualquier momento las personas que habiendo acogido niños tengan a ello derecho...”¹⁵⁶.

Con la anterior precisión, el Gobierno advertía que la figura de la colocación familiar no surgía para restar importancia a la de la adopción, sino que, más bien, pretendía erigirse como una alternativa para las familias que sin tener la intención de adquirir la tutela legal y permanente de un niño/a, deseaban hacerse cargo de su cuidado en una etapa específica de su desarrollo, supliendo las carencias familiares.

En igual manera, ofrecía a los niños/as abandonados la posibilidad de crecer en un ambiente distinto al de las instituciones asilares y, en determinados casos, contar con más opciones para ser adoptados por sus acogedores u otras personas.

También, el referido artículo indicaba que los menores podrían ser recibidos con carácter permanente o de forma temporal “...hasta la edad o momento que en cada caso se estipule”¹⁵⁷; dándose preferencia a las familias que optaran por la modalidad permanente.

Para esta última clase de colocación, se destinarían en primer lugar los niños/as huérfanos abandonados de padre y madre; o los abandonados de los cuales se desconociera familiar que se hiciera cargo de ellos¹⁵⁸, pudiendo las familias seleccionar a los menores “...con arreglo a las características de sexo, edad y demás que deseen, entre los niños que como posibles adoptados...existan en su provincia o en cualquiera de las otras liberadas”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Ibidem* (recurso electrónico).

¹⁵⁷ Artículo 2º de la Orden de 1937.

¹⁵⁸ Artículo 3º de la Orden de 1937.

¹⁵⁹ Artículo 2º de la Orden de 1937.

Hasta aquí, es necesario decir que la Orden no definía en qué consistía la situación de abandono de un niño/a. Pero, de su redacción extraemos que se consideraban así los menores que no estaban corporalmente bajo la guarda y educación de sus progenitores o de algún familiar.

Así las cosas, la Orden excluía a los niños/as en situación de abandono moral, esto es, sometidos a malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores; desempeñando ocupaciones nocivas, etc., del servicio de colocación familiar en ella regulado.

Creemos que la omisión relativa a este subgrupo de niños/as, obedeció al momento de urgencia política en el que nació a la vida jurídica tal documento ejecutivo. Su finalidad principal fue la de salvaguardar la vida de los pequeños/as que se hallaban físicamente solos y no la de ocuparse de los que, aunque acompañados, vivían moralmente abandonados¹⁶⁰.

Puntualizado lo anterior, diremos que la Orden estructuraba un procedimiento de control del número de niños/as que requerían atención y de los que efectivamente eran colocados en familias, a través de un sistema de padrón hecho anualmente por las Juntas Locales de colocación familiar y las Juntas Provinciales de beneficencia.

El registro de los resultados de ese padrón era enviado al Gobierno General del Estado, que era el que en última instancia vigilaba el servicio nacional de colocación familiar¹⁶¹. Dichos trámites administrativos, surgían como una medida preventiva a favor de la niñez, puesto que la trata de niños/as y la explotación eran delitos con tasas elevadas de comisión.

¹⁶⁰ A guisa de aclaración, vemos que el sistema de protección a la infancia abandonada (tanto física como moralmente) estaba conformado por un conjunto de instituciones públicas y privadas, que formaban parte del movimiento pro-infancia. Así las cosas, del abandono moral se ocupaban primordialmente el Consejo Superior y las Juntas Locales y Provinciales de Protección de Menores, así como los Tribunales Tutelares de Menores.

¹⁶¹ Artículos 5º y 6º de la Orden de 1937. Añadimos que, el artículo 7º señalaba que la entrega de los niños/as se haría mediante acta inscrita en un libro sellado y foliado por la Junta Provincial de beneficencia, de cuya copia se daría traslado a las juntas locales a las que pertenecieran el niño/os y los peticionarios y al Gobierno General del Estado.

En añadidura, la inestabilidad política de la época coadyuvaba a la propagación de tales ilícitos, por lo que las medidas de control y padrón ofertaban seguridad en los procedimientos de colocación y adjudicación de los pequeños/as.

Para respaldar lo enunciado, traemos a colación el artículo 8º de la Orden, en el cual se enlistaban las obligaciones genéricas que los acogedores adquirirían respecto a los niños/as, enfatizando que debían “...darles instrucción escolar hasta los doce años como **mínimum**, no pudiendo bajo ninguna causa o pretexto **hacer de los niños acogidos objeto de explotación alguna**, debiendo prestarles los cuidados propios de un buen padre de familia”¹⁶² (negrita no original).

El artículo 9º sostenía que la tutela de los menores acogidos se ejercería por las Juntas Locales de colocación familiar, bajo la supervisión de las Juntas Provinciales de Beneficencia y el Gobierno General del Estado.

Tal potestad tutelar facultaba a las mencionadas Juntas Locales para que vigilasen si las familias acogedoras cumplían con los deberes de alimento, vestido y educación contraídos para con los niños/as. Si se descubrían pruebas acerca de la desprotección de los infantes, aquéllas denunciarían la situación a las Juntas Provinciales, que serían las responsables de verificar la veracidad de las denuncias e imponer las sanciones pertinentes¹⁶³.

Por otra parte, el artículo 12 afirmaba que en caso de que los padres o tutores legales quisieran recuperar a los niños/as que habían sido dados en acogimiento, tendrían que reclamarlos siguiendo las reglas de las Leyes y Reglamentos vigentes para la época. Aunque la Orden calló al respecto, aseveramos que las normas a las que remitía eran a la Ley General de Beneficencia de 1849 y al Reglamento para su ejecución de 1852.

¹⁶² Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1937/168/A00907-00911.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

¹⁶³ Por ejemplo, retirar al niño/a de la familia a la que había sido entregado. Véase el artículo 10 de la Orden de 1937.

Una curiosidad de esta Orden es que en su artículo 4º encontramos un antecedente directo de la actual guarda de hecho regulada en los artículos 237 y 238 CC¹⁶⁴. Decía el texto examinado: “La persona que sin estar obligada por Ley a su sostenimiento, venga atendiendo voluntariamente a alguno de los niños comprendidos en esta disposición, tendrá derecho preferente para su acogimiento permanente o temporal, siempre que a juicio de la Junta Local correspondiente reúna las condiciones de moralidad y demás exigidas para la colocación familiar”¹⁶⁵.

Destacamos dos cosas de lo citado: por un lado, la Orden aludía a la situación de los menores que eran sustentados por personas que no tenían ningún poder u obligación legal para ello y; por el otro, hablaba del derecho legal preferente que aquéllas adquirirían para que el niño/a fuese colocado bajo su cuidado.

Hoy, la guarda de hecho regula, con ciertos matices, la misma situación. Sumando a ello, que bajo los parámetros del artículo 237 CC, la autoridad judicial puede otorgar al guardador de hecho facultades tutelares o constituir un acogimiento temporal del niño/a a favor de éste.

Para finalizar, comentaremos que desgraciadamente la Orden carecía de un fuerte peso legal teniendo en cuenta su rango de disposición genérica emanada del ejecutivo. Eso, agregado a la inestabilidad social bajo la cual fue emitida y a la tendencia poblacional de seguir internando a los pequeños/as en establecimientos asilares, generó que no fuese ampliamente utilizado este servicio clave de colocación familiar.

Ahora, si bien semánticamente el documento pretendía fundar la institución de la colocación familiar, en varios de sus artículos usó la palabra *acogimiento* o *acogidos* para referirse a los sujetos que participaban en el sistema de colocación. Por esa razón, nos

¹⁶⁴ “La guarda de hecho está inspirada en dos rasgos característicos. El primero, la asunción de deberes de protección y custodia por una persona sin título que le habilite; y, el segundo, la inexistencia de un deber legal para ello (...).

Siguiendo esta idea, la guarda de hecho es aquella situación por la cual una persona de forma voluntaria, estable y permanente, con carácter general y continuado, sin nombramiento judicial ni administrativo, ni deber legal de cuidado asume funciones tutelares respecto de menores...necesitados de protección”. Lescano Fera, P., *La guarda de hecho*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 34.

¹⁶⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1937/168/A00907-00911.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

atreveremos a ubicarla como el principal antecedente de la actual figura del acogimiento de menores¹⁶⁶.

3.5.3 De la adopción de los expósitos prohijados: Ley de 17 de octubre de 1941

Para abordar este asunto, primero debemos describir de forma somera en qué consistía el prohijamiento de niños/as expósitos. En tal virtud, vemos que la génesis legal de dicha figura fue la Real Orden de 2 de junio de 1788, por medio de la cual el monarca Carlos III exhortó a los rectores y administradores de las casas de expósitos, para que vigilasen la conducta de las personas que extraían a los menores de dichos establecimientos¹⁶⁷.

Pocos años después, se ordenó la publicación de la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796, a través de la que se organizó el funcionamiento de las casas de expósitos. En sus números 12, 17 y 21 ésta expresó que, preferiblemente, los niños/as mayores de seis años debían permanecer con las amas de cría que se habían encargado de su cuidado.

Si por algún motivo, ello no era dable, los regentes de los establecimientos asilares intentarían que tales niños/as fuesen adoptados o prohijados por personas decentes y honestas, que les diesen una buena educación y destino¹⁶⁸.

Luego, el prohijamiento fue regulado en los artículos 65 a 70 de la Ley de Beneficencia de 6 de febrero de 1822; y en los artículos 22 a 26 del Reglamento General

¹⁶⁶ Algunos doctrinantes no están de acuerdo en ubicar las Órdenes de 1936 y 1937 como antecedentes del acogimiento introducido en el CC con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Si el lector desea ahondar en el tema, para las posturas a favor véase: Méndez Pérez, J., *El acogimiento de menores: Comentarios. Procedimientos. Formularios. Textos Legales*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 65-77; Camy Sánchez-Cañete, B., “La adopción y figuras similares ante la nueva regulación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 370-371, marzo, 1959, pp. 240-242, disponible en: <https://2019.vlex.com/#vid/342174>, última consulta 1 de octubre de 2021; y García Villaluenga, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Núm. 4-5, 1991-1992, pp. 89-103, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/view/CUTS9192110089A>, consultado el 1 de octubre de 2021.

De igual modo, para las posturas en contra consúltese: Alonso Pérez, M., “Acerca del prohijamiento en el derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, Núm. 12, 1991, pp. 135-154, disponible en: http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&ficher_o=RJ_12_II_1.pdf, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹⁶⁷ Méndez Pérez, J., *El acogimiento de menores: Comentarios...*, óp. cit., p. 65.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 66-67.

de 14 de mayo de 1852, para la ejecución de la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849.

Esos artículos, contemplaban la posibilidad de que los padres naturales recuperasen a sus hijos/as dados en prohijamiento, previo pago a los prohijantes de los gastos por la manutención de los pequeños/as. El procedimiento de retorno del menor a su familia se hacía con la mediación y anuencia de las Juntas Municipales o Provinciales de beneficencia¹⁶⁹.

A su vez, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 16 del Reglamento de 1852, la tutela y curaduría de los niños/as prohijados reposaba en cabeza de las Juntas Provinciales; al punto que tales organismos tenían la potestad de terminar con el prohijamiento decretado en favor de una persona, si detectaban que la medida no era beneficiosa para el niño/a entregado¹⁷⁰.

Ahora bien, con la promulgación de las Órdenes de 1936 y 1937 referidas a la colocación familiar, algunos doctrinantes llegaron a asimilar tal figura a la del prohijamiento. Sin embargo, creemos que entre las mismas había una gran diferencia, marcada por el principio de gratuidad.

Es decir, el sistema de colocación de niños/as había sido fundado sobre el valor de la caridad cristiana, buscando paliar la dura situación en la que quedaron algunos menores después de la guerra civil española.

Este origen altruista, impedía que las familias acogedoras recibieran dinero por haberse hecho cargo de los niños/as; circunstancia contraria a la que ocurría en los casos de prohijamiento, en los que, como hemos visto, los prohijantes eran merecedores de una indemnización.

Aclarado lo anterior, observamos que hasta ese momento histórico el prohijamiento era una situación de hecho y con poco desarrollo legal; tanto así, que las

¹⁶⁹ En el caso de que los niños/as hubiesen permanecido en la casa de expósitos, sin que ninguna persona los prohijara, la Ley de 1849 permitía que las Juntas Provinciales exoneraran a los padres del pago por sostenimiento que tenían que hacer a la institución dónde se había criado el menor.

¹⁷⁰ Artículo 23 del Reglamento de 1852.

leyes atinentes al mismo guardaban silencio acerca de si entre las partes nacía algún tipo de relación jurídica o solamente se formaba un vínculo afectivo¹⁷¹.

Tales vacíos dieron pie para que durante el franquismo se promulgara la Ley de 17 de octubre de 1941, *por la que se dictan normas que faciliten la adopción de los acogidos en Casas de Expósitos y otros establecimientos de beneficencia*¹⁷², con la cual se pretendían solucionar los problemas surgidos del prohijamiento.

En su exposición de motivos, decía que pocas veces los menores expósitos eran adoptados bajo los parámetros de los artículos 173 a 180 CC. Más bien, frente a “...ellos es muy frecuente el prohijamiento, que, casi siempre, crea lazos de verdadera afección familiar..., sin que, por las dificultades procesales, se constituya un verdadero estado jurídico dentro de las normas que para la adopción señalan las disposiciones vigentes...”¹⁷³.

De este modo, en su artículo 1º disponía que los pequeños/as que se hallaran bajo la tutela de los administradores de los establecimientos asilares (artículo 303 CC) podían ser adoptados por personas que, según el criterio de aquéllos, fuesen aptas para cuidarlos.

En el expediente de adopción, los citados administradores debían verificar la moralidad y honradez de los presuntos adoptantes, así como escuchar al menor mayor de 14 años y a sus parientes naturales más próximos¹⁷⁴.

Efectuado lo anterior, se remitirían las diligencias al Juez de Primera Instancia para que, previa audiencia del Ministerio Fiscal y en un plazo de ocho días, se pronunciara acerca de su aprobación o negación. En caso de que se vislumbraran defectos o vicios en el expediente, dentro del mismo término, sería devuelto al establecimiento de beneficencia para que subsanara lo que fuere menester¹⁷⁵.

¹⁷¹ “Da la impresión que tales instituciones consideran suficiente con regular una cierta forma de protección a los menores con problemas de desamparo, pero sin dar a tal regulación un contenido civil o con trascendencia jurídica en el orden familiar y patrimonial a la relación nacida del prohijamiento”. Méndez Pérez, J., *El acogimiento de menores: Comentarios...*, óp. cit., p. 69.

¹⁷² BOE Núm. 299/1941, de 26 de octubre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1941/299/A08336-08337.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

¹⁷³ *Ibidem* (recurso electrónico).

¹⁷⁴ Artículo 2º de la Ley de 17 de octubre de 1941.

¹⁷⁵ Artículo 3º de la Ley de 17 de octubre de 1941.

Agotado dicho trámite, se otorgaría la correspondiente escritura pública de adopción y se harían las anotaciones oportunas en el Registro Civil. Sin embargo, el artículo 5º imponía a los Administradores de las instituciones asistenciales la responsabilidad de vigilar el comportamiento de los adoptantes hasta que los adoptados/as alcanzaran la mayoría de edad.

Un aspecto a resaltar es que ese artículo también permitía que los padres biológicos o familiares del menor impugnaran o dejaran sin efecto la adopción, “...previa la debida justificación y garantías de la Administración del establecimiento benéfico de donde proceda el adoptado”¹⁷⁶.

Por su parte, el artículo 7º señalaba que los funcionarios implicados en el trámite de adopción no recibirían emolumento alguno por las gestiones efectuadas; siguiendo así, la corriente legislativa acostumbrada en los procedimientos referidos a la niñez, que colocaba como regla general la gratuidad¹⁷⁷.

En lo relativo a la aplicación de la norma, diremos que las amplias competencias que se otorgaron a los directores de los centros asistenciales tuvieron efectos positivos y negativos. Por una parte, se imprimió celeridad a los trámites adoptivos, al simplificar el procedimiento y liberar plazas para el ingreso de nuevos niños/as a las instituciones.

En contraste, ese amplio margen de actuación provocaba cierta inseguridad jurídica, comoquiera que la aprobación judicial a posteriori se convertía en un requisito secundario dentro del expediente; siendo en realidad los administradores de las casas de expósitos los que de una u otra manera, escogían a quienes entregar los niños/as.

Más allá de eso y, teniendo en cuenta la ideología del régimen bajo el que la norma conservó su vigor, veremos que muchos matrimonios que no habían podido tener descendencia encontraron en la adopción de expósitos el medio para suplir el desdoro que en la sociedad de ese momento producía el carecer de hijos/as.

¹⁷⁶ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1941/299/A08336-08337.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

¹⁷⁷ De ello da cuenta no sólo la Ley aquí estudiada, sino también el Artículo 3º de la Ley de 13 de diciembre de 1940 referida al funcionamiento de los Tribunales Tutelares de Menores, que contenía la misma prohibición respecto a los trabajadores de dichos organismos.

3.5.4 Decreto de 2 de julio de 1948, texto refundido de la legislación de Protección de Menores

Con el paso del tiempo, se modificó el sistema de protección a la niñez y a la familia fundado con la Ley de 12 de agosto de 1904 y su Reglamento de 1908, debido a la anexión al mismo de diversos organismos e instituciones. Sumado a ello, se fortaleció la injerencia gubernamental en el ámbito familiar, mediante la suspensión o privación de la patria potestad.

Al respecto, el artículo 23 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, sostenía que “Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente, y transferirá la guarda y educación de los menores a quienes por Ley corresponda”¹⁷⁸.

Con ocasión a lo anterior y, con el fin de refundir en un solo cuerpo legal todo el sistema de atención a la infancia, se expidió el Decreto de 2 de julio de 1948, *por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores*¹⁷⁹; el cual en su artículo 1º afirmaba que la protección de menores era una “...Institución de inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de Organismos y servicios protectores”¹⁸⁰.

En dicha Institución participaban el Gobierno Central, las diputaciones, los ayuntamientos, los Tribunales Tutelares de Menores y los órganos de la beneficencia (públicos o privados) los que, trabajando armónicamente, sostenían el sistema.

Conforme a lo prescrito en el artículo 2º, quedaban sujetos a la protección del Decreto los niños/as menores de 16 años o, los mayores de esa edad, que se hallaran bajo la tutela de los Tribunales o de las Juntas de Protección de Menores¹⁸¹.

¹⁷⁸ BOE Núm. 199/1945, de 18 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/199/A00358-00360.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

¹⁷⁹ BOE Núm. 206/1948, de 24 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/206/A03438-03445.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.

¹⁸⁰ *Ibidem* (recurso electrónico).

¹⁸¹ El artículo también señalaba que los niños/as menores de 16 años que se encontraran bajo la protección de las Juntas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto, podían continuar siendo tutelados por éstas hasta que alcanzaran la mayoría de edad.

A su turno, el artículo 4º manifestaba que, sin perjuicio de la labor hecha por otras entidades, la acción protectora sería ejercida principalmente por el Consejo Superior de Protección de Menores, las Juntas de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares.

Así pues, en los términos del artículo 5º tales entes debían cumplir, entre otras, con las funciones de: i) protección a la mujer embarazada; ii) inspección de los centros que de forma permanente o transitoria albergaran, recogieran o exhibieran niños/as; iii) investigación de los daños, servicios o explotaciones que recayeran sobre los menores de 16 años, con o sin padres conocidos; iv) denuncia y persecución de los delitos contra los niños/as protegidos por el Decreto, etc.¹⁸²

El apartado 5 del artículo antes citado, incluía dentro de ese amplio abanico de atribuciones la relacionada con “el amparo a los menores moralmente abandonados, recogiénolos de la vía pública y proporcionándoles educación protectora y enseñanza profesional”¹⁸³.

De esta manera, al igual que en su tiempo lo hizo el artículo 37.b del Reglamento de 24 de enero de 1908, el aludido apartado 5 omitió brindar una definición de lo que era el abandono moral de un infante. No obstante, se utilizó el término *amparo* para indicar la acción a emprender a favor de los pequeños/as expósitos; verbo este que se acerca más al lenguaje del actual sistema de protección de la niñez.

En otro orden de ideas, el Libro II (título I) del Decreto reguló lo concerniente a la estructura, miembros, presupuesto, personal, funciones, etc., del Consejo Superior de Protección de Menores. En lo que a nosotros incumbe, diremos que el artículo 29 determinó que el Consejo se compondría de cinco secciones, así: Puericultura y Primera Infancia; Asistencia Social; Mendicidad y Tutela Moral; Tribunales Tutelares de Menores; y Jurídica y Legislativa.

¹⁸² “Las funciones protectoras que antes se concretaban en el artículo 2º del Reglamento de Protección a la Infancia de 25 de enero de 1908, quedaron detalladas...como propias de la Obra de Protección de Menores, tanto en lo referente al Consejo Superior, como a las Juntas Provinciales y a los Tribunales Tutelares, en el artículo 5º del texto refundido del Decreto de 1948”. Roca, T., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, óp. cit., pp. 634-635.

¹⁸³ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/206/A03438-03445.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.

La niñez abandonada y expósita, según el artículo 35.b, era responsabilidad de la sección de Asistencia Social, que debía “Procurar que no se produzcan casos de abandono o indigencia de menores en la edad antes señalada [entre 3 y 16 años], sea por causa de orfandad o por otra causa, recabando la colaboración legal necesaria de las Corporaciones obligadas a procurar el sustento y educación de ellos y, en todo caso, poniendo remedio inmediato a su situación”¹⁸⁴.

Ahora bien, en el Libro II (título II) de la norma examinada se plasmó lo referente a las Juntas Provinciales y Locales de Protección de Menores, organizándolas a imagen del Consejo Superior¹⁸⁵. En consecuencia, el artículo 56.b asignó a la sección de Asistencia Social de las mentadas Juntas el deber de “Cuidar en lo posible que todo niño nacido sin padre y madre conocidos tenga un protector social...”¹⁸⁶.

Para cumplir con ese mandato, las Juntas llevarían un registro de los niños/as inscritos en las oficinas de registros civiles sin progenitores conocidos, así como de las personas (individuales o jurídicas) de reconocida moralidad y solvencia, dispuestas a asumir las funciones de protector de menores.

En ese sentido, al recibir noticia de que un niño/a necesitaba auxilio, las Juntas realizarían las gestiones para que alguno de los protectores se hiciera cargo de éste. En caso de que la persona aceptare la designación, se suscribiría un Acuerdo en el cual se determinarían las “...facultades y obligaciones del protector, así como los alimentos que hayan de abonarse, en su caso, bien con cargo al patrimonio del protector, si este lo aceptase, bien con cargo al presupuesto de la Junta”¹⁸⁷.

Inmediatamente hecho el nombramiento, se entregaba el niño/a al protector, quien pasaba a desempeñar las funciones de tutela que el artículo 303 CC otorgaba al director de la casa de expósitos.

¹⁸⁴ *Ibidem* (recurso electrónico).

¹⁸⁵ Artículo 54 del Decreto de 2 de julio de 1948.

¹⁸⁶ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/206/A03438-03445.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.

¹⁸⁷ *Ibidem* (recurso electrónico).

Con todo, luego de iniciada la convivencia entre las partes, los presidentes (o sus delegados) de las Juntas Provinciales tenían que inspeccionar la efectividad de la medida. De igual manera, en las Juntas Locales la tarea de vigilancia recaía en el Juez de Primera Instancia o, en el Juez municipal o comarcal, en ausencia del primero.

Si al ejecutar el mencionado control, se verificaba que el estado de los niños/as no era el adecuado o que para ellos existía una figura de amparo más apropiada (adopción, prohijamiento, colocación familiar y semejantes) la Junta podía dejar sin efecto el Acuerdo, otorgándole a la protección de menores un carácter subsidiario.

Aparte de lo dicho, el texto del artículo citado también se detuvo en el prohijamiento, al sostener que las Juntas de Protección de Menores debían emitir un informe positivo en cada uno de los expedientes de esta clase que fuesen de su jurisdicción, quedando obligadas a supervisar la condición de los prohijados.

En lo concerniente a la colocación familiar, el artículo 57.c adjudicó a la sección de Mendicidad y Tutela Moral de las Juntas Locales la función de “...favorecer a los niños menores de dieciséis años necesitados de protección mediante el ingreso en instituciones o colocación en familias, en evitación de la mendicidad o del peligro moral”¹⁸⁸.

Por último, el Libro II (título IV) habló acerca de las instituciones auxiliares de las entidades encargadas de la acción protectora, estipulando que era dable firmar convenios con organizaciones oficiales o particulares pertenecientes al movimiento pro-infancia, cuando la capacidad de las públicas no era suficiente para cubrir la demanda de socorro. En tales convenios se fijaría el monto de las pensiones que los entes estatales pagarían por la manutención de los pequeños/as a los establecimientos gestionados por terceros.

Resta decir que este Decreto mantuvo su vigencia por más de cincuenta años, hasta que fue retirado del ordenamiento jurídico a través de la disposición derogatoria única de la LOPJM.

¹⁸⁸ *Ibidem* (recurso electrónico).

**PARTE II: LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE
LA INFANCIA ABANDONADA Y DESAMPARADA
EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX.**

CAPÍTULO 1. LEY DE 24 ABRIL DE 1958, POR LA QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL REFERENTES A LA ADOPCIÓN

Como mencionamos en precedencia, a mediados del siglo XX había en España múltiples instituciones para auxiliar a los niños/as abandonados; entre las que se destacaban la adopción, el prohijamiento, la colocación familiar, la asignación de un protector de familia, la guarda de hecho, la tutela, el internamiento en instituciones de los Tribunales Tutelares de Menores o la crianza en organismos de la beneficencia.

Durante el lapso que estudiaremos a continuación, nos centraremos en las normas que modificaron los artículos del CC referidos a la adopción y a la tutela, comoquiera que las soluciones al problema de los niños/as expósitos se plantearon a partir del fortalecimiento de dichas figuras.

Así las cosas, con ocasión de la firma del Concordato realizado entre España y la Santa Sede el 27 de agosto de 1953 y el ingreso del país a la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) el 14 de diciembre de 1956, fue necesario reformar algunos artículos del CC para armonizar su contenido con el de la legislación internacional¹⁸⁹.

Además, “...las políticas pronatalistas, la apertura al exterior, el fin de la autarquía y la recuperación industrial, en pleno auge del ‘baby boom’ demográfico, aumentaron considerablemente el número de menores abandonados o expuestos, y a su vez, se incrementaron las solicitudes de adopción”¹⁹⁰.

La adopción, tal y como estaba regulada en la redacción original del CC de 1889, resultaba demasiado restrictiva. Entre los intervinientes sólo surgía una obligación de alimentos recíprocos, en la que el derecho alimentario de los hijos naturales reconocidos y ascendientes del adoptante era preferente al del adoptado¹⁹¹.

¹⁸⁹ Baelo Álvarez, M., *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 289.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 290.

¹⁹¹ Art. 176 CC.

Igualmente, las partes no eran herederas entre sí, a menos que en la escritura de constitución de la adopción se dejara anotación en ese sentido¹⁹². En cualquier caso, dado el carácter revocable de esta figura jurídica, el adoptado conservaba los derechos que le correspondían con su familia de origen.

Bajo ese contexto, surgió la Ley de 24 de abril de 1958, *por la que se modifican determinados artículos del Código civil*¹⁹³, con la finalidad de mejorar la situación jurídica de los hijos/as adoptivos y fortalecer los efectos personales de la aludida institución. La exposición de motivos de la Ley manifestó que:

“...El Código Civil influido por las tendencias, entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos. Esta insuficiencia de la hasta ahora vigente ordenación legal se muestra más acusada ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde al fallar los vínculos afectivos propios de la generación se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptante y adoptado siempre expuestos al riesgo de que la familia natural invocando pretendidos derechos cuyos deberes correlativos no afrontó, rompa los afectos nacidos de la adopción y arranque al adoptado del ambiente familiar y social en que se formó”¹⁹⁴.

Lo anterior claramente reflejaba la mutación por la que había atravesado la adopción desde su implantación; en sus inicios, con la misma se pretendía “...la satisfacción de un interés del adoptante hacía la perduración de su estirpe; luego el interés del [menor]...en hallar un sustitutivo al afecto paterno; y por último, sin desaparecer esta última razón, el interés social hacía la protección de la infancia...”¹⁹⁵.

Sería arriesgado sostener que este nuevo interés por la niñez se basó en el principio del interés superior del niño/a, dada la novedad que revestía ese concepto para la época; pero, es innegable que el movimiento pro-infancia y los derechos humanos sí influyeron dentro de la configuración legal de la adopción.

¹⁹² Art. 177 CC.

¹⁹³ BOE Núm. 99/1958, de 25 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Esta Ley modificó tres materias dentro del CC: el régimen del matrimonio; la adopción y la capacidad jurídica de la mujer. Por ser de interés para nuestro estudio, nos enfocaremos únicamente en la adopción.

¹⁹⁴ *Ibidem* (recurso electrónico).

¹⁹⁵ Gambón Alix, G., *La adopción*, José María Bosch, Barcelona, 1960, p. 43.

Al examinar el contenido de la norma, vemos que las modificaciones al capítulo del CC relativo a la adopción¹⁹⁶ se dividieron en tres secciones¹⁹⁷, así: Disposiciones generales (arts. 173 a 177); De la adopción plena (arts. 178 a 179) y De la adopción menos plena (art. 180), las cuales serán objeto de análisis enseguida.

1.1 *Disposiciones generales*

Frente a la primera sección, observamos que el artículo 173 rebajó la edad para adoptar, pasando de cuarenta y cinco a treinta y cinco años; indicando asimismo, que el adoptante debía tener mínimo dieciocho años más que el adoptado.

La disminución de la edad, según lo expresado en la exposición de motivos, respondió a lo dilatado que resultaba el plazo original para los adoptantes; por eso, se buscó que la edad probable de concepción de los hijos/as coincidiera con la del adoptado¹⁹⁸.

Entre las prohibiciones para adoptar, el citado artículo 173 mantuvo las relativas a los eclesiásticos; al tutor respecto a su pupilo/a mientras no se aprobaran definitivamente las cuentas de la tutela; al cónyuge sin el consentimiento de su consorte; y a las personas que tuvieran hijos/as legítimos o legitimados, agregando a este último grupo, a aquéllos que tuviesen hijos/as naturales reconocidos.

El impedimento fundado en la tenencia de hijos/as se instituyó para evitar que en una familia hubiese descendientes de dos procedencias. A criterio del legislador, permitir la coexistencia de niños/as de diversa filiación generaría problemas sucesorios y, bajo ninguna circunstancia, los derechos de los hijos/as habidos dentro del matrimonio podían verse perjudicados por los afectos que surgieran entre los padres y los niños/as adoptados.

Pese a ello, algunos doctrinantes consideraron la prohibición antedicha como excesiva, ya que “...el universalmente aceptado sistema de legítimas pone a salvo los derechos mínimos que según la ley deben corresponder a la prole habida en el

¹⁹⁶ Específicamente al Libro I, título VII, capítulo V.

¹⁹⁷ Artículo 3° de la Ley de 24 de abril de 1958.

¹⁹⁸ Baelo Álvarez, M., *Los orígenes de la adopción...*, óp. cit., p. 294.

matrimonio...”¹⁹⁹. Así las cosas, los testadores tenían una potestad limitada de libre disposición, con lo que se garantizaba que a los hijos/as legítimos les tocara siempre una porción hereditaria²⁰⁰.

En otras palabras, con independencia de que una familia estuviese compuesta por niños/as de diverso parentesco, por Ley los derechos de los menores legítimos o legitimados estaban por encima de los de cualquier otro hijo/a; por lo tanto, la restricción era excluyente e impedía que personas con amplios recursos económicos adoptaran niños/as con fines benéficos²⁰¹.

Por otra parte, el artículo 174 CC otorgó a los adoptantes la patria potestad sobre los adoptados menores de edad. Tal concesión, tuvo unas consecuencias personales y patrimoniales que confirieron fuerza a la institución adoptiva.

Dentro de los efectos personales, se ubicaron la obediencia del hijo/a a sus padres adoptivos y la creación de un parentesco civil entre éstos; por dicho parentesco, quedaban también cobijados los descendientes legítimos que el adoptado/a llegase a tener²⁰². En igual modo, los efectos patrimoniales se resumían en la implantación de un deber recíproco de alimentos entre las partes y la atribución al adoptado/a de derechos sucesorios en la herencia²⁰³.

Ahora bien, un aspecto significativo de la reforma fue la inclusión en el artículo 175 CC del principio de irrevocabilidad de la adopción. En la exposición de motivos se

¹⁹⁹ Gambón Alix, G., *La adopción*, óp. cit., p. 87.

El artículo 174 CC, bajo la reforma de 1958, expresó lo siguiente: “Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción. **El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legítimos reservados por la Ley a favor de otras personas**” (negrita no original). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁰⁰ “...prohibiendo la adopción es menos posible la vinculación afectiva hacia personas que no pertenecen a la esfera familiar y será más fácil que toda la herencia del ascendiente se distribuya entre sus hijos de sangre por no haber hecho uso de aquella facultad dispositiva”. Gambón Alix, G., *La adopción*, óp. cit., p. 87.

²⁰¹ *Ídem*.

²⁰² El artículo 174 CC aclaraba que ese parentesco civil no se extendía a la familia del adoptante, la cual no desarrollaba ningún tipo de vínculo legal con el adoptado/a.

²⁰³ Dependiendo del tipo de adopción que se constituyera (plena o menos plena), los adoptados tendrían una mayor o menor porción en la herencia del adoptante.

argumentaba que aquélla “...ha de gozar de la mayor estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad concorde o unilateral de los interesados. Atendiendo a tan fundadas razones se la declara irrevocable”²⁰⁴.

Con todo, se admitía que los padres de los menores expósitos o abandonados, pidieran la declaración judicial de extinción de la adopción, siempre que demostrasen la ausencia de culpa en el abandono y una buena conducta luego de éste²⁰⁵.

El artículo 176 CC apuntaba que: “Si el adoptando estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos”²⁰⁶.

En ese orden de ideas, si los regentes de los establecimientos asilares carecían de datos acerca de los parientes del niño/a, llevaban a cabo el procedimiento adoptivo sin publicidad alguna. De forma que, la excepción al principio de irrevocabilidad emergía como una oportunidad para que los padres inocentes, que no habían tenido noticia del negocio jurídico de adopción, defendiesen su derecho natural de crianza sobre los pequeños/as.

No obstante, en la misma exposición de motivos se recalca que era infrecuente encontrar progenitores cobijados por el supuesto anterior; de suerte que, aún y con esa

²⁰⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁰⁵ Artículo 175: “Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado:

Primero. El padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiere sido abandonado o expósito y ellos acreditaren suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste. Y el Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten el cuidado del adoptado.

El Juez ponderará los motivos alegados y muy especialmente la moralidad de los padres y el tiempo transcurrido desde la adopción, oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja y resolviendo lo que estime más conveniente para éste”. *Ibidem* (recurso electrónico). La acción de extinción de la adopción, se podía ejercitar mientras el adoptado fuese menor de edad o incapaz.

²⁰⁶ *Ibidem* (recurso electrónico).

prerrogativa a su favor, se mantenía firme “...la conveniente inatacabilidad del vínculo adoptivo” formado entre el niño/a y su nueva familia.

Tal fue la fuerza jurídica que se le adjudicó a esta institución, que el artículo 175 (apartado final) CC afirmó que ni el reconocimiento de la filiación natural del adoptado, ni su legitimación, alteraban la eficacia de la adopción.

1.2 De la adopción plena

Con la reforma se crearon dos clases de adopción: la plena y la menos plena. Ambas compartían los requisitos referidos a la edad y prohibiciones para adoptar; la asunción de la patria potestad por los adoptantes; la irrevocabilidad del pacto sucesorio hecho a favor del adoptado, entre otros.

Sin embargo, para que la adopción plena naciera a la vida jurídica tenían que satisfacerse una serie de condiciones especialísimas, que no eran exigidas para la menos plena. En tal virtud, procederemos a examinar esas particularidades del primer tipo de adopción con el fin de comprender cuáles fueron sus efectos.

1.2.1 Estado de los adoptantes

El artículo 178.1 CC, sostenía que “Solo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio. También podrán hacerlo las personas en estado de viudedad”²⁰⁷.

Al desglosar dicho precepto, vemos que solamente las personas casadas o viudas estaban habilitadas para adoptar, excluyendo así a los solteros y a las parejas de hecho. De igual modo, los esposos debían demostrar que no se hallaban separados de hecho o de derecho.

²⁰⁷ *Ibidem* (recurso electrónico).

Además, la adopción se realizaría de manera conjunta (consuno), estipulación que se fundamentaba en el deseo de que “...ambos consortes sean respectivamente padre y madre del adoptado y que lo sean desde el principio”²⁰⁸.

Por esa causa, se les exigía una antigüedad en el matrimonio de al menos cinco años. Hemos dicho líneas arriba, que el legislador quería evitar la coexistencia de diversas filiaciones dentro de la familia; así pues, imponiendo esa restricción temporal se buscaba prevenir que luego de efectuada una adopción sobrevinieran hijos/as legítimos que perjudicaran los derechos de los adoptivos/as.

1.2.2 Condición de expósitos o abandonados de los adoptados

Se destaca que, fue con esta reforma que por primera vez se incluyeron entre los artículos del CC reglas concernientes a la adopción de los niños/as expósitos y abandonados. El artículo 178.2 del Código indicaba: “Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes”²⁰⁹.

Y, aunque en ese momento no existía una norma que definiera con certeza las diferencias entre ambas categorías de infantes, de la costumbre y de la doctrina jurídica de la época podemos extraer algunos conceptos.

Como abandonados se reputaban aquellos menores “...respecto a los cuales las personas a quienes incumbía el deber de su cuidado han dejado de prestárselo”²¹⁰, es decir, eran pequeños/as colocados por sus progenitores, familiares o responsables legales en una situación, más o menos permanente, de peligro para su vida y desarrollo moral²¹¹.

²⁰⁸ Gambón Alix, G., *La adopción*, óp. cit., p. 109.

²⁰⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

²¹⁰ Gambón Alix, G., *La adopción*, óp. cit., p. 126.

²¹¹ Precisamos que el Código no establecía cuanto tiempo tenía que estar el niño/a en situación de abandono para que fuese susceptible de adopción. Las autoridades analizaban cada caso de manera subjetiva.

El abandono era voluntario, lo cual significaba que las acciones de los adultos no eran espontáneas o esporádicas, más bien, por su repetida concurrencia conducían a la desatención de las necesidades básicas de los infantes.

De esta forma, ni siquiera implicaba que los padres naturales del menor fuesen desconocidos o que residieran en una ciudad distinta a la suya, lo que importaba es que se constituyera un *estado de hecho* en el cual los derechos del niño/a eran vulnerados²¹².

Esta figura era de acción – resultado; esto es, los actos culpables de los responsables de la guarda del pequeño/a debían llevar inequívocamente a un resultado: su desprotección. Cuando concurrían ambos factores, el menor adquiría el estatus de abandonado.

Por ejemplo, ante los supuestos de guarda de hecho, en los que un tercero no obligado legalmente a ello suplía la negligencia de los progenitores y prestaba la asistencia debida al infante, se entendía que la desprotección no llegaba a materializarse y, por ende, la situación de abandono tampoco. Ahora, si por algún motivo el guardador de hecho dejaba de auxiliar al niño/a, entonces sí pasaba a considerársele abandonado.

Desde otro ángulo, la exposición recaía sobre “...aquellos menores que si bien en un sentido amplio han sido abandonados, puesto que sus padres han dejado de atenderles, sin embargo, en un sentido más restringido no lo son desde el momento en que fueron puestos bajo el cuidado de organismos oficiales o privados especialmente dedicados a este objeto”²¹³.

El calificativo peyorativo de expósito/a o inclusero/a, se adjudicaba a esos niños/as que eran dejados por un adulto en una institución asilar, generalmente de manera anónima y con poca edad. En la práctica, ese traslado a las entidades de apoyo era el que diferenciaba a un expósito de un abandonado, en cuanto se presumía que el primero no había llegado a padecer el mismo grado de desprotección que el segundo.

²¹² Gambón Alix, G., *La adopción*, óp. cit., p. 126.

²¹³ *Ibidem*, p. 127.

En la exposición, al ser el niño/a entregado directamente a las autoridades, aquéllas asumían casi de manera inmediata su cuidado; mientras que, en el abandono, para cuando los empleados del sistema de protección a la infancia tenían conocimiento del hecho, era probable que el menor ya llevase algún tiempo sin recibir la asistencia adecuada²¹⁴.

En un lenguaje claro, diremos que frente a la imposibilidad de cuidar a sus hijos/as, los padres que recurrían a la exposición tácitamente trasladaban su guarda a las entidades de beneficencia. En contraste, los progenitores de los infantes en situación de abandono, además de no prestarles personalmente el auxilio apropiado también omitían delegar su cuidado a otra persona natural o jurídica.

Las anteriores, eran las diferencias puramente teóricas entre los dos colectivos de niños/as; en la realidad, el sobrecupo en las instituciones de beneficencia y la falta de personal, hacían imposible garantizar su adecuado desarrollo. Esa escasez de instituciones, provocaba que en muchos lugares no se hiciera una separación entre los menores de suerte que las medidas administrativas de protección, hablase del prohijamiento o la colocación familiar, se les aplicaban de forma análoga.

Abordando otro tema, advertimos que para que la adopción fuese procedente, la reforma al CC no sólo exigía que los niños/as fuesen abandonados o expósitos sino que además debían llevar mínimo tres años en tal situación.

Así pues, en el caso de los expósitos, el término se contaba desde el día en que habían sido llevados al establecimiento asilar. En cambio, en los abandonados/as, el cómputo de los años era un poco más complicado.

A menudo, el día en el que el niño/a era oficialmente auxiliado no coincidía con aquel en el que había empezado su indefensión, motivo por el cual, las autoridades

²¹⁴ “...una consecuencia que presta utilidad a la distinción entre abandono en sentido estricto y puesta en estado de expósito. Consiste en que mientras en el abandono es necesaria una infracción de especiales deberes, de tal forma que ha de ser realizado, por definición, por los sujetos a quienes estos incumben [los padres]..., en el depósito del infante en un establecimiento adecuado pueden conceptualmente ser sujetos agentes cualesquiera personas, pues lo interesante es el resultado [el internamiento del menor en las instituciones de beneficencia]...”. *Ibidem*, p. 129.

contabilizaban esos tres años a partir del momento en el que realmente había quedado en abandono, sin tener en cuenta el día de su entrada en alguna institución.

Por lo regular, el deseo de los adoptantes era el de relacionarse con los niños/as cuando aún eran pequeños/as, en consecuencia, iniciar a contar esos tres años desde el internamiento hubiese significado desconocer la duración real del abandono.

A su turno, entendemos que la norma consideró prudente fijar el mentado lapso con el fin de verificar que la familia natural del niño/a no estaba realmente interesada en ejercer su guarda. Al igual que se deseaba proteger los derechos de los adoptados, al impedir que padres con descendencia adoptaran; también se buscaba salvaguardar los afectos de los adoptantes impidiendo que se encariñaran con niños/as cuya situación de abandono no era definitiva.

Pero, creemos que ese marco de tres años resultaba acertado sólo si el adoptado era un menor abandonado. Comoquiera que las autoridades solían tener conocimiento de quiénes componían su familia de origen, era probable encontrar dentro de los miembros de aquélla a alguno que ejerciera su guarda o tutela.

Al contrario, esperar ese mismo tiempo frente a los expósitos, que solían ser infantes que habían perdido el contacto con sus familias usualmente desde su nacimiento, resultaba una traba innecesaria en la constitución de la adopción.

Finalmente, a modo de aclaración, manifestamos que la aplicación de una medida de colocación familiar o prohijamiento sobre estos niños/as no interrumpía el cómputo de los aludidos tres años, en cuanto tales figuras administrativas no disponían de la fuerza suficiente para modificar el estado civil de los menores²¹⁵.

1.2.3 Efectos de la adopción plena

Esta clase de adopción producía efectos personales y patrimoniales. Los primeros abarcaban: i) el cambio en los apellidos del adoptado/a; ii) el mantenimiento de las

²¹⁵ *Ibidem*, p. 131.

relaciones de aquél con su familia natural (en lo que le fuere beneficioso); y iii) la creación de un parentesco civil entre las partes. Los segundos, englobaban los derechos hereditarios y los alimentos recíprocos.

Explicando los efectos personales, observamos que la adopción plena producía “...la sustitución de los apellidos de familia – o los impuestos de oficio por el Registrador civil a las personas de filiación desconocida – por los de adopción”²¹⁶. El artículo 174.3 y 4 CC, prohibía expresamente la publicación de cualquier dato que descubriera el origen del hijo/a adoptivo.

Lo anterior suponía que los descendientes legítimos del adoptado también se ganaban el derecho a usar sus apellidos, garantizando la permanencia generacional de la filiación adoptiva. Asimismo, se facilitaba la integración social de los menores al evitar que sufrieran rechazo a causa de su procedencia.

Por su parte, el artículo 174 (párrafo final) CC señalaba que la adopción creaba entre las partes un parentesco civil, similar al de la filiación natural. En la exposición de motivos, se reiteraba esta idea al mencionar que el adoptado/a plenamente ocupaba en la familia del adoptante idéntica posición que el hijo/a natural reconocido.

En la práctica, la instauración de ese parentesco conducía a que las obligaciones del adoptado con su familia de origen casi que desaparecieran, conservando únicamente los derechos sucesorios o alimenticios a su favor. Específicamente, el artículo 179.2 CC sostenía: “El adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios; y también los alimentos cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria”²¹⁷.

Ahora bien, pasando al estudio de los efectos patrimoniales vemos que dentro de la sucesión, el adoptado y el hijo/a natural reconocido gozaban de los mismos derechos

²¹⁶ *Ibidem*, p. 199.

²¹⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

(artículo 179 CC). A su vez, el adoptante ocupaba en la herencia del hijo/a adoptivo el lugar que le correspondía al padre natural.

Así las cosas, el adoptado plenamente ostentaba una posición mínima legal que, ante la ausencia de pacto sucesorio²¹⁸ o en los casos en que el causante moría abintestato, le aseguraba una legítima.

Ese fue el verdadero beneficio de este tipo de adopción, ya que por primera vez la protección jurídica a los derechos del niño/a nació de la Ley y no de la voluntad de las partes. Empero, si el adoptado/a incurría en causal de desheredación, indignidad o si la adopción se declaraba extinta, los derechos hereditarios perecían con ésta.

En lo tocante a los alimentos, notamos que entre las partes se generaba un deber recíproco, en el cual los derechos de los hijos/as legítimos, legitimados o naturales reconocidos eran preferentes a los del adoptado/a. Haciendo una comparación con la legislación anterior, observamos que la reforma retiró a los ascendientes del adoptante del listado de personas que tenían mejor derecho que el adoptado/a.

Sin embargo, resultó contraproducente que hubiese conservado la preeminencia de los hijos/as naturales, en tanto “...el adoptado no debía tener en ningún aspecto peor condición que éstos”²¹⁹. En consecuencia, si lo que pretendió el legislador fue asimilar la filiación adoptiva a filiación por naturaleza, fue ilógico que tal regla sólo se aplicara en materia sucesoria y no en la alimentaria.

A pesar de ello, asumimos que los eventos en los cuales el hijo/a adoptivo se vio perjudicado por la aparición de otros menores fueron esporádicos, en cuanto la Ley prohibió adoptar plenamente a quienes tenían descendencia.

²¹⁸ Ya mencionamos en el apartado de las disposiciones generales, que se llamaba pacto sucesorio a la concesión irrevocable de derechos hereditarios, hecha a nombre del adoptado en la escritura de constitución de la adopción. Eso sí, dicho pacto no podía tocar las legítimas reservadas por Ley a otras personas, ni sobrepasar de los 2/3 de la herencia.

²¹⁹ Gambón Alix, G., *La adopción*, óp. cit., p. 259.

1.3 De la adopción menos plena

La Ley de 24 de abril de 1958 no explicaba en profundidad las características de la adopción menos plena, en su exposición de motivos sólo expresaba que se configuraba “...en términos muy semejantes a los que el Código Civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida”²²⁰.

En realidad, las diferencias entre la adopción original del CC y este nuevo tipo de adopción fueron mínimas, manteniéndose así vigente dentro del sistema jurídico una figura de raíces decimonónicas.

Usualmente, la adopción menos plena se utilizaba en tres casos: i) cuando uno de los cónyuges deseaba adoptar al hijo/a legítimo, legitimado o natural reconocido del otro; ii) con los niños/as huérfanos; y iii) en los eventos en que se deseaba mejorar la situación del propio hijo/a ilegítimo, sin hacer un reconocimiento público de la paternidad o maternidad²²¹.

En lo atañero a los requisitos y prohibiciones para adoptar, se regía por lo estipulado en las disposiciones generales sin agregar requerimientos especiales. De igual modo, la patria potestad del niño/a se transfería a los adoptantes o, al adoptante si el sujeto activo era una sola persona²²².

En otro orden de ideas, dado el carácter laxo y amplio de esta adopción, sus efectos personales y patrimoniales eran restringidos. Lo primero que hay que anotar es que no provocaba el cambio total de los apellidos del adoptado/a.

²²⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

²²¹ “Por añadidura, el instituto cumple en algunos otros casos una función de indudable utilidad social. Nos referimos a que es posible que el padre o la madre ilegítimos que no pueden reconocer a su hijo se encuentren sin embargo en las condiciones precisas para adoptarlo, con lo que mejoraran su situación usando de un medio legal”. Gambón Alix, G., *La adopción*, óp. cit., p. 50.

²²² Cuando se adoptaba al hijo/a del cónyuge, la patria potestad pasaba a ser desempeñada por ambos. El hecho de que uno de los consortes fuese el progenitor natural del niño/a, no le daba derecho a ejercer unilateralmente la autoridad parental.

Al respecto, el artículo 180.3 CC prescribía: “El adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresa en la escritura de adopción, en la que en tal caso, se establecerá el orden en que haya de usarlos”²²³. Con base en dicha regla, en ciertas ocasiones se llegaban a mezclar todos los apellidos de los infantes pudiendo tener hasta tres o cuatro, situación que dejaba al descubierto su origen y dificultaba su integración social.

Paralelamente, esta adopción creaba un parentesco civil cuyo alcance dependía de lo que se pactara por las partes en la escritura de constitución; al contrario de lo que ocurría en la adopción plena, la adopción aquí analizada no se equiparaba a ninguna filiación de las existentes.

Por esa razón, el menor no perdía los vínculos con su familia de origen, al punto que ante la ausencia del adoptante su patria potestad pasaba inmediatamente a sus padres por naturaleza, quienes a la vez podían heredarle y viceversa.

En lo referente a los efectos patrimoniales, el artículo 180 CC no mencionó nada frente al derecho de alimentos; razón por la que presumimos que si en la adopción plena los obligados a suplirlos eran los padres adoptivos y, ante su imposibilidad, los naturales, para este tipo de adopción se aplicaban idénticos preceptos.

En materia hereditaria, el aludido artículo 180 determinaba que el adoptado/a sólo tendría en la sucesión del adoptante los derechos expresamente pactados en la escritura de adopción, de forma que si no se constituía pacto sucesorio o testamento a su favor, no le tocaría porción hereditaria alguna.

Prácticamente, la escritura de la adopción menos plena era el documento en el cual se señalaban sus características particulares; era allí donde se estipulaba si el adoptado/a usaría o no los apellidos de los adoptantes o si sería parte en la sucesión.

Ese rasgo concreto le adjudicaba a esta modalidad de adopción la naturaleza de contrato *inter partes*, es decir, eran los administradores de las casas de expósitos y los

²²³ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

adoptantes quienes acordaban cuáles serían los mayores o menores derechos que le corresponderían a los niños/as, conservando así el legado de la adopción original del CC de 1889.

Pese a esto, era una medida de protección de la niñez preferente a las demás, comoquiera que por su naturaleza modificaba el estado civil del niño/a y otorgaba la potestad parental a los adoptantes, cosa que no ocurría con las otras medidas administrativas de defensa de la niñez.

1.4 Diferencias entre los dos tipos de adopción

En principio, diremos que las modalidades de adopción plena y menos plena tenían en común únicamente “...la indicada transferencia de patria potestad a favor del adoptante y la referida obligación recíproca alimentaria...”²²⁴. A su vez, las múltiples diferencias que existían entre ambas las hemos sintetizado en la siguiente tabla:

SUJETOS Y EFECTOS.	ADOPCIÓN PLENA.	ADOPCIÓN MENOS PLENA.
Adoptantes	<ul style="list-style-type: none"> - Cónyuges: Debían proceder de consuno. La duración del matrimonio debía ser mayor a cinco años. - Personas viudas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cónyuges. Sin requisito de duración del matrimonio. - Personas viudas. - Personas de reconocida moralidad y solvencia, con independencia de su estado civil.
Adoptados	<ul style="list-style-type: none"> - Niños/as expósitos o abandonados, menores de 14 años, que llevasen más de tres en tal situación. - Niños/as mayores de catorce años, que hubiesen sido prohijados previamente por los adoptantes. 	<ul style="list-style-type: none"> - Niños/as que no hubiesen alcanzado la mayoría de edad. - Huérfanos.
Parentesco	El parentesco civil era análogo al surgido de la filiación por naturaleza.	El parentesco civil tenía los efectos limitados que se pactaban en la escritura de constitución.
Apellidos	El adoptado adquiría los apellidos de su familia adoptiva.	El adoptado podía usar los apellidos de los adoptantes junto con los de su familia natural, o con los impuestos por el Registrador Civil (si era de filiación desconocida).

²²⁴ Gambón Alix, G., *La adopción*, óp. cit., p. 40.

Vínculos con la familia de origen	La adopción rompía los lazos con la familia de origen, excepto los derechos hereditarios y alimenticios a favor del adoptado (relación unilateral).	Se mantenían los vínculos con la familia de origen (relación bilateral), salvo la transferencia de la patria potestad.
Derechos sucesorios	El adoptado gozaba de los mismos derechos que el hijo/a natural reconocido, además de los derechos otorgados a su favor en la escritura de adopción.	El adoptado sólo tenía los derechos pactados en la escritura de adopción.
Rescisión	Los padres naturales del menor expósito o abandonado podían pedir judicialmente la rescisión de la adopción, si demostraban que habían actuado sin culpa en el abandono y su buena conducta luego de éste.	Los padres naturales no tenían una acción de rescisión específica.

Del análisis de la Ley de 1958 se extrae que la adopción como institución familiar cumplió una doble función: por una parte, buscó proteger a los niños/as que por distintas circunstancias no contaban con un hogar estable para desarrollarse y; por otra, proporcionó a los matrimonios sin descendencia o a personas solteras la opción de disfrutar de la maternidad y paternidad²²⁵.

Un aspecto favorable de la reforma lo constituyó la eliminación de la preferencia de los ascendientes del adoptante en el derecho de alimentos. Aquélla era una regla excluyente propia del CC en su redacción original que ubicaba al niño/a en una posición de poca relevancia jurídico-social.

Así que, siguiendo la ideología de la nueva norma el adoptado (pleno o no) debía ser tratado como hijo/a, hallándose obligados los padres adoptivos a brindarle los medios necesarios para su sustento y adecuado crecimiento de forma prioritaria.

No obstante, ese deber de atención a los adoptados/as pasaba a un segundo plano cuando el adoptante tenía hijos/as legítimos, legitimados o naturales reconocidos; estos últimos infantes, legalmente contaban con preeminencia alimentaria frente a los primeros.

Actualmente, no concebimos una prescripción de ese estilo al situarse todos los hijos/as en la misma categoría. Sin embargo, para la época en la que se expidió la Ley,

²²⁵ *Ibidem*, p. 50.

las estructuras jurídico-familiares estaban construidas sobre un sistema en el que la filiación era el factor determinante en la concesión de derechos.

Referimos esto para indicar que aunque la Ley de 1958 reflejaba tal ideología, encontramos dentro de su articulado pequeños puntos de inflexión que servirían para romper paulatinamente con los esquemas familiares excluyentes. Por ejemplo, el hecho de que los niños/as adoptados plenamente contasen con derechos equivalentes a los hijos/as naturales reconocidos dentro de la sucesión fue uno de esos preceptos que se dirigió en la dirección correcta.

A su turno, una de las principales críticas que se hizo a la norma fue la concerniente a la adopción de los huérfanos. En la exposición de motivos, se adujo que no se apreciaba conveniente permitir adoptar plenamente a dichos/as pequeños/as ya que eran susceptibles de adopción menos plena.

No se comprendió la razón de ser de la aludida disposición, puesto que al haber fallecido los directamente legitimados para reclamar su guarda (los padres), esos infantes eran los que más seguridad ofrecían a la hora de ser adoptados.

Incluso, si llegásemos a pensar que la intención del legislador fue la de delegar en algún pariente la guarda de tales niños/as, evitando así tener que recurrir a la adopción u otra figura para garantizar su protección, aún carecería de fundamento la mentada prohibición.

Revisando con cuidado la norma, veremos que la posibilidad de residir con la familia extensa también se contempló en el caso de los niños/as abandonados, para quienes sí se admitió la adopción plena. Por tal motivo, creemos que no existió un impedimento real para privar a los huérfanos del derecho a ser adoptados bajo esa modalidad.

Otro reparo fuerte a esta Ley fue el relativo a la estipulación de que los niños/as expósitos debían permanecer por lo menos 3 años en esa situación antes de ser adoptados. Ya hemos nombrado en el acápite pertinente las causas por las que estimamos tal término como excesivo.

Agregaremos aquí, las razones por las que apreciamos que esa regla conllevó a que en la práctica matrimonios que cumplían con los requisitos para adoptar plenamente, se decantaran por realizar adopciones menos plenas.

Si analizamos las dos tipologías de adopción, nos encontramos con que la Ley no imponía a los pequeños/as susceptibles de adopción menos plena el deber de estar determinado tiempo en un estado. Ese simple hecho era razón suficiente para que ciertos matrimonios formalizaran adopciones de esta clase, al poder entablar una relación con el niño/a desde su más tierna infancia.

Si bien proceder de dicha forma suponía riesgos para la naciente familia adoptiva derivados de los pocos efectos jurídicos de la adopción menos plena²²⁶, muchas parejas escogían la celeridad antes que la seguridad jurídica.

Entonces, como los niños/as expósitos sólo podían ser adoptados plenamente y con más de tres años de edad, algunos matrimonios optaban por adoptar a otros infantes para quienes estaba previsto un procedimiento judicial y administrativo más sencillo.

1.5 La adopción y otras instituciones de protección de menores

Para terminar, haremos una somera diferenciación entre la adopción y algunas medidas administrativas de protección de los niños/as expósitos o abandonados, que se hallaban vigentes en la época estudiada.

En la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, el legislador afirmó que las nuevas modalidades de adopción tendrían el calificativo de plena y menos plena, dado que “...otros términos como ‘acogimiento’, ‘afiliación’, ‘prohijamiento’, tienen su propio significado y su empleo para la adopción podría resultar perturbador”²²⁷.

A pesar de la anterior aclaración, varios doctrinantes alegaron que la adopción menos plena y el prohijamiento eran figuras iguales. Particularmente, no compartimos

²²⁶ Era probable que algunos progenitores entregaran a sus hijos/as con el fin de obtener provecho económico mediante la adopción. Al no romperse los vínculos con la familia de origen, aquéllos podían llegar inclusive a heredarle.

²²⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

esa postura, dado que si bien el objeto de ambas era proporcionar protección a la niñez expósita o abandonada, había entre ellas diferencias marcadas.

La adopción detentaba naturaleza civil y solemne, mientras que el prohijamiento gozaba de carácter administrativo, oficial y no solemne²²⁸. En ese sentido, la primera creaba entre las partes un parentesco civil semejante al del padre con el hijo/a y el segundo no originaba lazos con fuerza legal.

Básicamente, el prohijamiento se definía como un acto administrativo mediante el cual la junta de la casa de expósitos, previo informe de la de Protección de Menores, entregaba uno de los niños/as por ella cobijados a una persona para que ejerciera “...respecto de él los deberes y los derechos derivados de la patria potestad, sin comprender ninguno de los que tienen un fundamento más o menos remoto en la misma (tutela, derechos legítimos, etc.)”²²⁹.

Para formalizarlo, la Administración de la casa de expósitos suscribía un documento en el que se enlistaban las obligaciones del prohijante para con el prohijado, indicando en qué proporción aquél debía brindar alimentos al menor o responsabilizarse por su educación.

Era en ese último punto, donde se solía equiparar el prohijamiento a la adopción menos plena, en razón a que la escritura pública de adopción también cumplía una función de señalar los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes en dicho negocio jurídico.

Pese a tal coincidencia, las instituciones se distanciaban profundamente en sus efectos. Una producía la transferencia de la patria potestad a los adoptantes y la otra simplemente trasladaba la guarda de los menores a los prohijantes.

Además, para dar por terminada la adopción debía invocarse una de las causas generales de extinción de los negocios jurídicos; en tanto que, el prohijamiento se acababa con la manifestación de los prohijantes acerca de su imposibilidad para continuar cuidando al menor o por decisión unilateral de la administración de la casa de expósitos.

²²⁸ Otero Varela, A., *Dos estudios histórico-jurídicos: 1. El Riepto en el Derecho Castellano-Leonés, 2. La Adopción en la Historia del Derecho Español*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1955, pp. 143 y ss.

²²⁹ Camy Sánchez-Cañete, B., “La adopción y figuras similares ante la nueva regulación”, *óp. cit.*, p. 239.

Paralela a la adopción y al prohijamiento, la otra medida que usualmente se aplicaba a los niños/as expósitos o abandonados era el acogimiento familiar, éste se entendía como “...la entrada temporal o indefinida de un menor en una familia ajena, para recibir de ella los alimentos, vestidos y educación procedentes, mediando o no retribución para ello y conservándose su tutela por el Estado”²³⁰.

De la descripción precitada se advierte que salvo el auxilio de las necesidades materiales y morales del niño/a, los rasgos distintivos entre la adopción (plena o no) y el acogimiento familiar eran bastante evidentes. La primera contaba con naturaleza pública y el segundo era un acto de naturaleza privada, casi altruista, que dependía del Estado y que podía cesar en cualquier momento.

Poco más hemos de puntualizar en relación con esta temática, excepto que aunque la adopción era el mecanismo que mayor perdurabilidad, estabilidad y derechos otorgaba a los niños/as expósitos y abandonados, no conseguía ser suficiente para cubrir la multitud de necesidades de tales infantes.

Por ese motivo, al compás de ella, el sistema de protección de menores hacía uso de otras medidas para las que se preveían trámites y requisitos más simples, laxos y céleres, por medio de las cuales era igualmente válido proteger y asistir a los aludidos niños/as.

CAPÍTULO 2. LEY 7/1970, DE 4 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA ADOPTIVA

La Ley de 24 de abril de 1958 realizó la primera reforma significativa al CC en cuanto a la adopción. Posteriormente, mediante la Ley 7/1970, de 4 de julio, *de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción*²³¹, el legislador efectuó la segunda gran reforma a dicho código en lo tocante a esta materia.

La exposición de motivos de la mencionada norma sostuvo que, aunque el legislador de 1958 dotó de fuerza jurídica a la adopción plena, también limitó

²³⁰ *Ibidem*, p. 240.

²³¹ BOE Núm. 161/1970, de 7 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-735>, última revisión 1 de octubre de 2021.

considerablemente sus efectos y fijó unas condiciones estrictas para su constitución. De la misma manera formuló la adopción menos plena como una extensión de la vieja adopción decimonónica, estableciendo requisitos laxos para su conformación.

Ante tal espectro, es decir, el de una adopción demasiado rígida y otra muy flexible, la nueva Ley se centró en perseguir dos objetivos esenciales: los de *facilitar* y *robustecer* el vínculo adoptivo²³². Para alcanzar el primer fin optó por introducir en el CC fórmulas jurídicas que aseguraran los derechos de las partes con independencia del tipo de adopción que se constituyera.

En esa línea suprimió la denominación “menos plena” asignada al segundo tipo de adopción, ya que parecía “...denotar una adopción de entidad escasa y movía a verla con recelo, ...[sustituyendo] dicha expresión por la de ‘adopción simple’, la cual, sin ser totalmente satisfactoria, parece preferible”²³³.

Así pues, la principal diferencia entre ambas adopciones quedó marcada por la calidad que adquiriría el hijo/a adoptivo. Al adoptado/a plenamente se le dispensaba, salvo marcadas excepciones, el mismo trato jurídico que al hijo legítimo; mientras que, al adoptado/a de forma simple se le ubicaba en la misma posición del hijo/a natural reconocido.

Además, para el cumplimiento del propósito de *robustecer* el vínculo adoptivo planteó la necesidad de que la condición de los niños/as adoptados fuera lo más parecida posible a la de los hijos/as legítimos. Por esa razón incorporó la posibilidad de que la adopción simple mutara en plena, siempre que se subsanaran los requisitos exigidos para ésta última; no obstante, este paso de una tipología de adopción a otra únicamente sería factible cuando representara una ventaja para el menor.

Igualmente, en lo que atañe a los menores abandonados, consideró adecuado estudiar su situación “...de manera más amplia y precisa en el plano de las disposiciones

²³² Su exposición de motivos indicaba: “Mientras en la Ley de mil novecientos cincuenta y ocho, en donde ya hizo irrupción ese propósito, entrañaba una considerable novedad respecto de las directrices imperantes en el año mil ochocientos ochenta y nueve, ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados”. *Ibidem* (recurso electrónico).

²³³ *Ídem*.

generales. El texto propuesto bosqueja un concepto del menor abandonado en términos que hacen innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito”²³⁴.

En tal virtud eliminó la categoría exposición y, en su lugar, propuso un concepto genérico de abandono en el que se incluía a todo niño/a menor de catorce años que careciera de persona que le asegurara la guarda, alimento y educación.

Contrario a lo prescrito por la Ley de 1958, en la que los menores abandonados o expósitos solamente podían ser adoptados plenamente, con la reforma de 1970 se agrupó a dichos niños/as bajo una única categoría: la del abandono, permitiendo con ello que también fuesen susceptibles de adopción simple.

Por último, en lo concerniente a la estructura meramente formal de la Ley vemos que se dividió en tres secciones, a saber: disposiciones generales (arts. 172 a 177); de la adopción plena (arts. 178 y 179) y de la adopción simple (art. 180).

2.1 Requisitos generales y específicos para cada tipo de adopción

La Ley 7/1970 estatuyó requisitos de diversa índole (personales, procedimentales, objetivos, subjetivos, etc.) que debían satisfacer las partes intervinientes en el proceso de adopción, para que ésta gozara de plenos efectos jurídicos. En ese orden de ideas y, dada la variedad de exigencias, procederemos a analizarlas clasificándolas como sigue:

2.1.1 Por parte de los adoptantes

Sin importar la modalidad de adopción, el artículo 172 CC prescribió tres requisitos generales para los adoptantes, así:

i) *Hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles*: la doctrina de la época interpretó este precepto en el sentido de pedir a los adoptantes que contaran con plena capacidad de obrar. Por ese motivo, los pródigos, los incapaces, los interdictos, los que

²³⁴ *Ídem.*

hubieran sido privados de la patria potestad y los menores de edad, no podían desempeñar dicho rol²³⁵.

ii) *Tener treinta años cumplidos*: cuando la adopción era hecha por un matrimonio bastaba con que uno de los cónyuges fuera de tal edad. Empero, para respetar el requisito de la capacidad de obrar, el cónyuge más joven debía tener mínimo veintiún años.

Asimismo, en los casos en que se deseaba adoptar al propio hijo/a natural reconocido, la Ley dispensaba el requisito de los treinta años permitiendo la adopción a partir del momento en que el progenitor obtenía la mayoría de edad.

iii) *Tener dieciséis años más que el adoptado/a*: este requerimiento era inexcusable cuando quien adoptaba era una persona sola (viuda o soltera). *A contrario sensu*, en los eventos en que la adopción era efectuada por un matrimonio bastaba con que uno de los cónyuges cumpliera dicha exigencia²³⁶.

Por otra parte, la norma previó un conjunto de condiciones adicionales que tenían que reunir quienes aspiraran a adoptar plenamente. En primer lugar, sí la adopción se realizaba por un matrimonio, los cónyuges tenían que vivir juntos, proceder de consuno y llevar más de cinco años casados.

Excepcionalmente se admitía que adoptase uno sólo de los consortes, pero éste debía ser aquél declarado inocente en virtud de ejecutoria de sentencia de separación legal; también, le estaba permitido al esposo/a adoptar al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo/a de su pareja.

²³⁵ Fernández Martín-Granizo, M., “La adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 24, Núm. 3, 1971, pp. 701-703, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1971_ANUARIO_DE_DER_ECHO_CIVIL&fasc=3, última consulta 1 de octubre de 2021.

²³⁶ En relación con los requisitos de edad de los adoptantes y diferencia de edad con el adoptado, la exposición de motivos de la norma aducía: se “Rebaja la edad exigida al adoptante, que pasa a ser ahora la de treinta años y es solución concorde con el Derecho comparado, justificada también por la mayor facilidad con que hoy se anticipa si se carece de posibilidad de descendencia. El precepto que regula este punto incorpora un inciso determinativo de que en la adopción por los cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado la edad de treinta años; y así el supuesto de la adopción plena se torna en este aspecto más flexible.... La diferencia de edad entre adoptante y adoptado también experimenta un correctivo en sentido análogo al quedar expresada en dieciséis años”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-735>, última revisión 1 de octubre de 2021.

En segundo lugar, se aceptaba que adoptasen plenamente el padre o madre al propio hijo/a natural reconocido y las personas en estado de viudez o soltería. Por la forma en que quedó redactada la Ley, los solteros solamente debían cumplir con los requisitos planteados en las disposiciones generales para ser adoptantes plenos; por el contrario, los casados tenían que reunir las condiciones especiales de convivencia, procedencia de consuno y duración del matrimonio para adquirir dicha condición.

En tal virtud si el fin perseguido por la Ley era el asimilar la filiación adoptiva a la legítima, no se comprendía el porqué del duro trato dispensado a las parejas y la laxitud en cuanto a las personas solteras. Con independencia de ello sería el Juez competente para conocer la adopción el encargado de valorar qué era lo más beneficioso para el adoptado/a²³⁷.

2.1.2 Por parte de los adoptados/as

Como regla general en la Ley de 1970 no había límites legales, ni mínimos ni máximos, en relación con la edad del adoptado/a; por ende, cualquier persona, mayor o menor, cuya diferencia de edad con el adoptante fuera de al menos dieciséis años²³⁸ podía ser adoptada.

Asimismo, el adoptado/a debía contar únicamente con capacidad jurídica y eran irrelevantes su estatus de filiación (hijo/a legítimo, legitimado o ilegítimo), su situación familiar (soltero o casado) o su religión, a la hora de constituir legalmente la adopción²³⁹.

A su turno, una de las variaciones de esta Ley la constituyó la posibilidad de adoptar a los propios hijos/as naturales reconocidos. Así pues, al grupo de los hijos/as legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos del cónyuge se sumó la opción de que el padre o madre adoptaran a sus propios descendientes.

²³⁷ García Cantero, G., “El nuevo régimen de la adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 24, Núm. 3, 1971, p. 832, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1971_ANUARIO_DE_DER_ECHO_CIVIL&fasc=3, última consulta 1 de octubre de 2021.

²³⁸ Cuando se trataba de la adopción de los propios hijos/as naturales reconocidos se omitían los requisitos relacionados con la edad.

²³⁹ García Cantero, G., “El nuevo régimen de la adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., pp. 821-822.

La anterior modificación descansó en tres argumentos principales: “...el hecho de que siempre se ha reputado justificada la adopción por un cónyuge de los hijos del otro (entre ellos los naturales); las señaladas prerrogativas que se atribuyen al hijo adoptivo de las que ha parecido oportuno no privar al hijo natural y, finalmente, la idea de ajustarse así a la ‘muy difundida corriente de dignificación de la filiación natural’”²⁴⁰.

Sin embargo, para algunos doctrinantes la prerrogativa en favor de los hijos/as naturales incorporada en la reforma simplemente fue un cuidado paliativo para el problema real de estratificación de la descendencia. La fuerza jurídica del vínculo adoptivo se basaba en la imitación, es decir, mediante la Ley se creaba una ficción jurídica que copiaba a la sanguínea; por su parte, la filiación por naturaleza gozaba de fuerza jurídica en sí misma. En ese orden de ideas, intentar conceder más peso legal a una relación producto de la Ley que a una de origen biológico resultaba contraproducente²⁴¹.

Al padre o madre al que se le extinguía la filiación por naturaleza se le concedía la adoptiva, motivo por el cual creemos que el legislador debió procurar la protección legal del hijo/a ilegítimo en sí, sin buscar mecanismos legales forzados para mejorar su condición.

Pasando a otro punto, tenemos que en lo correspondiente a los menores abandonados y huérfanos la Ley abrió campo a la posibilidad de que fuesen adoptados de manera plena o simple, alejándose de la legislación precedente que sólo permitía la adopción plena de los abandonados y la simple (menos plena) de los huérfanos.

Centrándonos específicamente en la adopción plena, la norma indicó que podrían ser adoptados bajo esa modalidad: i) los menores de catorce años; ii) los mayores de esa edad que, antes de alcanzarla, estuvieren viviendo en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos; y iii) los también mayores de dicha edad que, pese a carecer de la convivencia previa, se hallaren unidos a los adoptantes por vínculos familiares o afectivos.

²⁴⁰ Arce y Flórez-Valdés, J., “Análisis de la nueva legislación sobre adopción”, *Documentación Social: Revista de Desarrollo Social*, tercera época, Núm. 3, julio-septiembre, 1971, p. 45, disponible en: <https://www.caritas.es/main-files/uploads/1971/06/DS10003-INFANCIA-ABANDONADA-Y-ADOPCION-ocr.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 46-47.

Podemos ver que en esta nueva regulación el legislador decidió flexibilizar las exigencias para que un menor pudiera ser sujeto de la adopción plena. En consecuencia, se prescindió de la calidad de abandonado en el adoptando/a²⁴² y se eliminó el requisito del prohijamiento para los niños/as mayores de catorce años, que fue reemplazado por el de la simple convivencia²⁴³.

Finalmente, para la adopción simple no se impusieron requerimientos diversos de los descritos en las disposiciones generales.

2.1.3 Procedimiento para la formación del negocio jurídico de adopción

La Ley estableció tres fases por las que debía pasar el negocio jurídico de adopción para perfeccionarse, así: la judicial, la notarial y la registral. Contrario a lo que ocurría en la Ley de 1958 con la modificación de la Ley 7/1970 se determinó que sería el Juez competente, con preceptiva audiencia del Ministerio Fiscal, el encargado de tramitar el expediente de adopción a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria²⁴⁴.

En ese orden de cosas, una vez abierto el expediente el Juez recibiría las declaraciones de voluntad de las partes en los términos del artículo 173 CC²⁴⁵. Luego, verificaría el cumplimiento de todos los requisitos formales de la adopción y pasaría el expediente al Promotor Fiscal para que emitiera el dictamen correspondiente.

Finalmente, valoraría la conveniencia y utilidad de la adopción para el adoptado/a y dictaría auto aprobándola o denegándola. En la aludida providencia también concedería

²⁴² Eliminado por lo tanto el requisito de permanecer por más de tres años en situación de abandono, lo cual había sido duramente criticado por la doctrina.

²⁴³ Fernández Martín-Granizo, M., “La adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 717.

²⁴⁴ Recordemos que en la norma precedente eran los administradores de las casas de expósitos quienes tenían asignada dicha función.

²⁴⁵ “(...) Habrán de prestar consentimiento para la adopción:

A) El adoptante y su cónyuge.

B) El adoptando mayor de catorce años y su cónyuge. En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando.

C) El padre y la madre, conjuntamente o por separado del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad.

D) El tutor con autorización del consejo de familia si la tutela estuviere constituida.

Deberán simplemente ser oídos el adoptado menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado. Cuando se trate de huérfanos, serán también oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos (...). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-735>, última revisión 1 de octubre de 2021.

la autorización y licencia judicial para que la adopción se llevara a efecto, mandando que se librara y entregara a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la escritura pública²⁴⁶.

Por su parte, la fase notarial comprendía la concesión de la escritura pública según lo plasmado en el artículo 175.1 CC; con la reforma se eliminó la posibilidad de constituir pacto sucesorio a favor del adoptado/a, de forma que la escritura era un mecanismo para probar la existencia de la adopción que gozaría de validez en cuanto recogiera fielmente las disposiciones del auto aprobatorio de la misma²⁴⁷.

En igual modo, la fase registral abarcaba la inscripción de dicha escritura en el registro civil respectivo. El artículo 175.2 CC prohibía expresamente la publicación de datos que revelaran el origen del adoptado o su condición de tal, así como la expedición de certificación literal de su nacimiento; proscripciones que sin lugar a dudas obedecieron al interés del legislador por proteger la fuerza jurídica de la filiación adoptiva, evitando cualquier actuación que pudiese perjudicar el normal desarrollo de los menores.

2.2 Prohibiciones para adoptar

La reforma mantuvo la mayoría de prohibiciones previstas en la Ley de 1958, excepto la relativa a quienes tuviesen descendientes legítimos, legitimados y naturales reconocidos. Dicha supresión se dio con el fin de flexibilizar el proceso adoptivo y facilitar la constitución del vínculo familiar entre las partes.

²⁴⁶ Para mayor información acerca del procedimiento de adopción pueden verse los artículos 1825 a 1832 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, *por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil*, Gaceta 36/1881, de 5 de febrero, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1881-813>, última revisión 1 de octubre de 2021.

²⁴⁷ En lo relativo al perfeccionamiento del negocio jurídico de adopción, en la STS 562/1973, de 28 de mayo, se indicó: “...casi toda la doctrina científica, estima, que hasta tanto no se llegue al otorgamiento de la escritura pública, no queda perfeccionada la adopción, pues ella, es la que recoge el consentimiento firme de las partes, y como la ley [7/1970]...se refiere al establecer, que aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente, **da a entender que la perfección de este contrato se alcanza con el otorgamiento de aquélla, aunque la adopción, necesite para su existencia, no solamente el acto material de la escritura, sino también la autorización judicial y el consentimiento de las partes, como momentos todos ellos del mismo acto que tienen igual valor constitutivo...**” (negrita no original), disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bb1f7d5d0e02c064/20130621>, última consulta 13 de octubre de 2020.

Sin embargo, el artículo 173 (párrafo final) CC sostuvo que en los casos de preexistencia de hijos/as el Juez debía valorar la conveniencia de la adopción para el adoptado/a. Por consiguiente, aunque se procuró igualar la filiación adoptiva a los demás tipos de filiación (legítima o natural) tal prescripción no fue absoluta, sino que se acudió a la discrecionalidad judicial para verificar que en la realidad sociofamiliar esa tenencia de hijos/as no sería perjudicial al adoptando/a.

Ahora bien, el artículo 172 CC prohibió la adopción a: i) las personas a quienes su estatuto religioso les prohibía el matrimonio; ii) el tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela; y iii) uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, salvo que fuese aquél declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación.

En relación con la última prohibición está claro que los cónyuges podían adoptar de manera conjunta o separada. Normalmente en la adopción plena la Ley imponía a la pareja la obligación de actuar de consuno; no obstante, cuando se deseaba adoptar al hijo/a legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del consorte o, cuando se quería adoptar al propio hijo/a natural reconocido, la norma permitía que sólo el cónyuge adoptante se ligara con los efectos de la adopción siempre que contara con la anuencia de su pareja.

Asimismo, como para la adopción simple no se estipulaba el deber de obrar conjuntamente, se sobreentendía que uno de los cónyuges podía adoptar a título individual una vez obtenido el consentimiento de su consorte.

De tal suerte que al ser la adopción una institución civil que afectaba a la familia en su totalidad, siempre que un cónyuge deseara adoptar, ya fuese de forma plena o simple, era imprescindible el consentimiento del otro. Siendo viable prescindir del aludido consentimiento solamente cuando quien adoptaba era el consorte declarado inocente dentro del proceso de separación.

2.3 Efectos de ambos tipos de adopción

Dado que en las disposiciones generales de la Ley y en las secciones referentes a la adopción plena y simple se estipularon efectos comunes e individuales para cada una de las dos modalidades de adopción, procederemos a explicarlos en la siguiente tabla:

EFECTOS		ADOPCIÓN PLENA	ADOPCIÓN SIMPLE
P E R S O N A L E S	PATRIA POTESTAD	Al adoptante/s le era conferida la patria potestad del adoptado/a menor de edad. Cuando se procedía de consuno dicha función se atribuía al padre y, en su defecto, a la madre. Cuando se procedía por separado dicha función se atribuía al padre o madre que adoptase, en los términos del artículo 154 CC.	En iguales términos que en la adopción plena.
	DERECHO A APELLIDOS	El adoptado/a ostentaba como únicos apellidos los de su familia adoptiva.	La sustitución de los apellidos del adoptado/a por los del adoptante, o la combinación de los apellidos de la familia adoptiva y natural, se debía pactar en la escritura de constitución de la adopción. Ante la ausencia de pacto expreso, el menor conservaba los apellidos de su familia de origen.
	PARENTESCO	El hijo/a adoptivo tenía con los adoptantes un parentesco equivalente al de la filiación legítima.	En iguales términos que en la adopción plena.
	OBLIGACIONES CON LA FAMILIA DE ORIGEN	Al adoptado/a no le eran exigibles deberes por razón del parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza.	En los mismos términos que la adopción plena.
P A T R I M O N I A L E S	SUCESIÓN	Ante la ausencia de otros hijos/as, el adoptado/a ocupaba el mismo lugar que el hijo/a legítimo. Si el adoptado/a concurría a la herencia con más hijos/as legítimos o naturales reconocidos, su porción hereditaria variaría según lo ordenado en el artículo 179 CC. Los adoptantes ocupaban en la sucesión la misma posición que los padres legítimos. Los parientes por naturaleza no ostentaban derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado/a.	El adoptado ocupaba igual posición que el hijo/a natural reconocido. Los adoptantes ocupaban el mismo lugar que los padres naturales. Los parientes por naturaleza no tenían derechos en la herencia del adoptado/a.

	DERECHO A ALIMENTOS	Se producía un deber de alimentos recíproco entre el adoptado/a y los adoptantes. El adoptado no podía exigir alimentos de sus parientes por naturaleza y viceversa.	En iguales términos que en la adopción plena.
--	---------------------	---	---

En lo relacionado con el parentesco el artículo 176.2 CC determinó que la adopción lo causaba entre los adoptantes, de una parte, y el adoptado/a y sus descendientes, de otra; eliminando la expresión “descendientes legítimos” contenida en el texto de 1958. Dicha supresión obedeció a la equiparación que del hijo/a adoptivo se hizo al legítimo en la Ley de 1970, mediante la cual se buscó quitar algunos rasgos discriminatorios de la norma precedente.

Pese a esto, es decir, a que esa fue la ideología transversal de la reforma, se siguieron manteniendo algunas disposiciones restrictivas tales como la no creación de parentesco entre el adoptado/a y la familia extensa del adoptante/s.

A su turno, vemos que otra de las grandes variaciones de la Ley se dio en el aspecto sucesorio. En su intención de fortalecer el vínculo adoptivo el legislador estableció en el artículo 179.1 CC, lo siguiente: “El hijo adoptivo [pleno] ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos”²⁴⁸.

Empero, al lado de dicho principio general de equiparación, se señalaron dos particularidades en cuanto a los beneficiarios de la herencia o, en otras palabras, distintos escenarios y personas con las que podía concurrir el adoptado/a plenamente dentro la sucesión, que plantearon algunos inconvenientes a la hora de materializar esa igualdad real entre filiaciones.

La primera particularidad estaba explicada en el artículo 179.2 CC e indicaba: “Concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, [el hijo/a adoptivo] no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido”²⁴⁹. Con esta previsión el legislador quiso evitar que con la asignación de la mejora se colocara al adoptado/a en una posición favorable frente a los hijos/as legítimos, en tanto la

²⁴⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-735>, última revisión 1 de octubre de 2021.

²⁴⁹ *Ibidem* (recurso electrónico).

adopción no podía usarse como un mecanismo para perjudicar los derechos de estos últimos²⁵⁰.

A nuestro parecer el anterior mandato fue un rezago de la filosofía decimonónica, puesto que si el hijo/a adoptivo hubiese sido considerado completamente igual al legítimo/a, al legislador no le habría importado que éste obtuviese una mayor porción hereditaria; esto es, al ser tratado como legítimo habría contado con la probabilidad de ser mejorado incluso por encima de sus hermanos/as tal y como solía ocurrir en la realidad social.

En cambio, lo que quedó impreso en la Ley fue una prohibición expresa que impedía al hijo/a adoptivo estar en una condición ventajosa respecto a los herederos legítimos. No obstante, de la lectura exegética del precepto se puede concluir que la aludida regla regía sólo en la sucesión testamentaria, de forma que en la *ab intestato* el adoptado/a sí gozaba de iguales derechos que los hijos/as legítimos en los términos de los artículos 808 y ss. CC²⁵¹, así como de la opción a ser mejorado según las pautas de los artículos 823 a 833 del mismo Código²⁵².

Por su parte, la segunda particularidad introducida en la Ley se hallaba en el artículo 179.3 CC, así: “Si [el hijo/a adoptivo] concurre con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo”²⁵³.

En su interés por beneficiar a los hijos/as naturales reconocidos, el legislador usó la modificación hecha al CC en materia adoptiva para igualar la porción hereditaria de aquéllos con la de los adoptados plenamente. Así las cosas, la norma equiparó al “...hijo

²⁵⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Los efectos sucesorios de la adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 24, Núm. 3, 1971, p. 944, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1971_ANUARIO_DE_DER_ECHO_CIVIL&fasc=3, última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁵¹ Artículo 808: “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, **podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos**. La tercera parte restante será de libre disposición” (resaltado fuera del texto). Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última revisión 1 de octubre de 2021.

²⁵² Artículo 823: “El padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítima. Esta porción se llama mejora”. *Ibidem* (recurso electrónico).

²⁵³ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-735>, última revisión 1 de octubre de 2021.

plenamente adoptivo con los legítimos a efectos sucesorios (siempre limitados a la sucesión del padre adoptante) y, además, aprovech[ó] la ocasión para equipararles en su caso, también en esa misma materia, al hijo natural”²⁵⁴.

La referida interpretación no presentaba inconvenientes en los eventos en que el adoptado/a acudía a la sucesión con una sola clase de hijos/as, pero ¿qué ocurría cuando en la sucesión participaban hijos/as de distintas procedencias?, el criterio asumido por la doctrina fue el de igualar la porción hereditaria de los hijos/as adoptivos con la de los legítimos y dejar que los hijos/as naturales heredaran conforme a lo ordenado en el artículo 840 CC, que decía: “Cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos e hijos naturales legalmente reconocidos, **tendrá cada uno de éstos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición**, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral” (resaltado propio)²⁵⁵.

Traemos a colación la anterior situación habida cuenta que era ahí en dónde resultaba provechoso adoptar al propio hijo/a natural reconocido. El deber de protección de los padres hacia sus descendientes adquiriría mayor relevancia en el campo sucesorio; de suerte que, cuando se juntaban herederos de diversas filiaciones la adopción se convertía en un medio para brindarle a los hijos/as naturales la oportunidad de heredar como los adoptivos, o sea, en análoga posición a los legítimos.

Imaginemos el caso de una persona casada que, antes de contraer matrimonio, tenía un hijo/a natural reconocido; si ese progenitor deseaba amparar los derechos de su hijo/a poseía la opción de adoptarlo/a (con el consentimiento de su consorte) y otorgarle un lugar en la herencia semejante al del hijo/a legítimo (2/3 de legitima). De lo contrario, ese infante sólo heredaría la mitad de lo que le correspondiese al hijo/a legítimo no mejorado de acuerdo con los parámetros del mencionado artículo 840 CC.

²⁵⁴ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Los efectos sucesorios de la adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 940.

²⁵⁵ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última revisión 1 de octubre de 2021. Para sustentar esta interpretación de la Ley véanse: García Cantero, G., “El nuevo régimen de la adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., pp. 849-851 y; Fernández Martín-Granizo, M., “La adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., pp. 776-777.

Para finalizar anotamos que aunque la Ley contempló esa posibilidad de adopción de los menores reconocidos, erró al no proteger los derechos de los demás hijos/as ilegítimos (naturales no reconocidos, bastardos y adulterinos) quienes siguieron siendo receptores de exclusiones y discriminaciones socio culturales emanadas de su origen.

La mayoría de esos pequeños/as eran concebidos por fuera del matrimonio, así que para propiciarles un mínimo de derechos hereditarios los padres o madres biológicos/as solían realizar adopciones encubiertas, previo consentimiento favorable de sus cónyuges, a través de las que lograban eludir la vergüenza social derivada de las relaciones extramatrimoniales.

Lamentablemente en esas circunstancias los derechos de los niños/as quedaban indubitadamente supeditados a la “buena” voluntad de los progenitores. Comoquiera que el artículo 845.1 CC afirmaba que “Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales sólo tendrán derecho a los alimentos”²⁵⁶, el único modo para que formaran parte de la sucesión era mediante la adopción (plena o simple) o el reconocimiento.

2.4 Irrevocabilidad y causas de extinción de la adopción

En principio el artículo 177.1 CC sostuvo que la adopción era irrevocable, expresando además en su párrafo segundo que “La prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación no afecta a la adopción”²⁵⁷. Al comparar tal artículo con el 175 de la norma de 1958, tenemos que la reforma agregó la legitimación al listado de acciones que no alteraban la formación de la adopción.

La postura del legislador y de los Tribunales en lo relativo a este aspecto fue bastante evidente, el vínculo adoptivo debía ser robusto y permanente. Por ejemplo, en la STS 277/1975, de 7 de julio, se estudió el caso de una niña que, luego de ser abandonada por sus progenitores, fue dada en adopción; con el paso del tiempo, sus padres biológicos

²⁵⁶ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última revisión 1 de octubre de 2021.

²⁵⁷ *Ibidem* (recurso electrónico).

quisieron recuperar su patria potestad para lo cual contrajeron matrimonio y realizaron la legitimación correspondiente.

En ese momento, el Tribunal explicó que la sola legitimación de un hijo/a no era óbice para que los progenitores naturales recobraran su patria potestad y, menos aún, cuando los niños/as habían sido declarados en situación previa de abandono. Así pues, la fuerza jurídica de la filiación adoptiva no se veía afectada por la mentada legitimación²⁵⁸.

Respetando esa línea el artículo 177.3 y ss. CC fue bastante estricto a la hora de fijar las excepciones al principio de irrevocabilidad, indicando que únicamente en tres eventos se podía solicitar del Juez la extinción de la adopción. Las personas facultadas para demandar la referida extinción eran:

i) el mismo adoptado/a, dentro de los dos años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que hubiese desaparecido la incapacidad, si su petición se fundaba en alguna de las causas que daban lugar a la desheredación de los ascendientes. Es decir, cualquiera de las situaciones previstas en los artículos 756 (números 1, 2, 3, 5 y 6) y 854 CC²⁵⁹.

ii) El padre o madre legítimos o naturales, dentro de los dos años siguientes a la adopción, solamente en el caso que no hubieran intervenido en el expediente de adopción, ni prestado su consentimiento, si probaban que había sido por causa no imputable a ellos.

Algunos doctrinantes consideraron ajustada a derecho esta facultad otorgada a los padres, en la medida en que se convirtió en un medio para atenuar la dureza del artículo

²⁵⁸ “...la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, como establecida en beneficio de los hijos,...y por ello, cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la formación o educación moral del hijo, cabe privar o suspender a aquellos del ejercicio de la patria potestad, **ante la posibilidad de que el reconocimiento tardío esté influenciado por móviles interesados**; pero la sentencia impugnada no decreta tal privación ni suspensión..., dado que la base esencial del fallo es la afirmación de que **la situación de abandono en que los padres han tenido a su hija es obstáculo suficiente para que adquieran la patria potestad por el solo hecho de la legitimación...**” (negrita fuera del texto), disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/af6abb880af1e14a/19750101>, última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁵⁹ Artículo 854: “Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes: 1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 169. 2.ª Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo. 3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última revisión 1 de octubre de 2021.

174 CC. Según la citada disposición, si se declaraba a un menor en abandono se prescindía del consentimiento de sus progenitores para la adopción.

Por consiguiente, ante la existencia de motivos justificados que demostraran la ausencia de culpa en el abandono, era razonable que los padres biológicos contaran con una oportunidad, por mínima que fuese, para recuperar la patria potestad de sus hijos/as²⁶⁰.

No obstante, para otro sector de la doctrina la redacción del precepto sobre la irrevocabilidad resultó desafortunada porque suscitó "...la posibilidad de revocación por parte de los padres, aún en el caso de que, por las circunstancias que se hubiesen dado en el momento de la adopción, hubiesen solamente de ser oídos en ella. Y así, al no especificar, quienes en su momento no les hubiese sido dado en modo alguno impedir la adopción -dada la no vinculación a la audiencia-, se les otorga ahora la facultad para revocarla..."²⁶¹.

Para explicar lo anterior es preciso recordar lo estipulado en el artículo 173 CC que trató el tema del consentimiento en la adopción. De acuerdo con este precepto el padre o madre a quienes se les hubiera privado de la patria potestad sólo debían ser oídos dentro del expediente de adopción, sin que su criterio fuese vinculante para el Juez.

Así las cosas, resultaba ilógico premiar a ciertos progenitores que, a sabiendas de las consecuencias legales que de ello se desprendían, preferían no hacerse parte dentro del proceso de adopción con el propósito de demandar la extinción cuando sus condiciones económicas o sociales eran más favorables.

Recordemos que la mayoría de casos de abandono se veían ligados a la escasez de recursos o a desaprobación social de las relaciones previas al matrimonio; de forma que en ocasiones las personas decidían no participar en el trámite de adopción e impetrar la acción de extinción, alegando el supuesto desconocimiento de dicho procedimiento y el presunto abandono involuntario del menor.

²⁶⁰ García Cantero, G., "El nuevo régimen de la adopción", *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 860.

²⁶¹ Arce y Flórez-Valdés, J., "Análisis de la nueva legislación sobre adopción", *Documentación Social: Revista de Desarrollo Social*, óp. cit., pp. 45-46.

iii) El Ministerio Fiscal, siempre que llegaran a su conocimiento motivos graves que afectaran el cuidado del menor de edad o incapacitado. Esta facultad del órgano estatal no fue un medio para violar el principio de irrevocabilidad de la adopción cuando se alteraban las circunstancias del medio familiar en el que crecía el infante; más bien, atendió al cumplimiento de los deberes de vigilancia y control de legalidad encomendados a ese ente público.

Igualmente, como la Ley excluyó a los adoptantes y a sus familiares del grupo de personas que podían requerir la extinción de la adopción, se contempló la posibilidad de que el Ministerio Fiscal actuara a instancia de aquéllos en los eventos en los que había causales de peso para dar por finalizado el vínculo adoptivo.

2.5 De la definición legal de abandono

Aunque históricamente el abandono fue una construcción social antes que una figura jurídica, el legislador de 1970 pretendió proporcionar una definición fáctica legal del mismo en pro de dotarlo de una mayor estabilidad. Por esa razón estatuyó un concepto en el que englobó a todos/as los niños/as privados de asistencia y cuidado sin realizar ningún tipo de distinción entre ellos/as.

En ese orden de ideas, como hemos mencionado en precedencia, retiró del ordenamiento jurídico el término “expósito” y en su lugar conjugó en el artículo 174 CC dos clases de abandono: el general, simple o stricto sensu y; el particular, cualificado o abandono-exposición.

2.5.1 Abandono general o stricto sensu

El citado artículo 174.2 CC, indicaba: “Se considerará abandonado al menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias”²⁶².

²⁶² Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última revisión 1 de octubre de 2021.

En comparación con la Ley de 1958 advertimos que la reforma mantuvo la edad de catorce años como la máxima para estimar a un niño/a en abandono; sin embargo, en lo relativo al concepto en sí operó dos grandes cambios.

Primeramente, se decantó por dar al abandono un carácter eminentemente objetivo; al introducir la expresión “carezca de persona” dentro del texto del artículo se alejó de la normativa previa en la que el abandono era una situación de acción-resultado. Esto es, por la interpretación doctrinal de la Ley de 1958 se entendía que los actos culpables de los responsables legales de los menores debían llevar al hecho inequívoco de su desprotección, sólo cuando se enlazaban esos dos factores se asumía que un niño/a era abandonado.

En contraste, con la reforma la persona que abandonaba no tenía que ser únicamente aquella a la que legal o naturalmente le compeliere el cuidado del infante, sino todo individuo que por X o Y motivo dejaba de asegurar su guarda, alimento y educación. Por ende, al no circunscribir el deber de amparo a un sujeto/s determinado/s se entendía que si un individuo, cualquiera que fuese, suplía las carencias del niño/a no existía un estado de abandono²⁶³.

De ese modo, lo que en la Ley de 1958 era una condición subjetiva en la que las acciones de los padres o responsables legales del niño/a inexorablemente producían su indefensión, en la norma de 1970 pasó a ser una situación objetiva, esto es, con independencia de quién abandonara lo esencial era la desprotección que padecía el infante.

En segundo lugar, la reforma indicó que era irrelevante el factor voluntad a la hora de calificar el estado de abandono. La línea expositiva marcada por el legislador se inclinaba desde todas las vertientes hacía la objetividad; no era determinante si los padres,

²⁶³ “El simple abandono puede ser realizado mediante declaración expresa o tácita de voluntad de la persona encargada de la guarda, alimento y educación del menor de catorce años. Obsérvese que no se exige que tal situación sea provocada precisamente por el titular de la patria potestad; podía darse el caso de que el padre y la madre, al ausentarse de España para trabajar en el extranjero, hubieran entregado sus hijos menores de catorce años a parientes o personas de su confianza, o, incluso, a un centro docente en calidad de interno, y que por el descuido o negligencia de estas personas o entidades viniera a resultar procedente la declaración judicial de abandono...”. García Cantero, G., “El nuevo régimen de la adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 823.

tutores, guardadores, etc. deseaban o no desatender al niño/a, lo fundamental era que aquél quedaba sin asistencia.

2.5.2 Abandono particular o abandono-exposición

Para definir el segundo tipo de abandono la Ley tomó la ya conocida exposición y la refundió dentro de la categoría genérica abandono. El artículo 174.3 CC, dispuso:

“La entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos:

- a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación.
- b) Cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores

En uno y otro caso, la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por si sola el referido plazo²⁶⁴.

La lectura del artículo nos sugiere que el abandono-exposición se daba en tres casos, todos ellos cualificados por la entrega del menor. El primero caracterizado porque la aludida entrega se efectuaba sin datos acerca de la procedencia de los pequeño/as, o sea, de forma anónima; aquí resultaba indiferente que la dejación fuera hecha personalmente por los padres del niño/a o por otra persona, dado que el desconocimiento de la información acerca de su familia bastaba para presumir la voluntad tácita de abandono.

En el segundo caso la entrega del menor estaba acompañada de la manifestación expresa de la voluntad de abandono por parte de sus padres. Esa declaración de intención podía hacerse de manera oral, si quienes lo dejaban en el establecimiento de beneficencia eran sus progenitores, o bien mediante cualquier medio (normalmente escrito) a través del que pudiera constatarse el deseo indubitable de desatención.

²⁶⁴ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

Y, el tercer caso se distinguía porque la voluntad de dejación se infería de actos posteriores a la entrega misma. En tales eventos era tarea de los jueces examinar cuál había sido la conducta de los progenitores luego de colocar al niño/a bajo el cuidado de la institución benéfica, para deducir si su intención verdadera era la de abandonarlo o no.

Eran estos supuestos los que producían mayores inconvenientes a la hora de aplicar la norma. Al consignarse literalmente en el precepto que la mera petición de noticias no era una prueba fehaciente del deseo de mantener la patria potestad sobre los infantes, se interpretaba que las acciones de los padres tenían que ser continuadas y reales, es decir, de una trascendencia tal que inequívocamente demostraran el interés efectivo de asistencia de aquéllos para con sus hijos/as²⁶⁵.

Por ejemplo, en la STS 338/1977, de 25 de octubre, se estudió el caso de una madre que, transcurridos ocho días desde del alumbramiento de su hija, se ausentó del establecimiento hospitalario sin reconocer o registrar a la pequeña; pasados 6 meses sin que se tuvieran noticias de su paradero, la niña fue declarada en abandono y dada en adopción.

En esa oportunidad el Tribunal denegó las peticiones de la demanda impetrada por la referida madre para recobrar la patria potestad sobre su menor hija, en tanto el desinterés mostrado por ésta desde en el propio momento del nacimiento (al no registrarla o reconocerla) hizo que se infiriera esa voluntad de abandono y se autorizara su adopción²⁶⁶.

²⁶⁵ Se calificaban como tales las visitas continuadas al centro donde estaba internado el menor, las salidas constantes con éste, el apoyo académico, y en general, todo acto que implicara compartir tiempo con el infante en pro de mantener viva la relación filial y su posible retorno al medio de origen.

²⁶⁶ La postura del Tribunal quedó definida de la siguiente manera: “a) porque bajo una interpretación lógica y contextual del meritado precepto [art. 174.3 CC-abandono cualificado], se llega claramente a la conclusión que **tanto vale, que la entrega obedezca a una conducta activa, como acto positivo de dar o transmitir o simplemente, a una conducta o acto pasivo, de dejación o desamparo**, tendente a que la casa de beneficencia, en la que tiene lugar, lo tome bajo su custodia o protección, de igual modo que si lo hubiese sido de aquella otra manera, puesto que de una u otra forma se cumple la misma finalidad: la de que el menor sea recogido en el establecimiento benéfico que es a lo que se refiere el citado artículo; b) porque si en el supuesto del apartado a) la calificación de abandono se hace estribar en la falta de datos que revelan su filiación, **en el apartado b) es la voluntad de los padres de abandonar al menor, la que lo determina, y según el propio precepto, dicha voluntad puede ser expresa o bien inferida de los actos posteriores, y cual señala el Juzgador de instancia, nada más reveladores de dicha voluntad de abandono, que los hechos relatados, todos ellos remitidos a la conducta seguida por la madre del menor con posterioridad a su alumbramiento...**” (resaltado no original). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a952722a5a34204/19770101>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Entonces, a guisa de conclusión diremos que mientras en el abandono general el elemento volitivo o intencional de los ascendientes resultaba irrelevante para calificar la situación, en el particular adquiriría significancia puesto que era el factor esencial a la hora de aprobar o no la adopción de los niños/as.

Creemos que la importancia que el legislador confirió a la intencionalidad en esta clase de abandono atendió a la función meramente asistencial de las instituciones asilares. En muchas ocasiones, dichos establecimientos únicamente procuraban aligerar las cargas económicas de algunas familias pobres mediante el cuidado temporal de sus hijos/as; de modo que habría sido un error permitir la adopción de estos infantes entre tanto sus progenitores ejercían todas las acciones necesarias para salir de la escasez económica y recobraban su custodia.

2.5.3 La interpretación del concepto de abandono general a la luz de la jurisprudencia y la doctrina

La configuración objetiva del abandono general se basó en los principios del interés superior del niño/a, dado que su protección estaba por encima de los deseos de sus padres y, de seguridad jurídica, ya que la desatención material y moral de los pequeños/as era una causa suficiente para constituir la adopción.

No obstante, por la manera en que fue redactado el artículo 174.1 y 2 CC originó múltiples inconvenientes a la hora de su aplicación práctica, de suerte que haremos referencia a dos de las principales críticas hechas por los doctrinantes a este respecto, así:

i) Paradójicamente la Ley que impedía a los padres abandonantes oponerse a la adopción mientras se estaba tramitando el expediente, puesto que según el artículo 174.1 CC únicamente podían ser oídos, también les otorgaba la opción de interponer una acción judicial para solicitar su extinción (cuando ya había sido constituida) siempre que demostrasen ausencia de culpa en el abandono.

Si la intención del legislador era la de proporcionar una oportunidad a los progenitores para reclamar la custodia de sus hijos/as, habría sido mejor que la justa causa para la dejación de los infantes se alegara antes de realizar la adopción y no en el plazo

de dos años a partir de su aprobación, tiempo en el que posiblemente los menores habían desarrollado un apego con su familia adoptiva.

ii) De la interpretación exegética del artículo 174.2 CC se dedujo que sólo se valoraría la existencia de abandono cuando se confiara el menor a una casa o establecimiento benéfico, pero no cuando se confiara a un particular²⁶⁷.

La anterior premisa tenía su razón de ser en dos diferencias fundamentales que se daban entre los tipos de abandono. En primer lugar, el factor voluntad que en el abandono particular era determinante para declarar la situación, en el general era irrelevante. En segundo lugar, el plazo de seis meses que se señalaba en el artículo 174.4 CC era de aplicación únicamente en los casos de abandono particular, más no en los del general.

De este modo era común que algunos padres entregaran a sus hijos/as a un tercero durante varios años (sin pedir noticias acerca de ellos) para que esa persona cubriera sus necesidades básicas, evitando con ello que tales niños/a adquirieran el estatus de abandonados.

Desde una perspectiva realista era notorio que esos padres habían abandonado física y moralmente a los infantes; lamentablemente, no se podía omitir su participación dentro del expediente de adopción en la medida en que seguían detentando la patria potestad. Así las cosas, el escenario que se presentaba era el siguiente:

- En los eventos de abandono particular cuando los padres eran conocidos y tenían una causa de fuerza mayor, pobreza o enfermedad para dejar a los niños/as en una institución asilar, si en el plazo de seis meses no mostraban un interés efectivo por su cuidado, tales infantes se convertían en abandonados e inmediatamente aquellos padres sólo tenían derecho a *ser oídos* durante el trámite de la adopción.

²⁶⁷ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentarios al artículo 174 del Código Civil”, en Albaladejo García, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2ª ed., Tomo III, Vol. 2, Artículos 142 a 180 del Código Civil, Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 2004, disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/477>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- En los casos de abandono general en los que ciertos progenitores voluntaria, e incluso dolosamente, entregaban sus hijos/as a una persona particular que le brindaba asistencia, sin tener ningún tipo de relación con ellos, el juez no podía estimar a dichos menores abandonados y en consecuencia los padres debían manifestar su *asentimiento* dentro del expediente de adopción. Además, al no señalarse plazo para declarar el abandono la desatención física y moral de los progenitores podía prolongarse indefinidamente²⁶⁸.

Las anteriores cuestiones claramente denotaban una injusticia en el tratamiento del abandono que fue denunciada por la doctrina y corregida por la jurisprudencia. En ese orden de ideas, se esbozó una definición legal de la figura en la cual el término “carezca de persona” hacía referencia a que los padres o responsables legales del cuidado del infante debían ser los sujetos activos del abandono.

Con esta determinación se quitó a los progenitores que desatendían a los menores la facultad de oponerse al trámite de adopción (abandono general) y; también, se garantizaron los derechos de ciertos padres que si bien no cuidaban personalmente a sus hijos/as tenían la intención de mantener su guarda (abandono particular).

Adicionalmente el factor voluntariedad que en la redacción estricta de la norma sólo era aplicable al abandono-exposición; doctrinal y jurisprudencialmente se hizo extensivo al abandono simple en pro de verificar si se trataba de una dejación temporal o definitiva, así como de evitar la comisión de injusticias que afectaran a los padres y a sus hijos/as²⁶⁹.

²⁶⁸ “Nos encontramos con que cuando los padres o tutor han abandonado voluntariamente al adoptando, con todo tipo de agravantes e incluso incurriendo en una conducta delictiva, si el adoptando es atendido por otra persona (guardador de hecho), a la hora de tramitar su adopción es indispensable contar con el consentimiento de esos padres o de ese tutor. En cambio, si el abandono se produce por fuerza mayor, pero en circunstancias tales que el adoptando no es atendido por nadie, entonces se puede prescindir del consentimiento de los padres o del tutor”. *Ibidem*, p. 4.

²⁶⁹ “Lo que ciertamente ha de estimarse es que la desatención connote la finalidad mediata o inmediata, de liberarse de la guarda del menor abandonado, porque este factor teleológico delimita, sin duda, su concepto. De otra forma, sería obligado calificar de abandonantes conductas que en la realidad se encuentran muy lejos del espíritu de abandono y hechos fortuitos, pasajeros o, incluso meritorios, de los padres tendrían por resultado aquella calificación”. Arce y Flórez-Valdés, J., “El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 62, Núm. 5, mayo, 1978, p. 367.

Recogiendo todo lo anterior, el concepto de abandono generalmente aceptado fue el siguiente: “...se considerará abandonado el menor de catorce años que haya sido desamparado por sus padres o guardadores legales con la finalidad, mediata o inmediata, de liberarse de su guarda”²⁷⁰.

Ahora, en un principio las sentencias tendían hacia la interpretación objetivo-exegética según la cual si alguien cuidaba al niño/a no existía abandono general. Empero, con el paso del tiempo existió unicidad a la hora de inclinarse hacia la corriente subjetiva de interpretación conforme a la que no bastaba con que nadie se ocupará del niño/a, sino que ese sujeto abandonante debía ser el encargado por Ley de brindarle asistencia.

Por ejemplo, en la ya citada STS 277/1975²⁷¹ a la par de indicarse que la legitimación posterior hecha por los padres no era elemento suficiente para atacar la adopción constituida sobre su menor hija; se arguyó también que la entrega voluntaria de la pequeña hecha por su padre al matrimonio adoptante, sin pedir noticias acerca de ella durante al menos tres años, era razón de peso para declararla en abandono.

Por consiguiente, el Tribunal esbozó un concepto objetivo del abandono general, puesto que lo relevante era la desasistencia de los infantes, pero calificado en cuanto a su sujeto activo, es decir, los padres o responsables legales.

Para finalizar, diremos que conforme a la postura adoptada por la jurisprudencia y la doctrina en los supuestos de guarda de hecho sólo se declaraba el abandono si la persona obligada por Ley no cumplía con sus deberes personalmente. Así, el abandono no se atribuía al guardador de hecho, que podía estar supliendo adecuadamente o no al infante, sino a los padres o encargados legales cuya negligencia lo había colocado en estado de desprotección²⁷².

²⁷⁰ *Ibidem.*, p. 368.

²⁷¹ Óp. cit. (recurso electrónico).

²⁷² Si la interpretación tomada por el Juez hubiese sido la objetiva, la única manera para que se declarara abandonado a un menor hubiese sido cuando fallara la asistencia brindada por el guardador de hecho. De lo contrario, jamás nos encontraríamos frente a un abandono.

2.6 Aspectos procedimentales para la declaración de abandono

2.6.1 El consentimiento de los padres o encargados legales

El artículo 173 CC clasificó el consentimiento de las partes e intervinientes en el negocio jurídico de adopción en tres grados o escalas, así: consentimiento básico, asentimiento y audiencia.

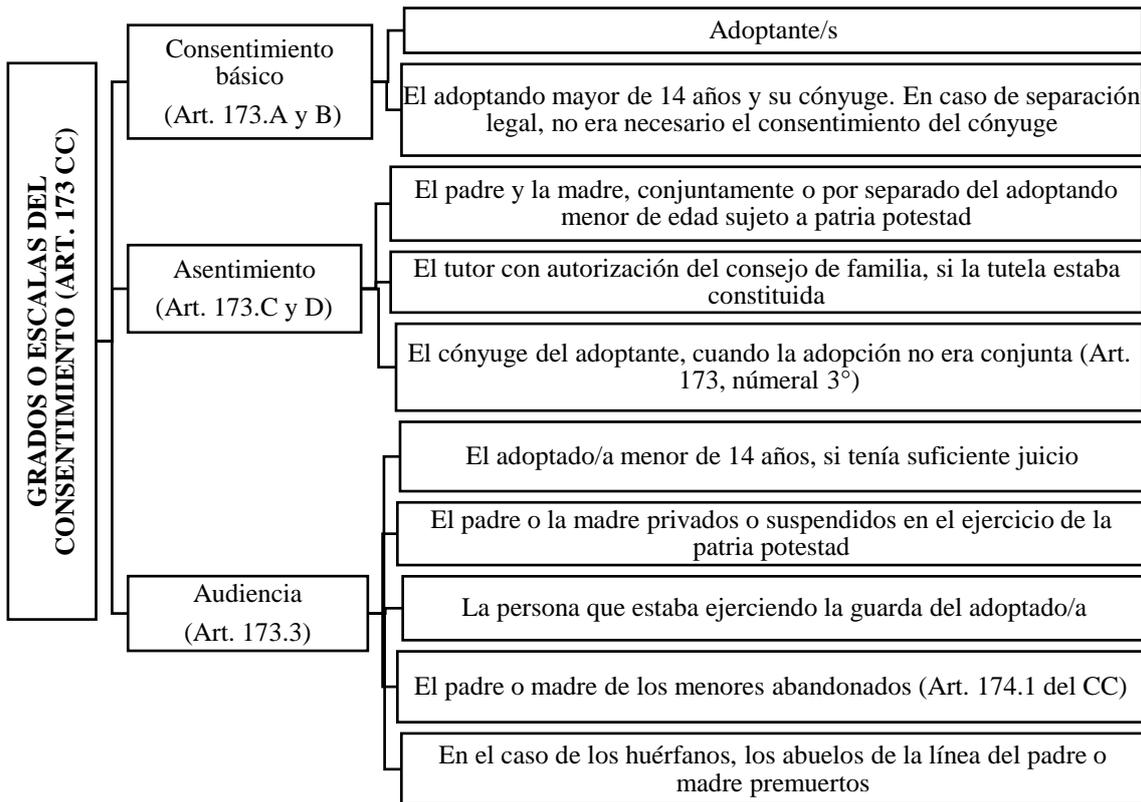
El consentimiento básico estaba regulado en las letras A y B de dicho artículo²⁷³ y era aquel sin el cual era inconcebible la existencia de la adopción, de manera que si las personas obligadas por Ley se negaban a prestarlo la misma ni siquiera nacía a la vida jurídica.

Por su parte, del asentimiento se encargaron las letras C y D del artículo bajo estudio, siendo definido como “...aquella declaración unilateral, recepticia o no de la voluntad, encaminada a facilitar la realización o producir la validez de un negocio jurídico, de cualquier clase que éste sea y celebrado por otra persona”²⁷⁴.

Y la audiencia, no era más que la citación de ciertas personas dentro del trámite de adopción para que dieran su opinión y ayudaran a formar el criterio del juez, sin que dichas apreciaciones contaran con fuerza vinculante (artículo 173.3 CC). A su turno, en el mismo artículo el legislador estableció a qué personas les correspondía brindar uno u otro grado de consentimiento, como sigue:

²⁷³ En concordancia con el entonces vigente artículo 1261 CC, que indicaba: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁷⁴ “...para surgir la figura del asentimiento, se requiere según la doctrina científica que concurren los siguientes requisitos: a) Existencia de un negocio jurídico. b) Declaración de voluntad unilateral, recepticia o no. c) Que dicha declaración, sea emitida por persona no interviniente en el negocio jurídico; esto es, que sea ajena a él”. Fernández Martín-Granizo, M., “La adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., pp. 723-724.



Dejando plasmado en el anterior diagrama un esquema general de la clasificación del consentimiento, por ser de interés para nuestra investigación, nos centraremos únicamente en revisar qué sucedía cuando se pretendía adoptar a niños/as menores de catorce años sujetos a patria potestad, así como a menores abandonados.

En relación con el primer aspecto se precisa que en los términos del artículo 173.C CC, los padres que detentaban la patria potestad debían comparecer y dar su asentimiento dentro del procedimiento adoptivo. Pese a ello, en la realidad eran frecuentes los casos de progenitores que luego de entregar a los infantes a parejas para que ejercieran su guarda y posteriormente los adoptaran, se negaban a brindar el asentimiento requerido dentro del trámite procesal, dificultando la aprobación de la adopción.

Previendo tal situación, el legislador dispuso en el artículo 173.4 CC que “Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptado, no pudiese ser citado o citado no concurriera, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando. Lo mismo se observará en cuanto a las personas que

deban ser oídas, aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción”²⁷⁵.

Se colige de lo transcrito que la Ley implantó un mecanismo para suplir la prestación del asentimiento de los padres del niño/a, cuando siendo conocidos no concurrían al expediente o manifestaban su asentimiento en sentido negativo, al introducir en el artículo precitado la frase “...el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptado”. El Tribunal Supremo se refirió a esta problemática en la STS 244/1987, de 20 de abril, en el siguiente sentido:

“...el asentimiento’...tiene la naturaleza...**de una ‘condictio iuris’, cuya ausencia puede producir una ‘ineficacia condicionada’ del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta ‘lo que considere más conveniente para el adoptado...’**, facultad judicial que, según la doctrina científica, hay que extender incluso al supuesto de que dichas personas se negaren a prestar tal ‘asentimiento’, pues aunque el legislador ha contemplado este evento sólo para el caso de las personas que deben ‘ser oídas’, el mencionado art. 173 no sanciona con nulidad la carencia del ‘asentimiento’...otorgándose por tanto plena libertad al juzgador...” (negrita no original)²⁷⁶.

De esta forma aunque el Juez debía citar a los padres biológicos para que expresaran su voluntad en relación con la adopción, so pena que solicitaran la nulidad del negocio jurídico alegándose un defecto procedimental; bajo ningún motivo la no actitud de colaboración o el criterio desfavorable de aquéllos podía erigirse como un impedimento para que ésta se aprobara.

Por otro lado, en lo concerniente al consentimiento en la adopción de menores abandonados, advertimos que el artículo 174.1 CC adujo que en la misma no sería necesario el “...de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren”²⁷⁷.

Así pues, con la declaración de abandono el asentimiento de los padres naturales del niño/a era reemplazado por su simple audiencia; se presumía en esos eventos que al

²⁷⁵ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁷⁶ Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5577a4756a63dbeb/19960110>, última revisión 1 de octubre de 2021.

²⁷⁷ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

desentenderse del cuidado del infante se generaba un consentimiento anticipado para la adopción; circunstancia de no poca importancia si recordamos que uno de los propósitos de la reforma fue el de facilitar la constitución de esta clase de vínculo.

No obstante, la dispensación de dicho asentimiento variaba según las personas que concurrieran al procedimiento adoptivo, presentándose al menos tres escenarios distintos, así:

i) Si los padres biológicos no eran conocidos, para aprobar la adopción solamente se exigía el consentimiento de los adoptantes y la audiencia del adoptando/a menor de catorce años, si tenía suficiente juicio.

ii) Si los progenitores eran conocidos, debían ser citados dentro del procedimiento de adopción para que fuesen oídos por el juez (audiencia), incluso si su postura en relación con la adopción era negativa.

iii) Si éstos, siendo citados, no concurrían en la fecha y hora indicadas, el juez decidiría lo que fuese más beneficioso para el infante pudiendo aprobar la adopción sin haberlos oído.

Con independencia de lo anterior, la frase “sin perjuicio” incluida en el artículo 174.1 CC daba a entender que el juez tenía que llamar a audiencia a los padres naturales del niño/a abandonado, so pena de que el trámite fuese declarado nulo. Eso sí, su asistencia o ausencia dentro del procedimiento no resultaba determinante para el juzgador habida cuenta que gozaba de discrecionalidad a la hora de tomar una decisión²⁷⁸.

Por ende, más allá de la influencia que ocasionaba en el juicio del juez, la importancia real de cumplir con la aludida notificación se hallaba en el hecho de ser uno de los factores que permitiría a los progenitores de los niños/as ejercitar o no la acción de extinción contemplada en el ya mencionado artículo 177 CC.

²⁷⁸ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentarios al artículo 174 del Código Civil”, óp. cit. (recurso electrónico).

En la realidad era común que algunos adoptantes, a través de medios fraudulentos, ocultaran al juez el paradero de los padres biológicos para simular la situación de abandono y conseguir la aprobación de la adopción. Así que, de demostrarse la ausencia de culpa y la falta de citación de los progenitores, éstos quedaban legitimados para interponer la acción de extinción en el plazo de dos años.

2.6.2 *El término de 6 meses*

Una de las mayores críticas que recibió la Ley de 24 de abril de 1958 fue la relacionada con la fijación de un período mínimo de tres años durante el cual los niños/as abandonados no eran adoptables²⁷⁹.

Atendiendo a ello el artículo 174.4 CC, modificado por la Ley 7/1970, redujo el aludido lapso al afirmar que “...la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares...se interesen por él de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por si sola el referido plazo”²⁸⁰.

Ya hemos mencionado que si bien la norma estipuló que ese plazo de seis meses regía en el abandono calificado, la jurisprudencia se encargó de aplicarlo también en el abandono general²⁸¹.

Igualmente, en la exposición de motivos de la Ley se argumentó que conforme a los datos recogidos por la ciencia médica, la reducción del plazo serviría para que las

²⁷⁹ En el acápite de la investigación referido a la condición de los niños/as expósitos y abandonados en la norma de 1958 reflexionamos sobre las razones por las que creemos que tal período era excesivo.

²⁸⁰ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁸¹ Pueden verse las sentencias STS 277/1975, de 7 de julio; y 137/1985, de 27 de febrero. También, Guijarro Contreras indicó acerca de esta temática que: “La frase en ‘uno y otro caso’ colocada después de los apartados a) y b), unido a que después se habla de ‘internamiento’, parece conducir a la interpretación de que el plazo de seis meses sólo se exige en caso de internamiento, computándose a partir de éste. Pero...lo lógico y lo que el sentido común dicta es que el plazo de seis meses debe darse en los dos supuestos de abandono, y no sólo en el internado, ya que de lo contrario, y de aceptarse la adopción inmediata del abandono sin internamiento, se podría correr un riesgo innecesario...”. Guijarro Contreras, G., “Cómo hacer una adopción”, *Documentación Social: Revista de Desarrollo Social*, tercera época, Núm. 3, julio-septiembre, 1971, pp. 65-66, disponible en: <https://www.caritas.es/main-files/uploads/1971/06/DS10003-INFANCIA-ABANDONADA-Y-ADOPCION-ocr.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

adopciones se efectuaran mientras los infantes se encontraban en una edad óptima para obtener los cuidados y crear un apego seguro con sus padres adoptivos, evitando las dificultades propias de la adaptación suscitadas en las adopciones de niños/as de más edad.

Además, se buscaba prevenir que el desarrollo físico y emocional de los pequeños/as se viera perturbado por la carencia prolongada de un núcleo familiar estable en el cual desenvolverse; más aún, teniendo en cuenta que la crianza dentro de una familia no podía ser reemplazada por la simple asistencia brindada en las instituciones asilares.

Con todo, el legislador concibió la imposición del plazo de seis meses como “...una especie de compás de espera suficiente para que los padres de sangre tengan tiempo de recapacitar sobre su comportamiento y, [para]...que no se haga una adopción precipitada...”²⁸².

Así las cosas, vemos que tal período era estimado prudente desde una doble vertiente: por el lado de los infantes no llegaba a ser lo suficientemente largo como para perjudicar su desarrollo y, desde el punto de vista de los progenitores, les concedía un plazo razonable para que reconsideraran su postura respecto al abandono.

En lo que atañe a la manera en la que se computaba el lapso enunciado, la palabra “continuos” que aparecía impresa en el cuerpo del artículo no daba lugar a interpretaciones confusas. Sin embargo, aquél podía ser interrumpido cuando los padres o encargados legales realizaban actos que reflejaran la voluntad de asistencia de la que hablaba el artículo 174.4 CC.

En tal caso, dichos actos tenían que ser sucesivos y constantes puesto que los hechos esporádicos no bastaban para detener la contabilización del término. Es decir, si los llamados por Ley a hacerlo ejecutaban acciones a favor del infante de manera duradera aquéllas tendrían la virtualidad de interrumpir el plazo de seis meses; pero, a partir del momento en el que los responsables legales suspendieran la atención brindada al niño/a, el lapso empezaba a contarse de nuevo.

²⁸² *Ídem.*

Frente al particular en la sentencia STS 137/1985, de 27 de febrero, el Tribunal anuló la adopción constituida sobre una menor al demostrarse que la madre había realizado acciones tendientes a recuperarla, antes de que pasaran los seis meses requeridos para declarar el abandono. Esa vez, los actos de la citada madre consistieron en revocar el poder previamente conferido para que se diera en adopción a su hija, enviar sendas cartas a los adoptantes pidiendo su entrega y solicitar la nulidad del expediente de adopción ante el juzgado competente, hechos más que suficientes para colegir su voluntad de asistencia²⁸³.

2.6.3 *La apreciación y declaración judicial del abandono*

En lo referente a la valoración del abandono tenemos que el Proyecto de Ley del Gobierno proponía que la apreciación y declaración de dicha figura se atribuyera a la Administración, y que la aprobación de la adopción se asignara a la jurisdicción ordinaria.

De ser así, los Tribunales Tutelares de Menores o los administradores de los establecimientos de beneficencia (cuando los pequeños/as estaban internados en esos lugares) instruirían todo lo concerniente al abandono; dejando que los jueces ordinarios conocieran de los casos de adopción mediante un proceso separado de jurisdicción voluntaria²⁸⁴.

No obstante, en la discusión parlamentaria se analizó que la importancia de la situación de abandono venía dada por su calidad de ser un prerequisite para la adopción; de forma que aquél no contaba *per se* con la fuerza jurídica suficiente para conferir derechos a los infantes, cesar la patria potestad de sus padres naturales o tutores, favorecerles en la aplicación de otras medidas protectoras, y demás semejantes. En

²⁸³ “...según los supuestos fácticos que sé han dejado expuestos, aún (sic) comenzando el cómputo del plazo marcado en el citado párrafo cuarto del artículo 174 del Código Civil, el día que tuvo lugar el nacimiento de la menor, esto es, el dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y siete, la interrupción del mismo se opera evidentemente a partir del momento en que la madre biológica revoca el poder concedido...para dar en adopción a su hija, en cuanto manifiesta una clara voluntad de interrumpir dicha situación, lo cual tiene lugar el diez de febrero de mil novecientos setenta y ocho, o sea, a los ciento setenta y ocho días, y por tanto antes de que hubieran transcurrido los seis meses que fija el citado párrafo. En consecuencia, el abandono que se pretende por los recurrentes no se ha consumado...”. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/97b582e540795d1a/19960112>, última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁸⁴ Arce y Flórez-Valdés, J., “El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados”..., *óp. cit.*, p. 372.

consecuencia, separar ambos procedimientos sólo habría hecho que se creara una masa de niños/as abandonados carentes de personas o matrimonios interesados en adoptarlos/as²⁸⁵.

Por esa causa, el legislador decidió mantener unida la sustanciación de ambas figuras y redactó el artículo 174.5 CC, como sigue: “La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción”²⁸⁶.

A su turno, comoquiera que la adopción y el abandono se tramitaban simultáneamente la competencia territorial para dirigir tales asuntos le fue asignada al Juez del domicilio del adoptante/s, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63.16 LEC-1881 vigente para la época²⁸⁷.

En igual modo, se estableció que la declaración de abandono se haría a través de un auto dictado por el juez de manera previa a la aprobación de la adopción, indicando que aquél contaba con la facultad de resolver ambos procedimientos en el mismo auto o de manera separada. A su vez contra la citada resolución cabía el recurso de apelación ante la Audiencia respectiva (art. 1819 LEC-1881) y; contra el dictado por esta última, el de casación ante el Tribunal Supremo (art. 1822 LEC-1881).

Examinando el sentir de la norma extraemos que toda la redacción legislativa se encaminó hacia el otorgamiento de un mayor protagonismo al juez a la hora de escoger qué era lo mejor para los infantes. Era ese juzgador el que ahora revisaba las condiciones personales y económicas de los adoptantes, reunía y practicaba las pruebas que fuesen menester, recogía el consentimiento de las partes y, en general, decidía discrecionalmente si la adopción era procedente o no; incluso poseía la facultad de aprobarla a sabiendas de la carencia de alguno de los requisitos no esenciales, si bajo su prisma aquella era favorable al niño/a.

²⁸⁵ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, p. 103.

²⁸⁶ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

²⁸⁷ Artículo 63: “Para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores, se seguirán las reglas siguientes:

(...)

16. En los expedientes de adopción o arrogación, será Juez competente el del domicilio del adoptante o arrogador”. Óp. cit. (recurso electrónico).

Con lo anterior sin lugar a duda se quitaba a los directores de las instituciones asilares la función de valorar el abandono, así como cesaba por inaplicación el procedimiento especial contemplado en la Ley de 17 de octubre de 1941, para la adopción de expósitos.

Empero, que el juez fuese el director del proceso de principio a fin no era óbice para que los citados administradores, las personas que habían ostentado la guarda del menor o cualquiera que tuviera conocimiento sobre su desatención, le brindasen al juzgador la colaboración necesaria en la recopilación del material probatorio²⁸⁸.

Creemos que el motivo principal para traspasar la competencia en cuanto al decreto del abandono residió en el deseo de evitar la constitución de las adopciones privadas. Los procedimientos particulares solían llevarse a cabo de manera irregular puesto que era muy difícil para las autoridades ejercer un control de legalidad caso por caso.

Pese a ello, es decir, a que con la modificación de la Ley supuestamente se solucionaba el escollo de la ilegalidad, la lentitud del procedimiento judicial produjo perjuicios de otra índole en el desarrollo de algunos menores que mientras se revocaban o confirmaban las sentencias en cada una de las instancias llegaron a convivir durante largos lapsos con sus familias adoptiva y biológica²⁸⁹.

Paralelamente, otro problema que surgió en estos casos fue el de la consolidación de situaciones de hecho que hacían imposible la anulación de las adopciones constituidas de forma ilegítima. Era fundamental que los jueces de primera instancia fueran céleres y acertados al aprobar las adopciones atendiendo a la tendencia natural de los pequeños/as

²⁸⁸ Aunque en la reforma de 1970 se suprimió "...la facultad que venía atribuida...a favor de los establecimientos benéficos para 'tramitar exclusivamente' el expediente [de adopción de los internados en ellos] que habrían de elevar luego al Juez...Esto no excluye que, al amparo de lo establecido por los artículos 1.816 y 1.825-2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, el expediente de carácter administrativo que los establecimientos benéficos deben incoar y tramitar, sea acompañado al escrito inicial promovente del expediente de jurisdicción voluntaria, lo que, sin duda, resulta plenamente compatible, y desde luego, eminentemente práctico, sin perjuicio de las ratificaciones y trámites pertinentes de orden judicial". Arce y Flórez-Valdés, J., "El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados", *óp. cit.*, p. 378.

²⁸⁹ Sobre el tema véase la ya citada STS 244/1987, de 20 de abril.

de forjar vínculos fuertes con las personas con quienes convivían durante su primera infancia.

De manera que si con el paso del tiempo los infantes se habían integrado adecuadamente en la familia de los adoptantes, los intereses de sus padres por naturaleza tenían que menguar en pro de garantizar el bienestar de aquéllos y de evitar los traumas originados por la ruptura del núcleo familiar adoptivo²⁹⁰.

2.7 La problemática de las adopciones irregulares

A pesar de que con la reforma se redujeron considerablemente las atribuciones conferidas a los administradores de los establecimientos de beneficencia en el trámite adoptivo, el tráfico de niños/as siguió siendo una conducta de difícil percepción para los jueces de primera instancia.

Al acudir a la fase judicial se utilizaban toda clase de medios aparentemente legítimos para acreditar el asentimiento paterno. Era común que se adjuntaran cartas firmadas por uno de los progenitores en las que se desistía de la guarda del niño/a, que se alegara el desconocimiento del paradero de los padres para evitar su comparecencia dentro del expediente o que se infiriera el asentimiento de las supuestas conductas negligentes de éstos.

Regularmente los niños/as dados en adopción eran fruto de los embarazos de madres solteras jóvenes que, a escasas horas del alumbramiento, eran constreñidas a firmar el mal llamado “escrito de renuncia” al cuidado de sus hijos/as; documento que posteriormente era utilizado para dar fe de su asentimiento ante el juez. Dadas las

²⁹⁰ En la STS 166/1987, de 18 de marzo, el Tribunal manifestó acerca de esto que: “...los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, **por los intereses del menor que son, sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas** (...). En este tipo de juicios tiene importancia y trascendencia la intervención del Juez de Primera Instancia, a **fin de agotar y ponderar toda la prueba de indicios que conduzcan a la mejor y más cabal formación del juicio, usando del principio de inmediatez**, lo cual ha conducido en este caso a que el Juez haya...llegado a la profunda convicción de que ‘es una niña feliz con un arraigado sentido de amor, confianza y afecto hacia los que cree sus padres, sintiéndose a su vez receptora de los mismos sentimientos por parte de aquéllos’...” (negrita no original), disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/04841cd63d42b8ba/19960110>, última revisión 1 de octubre de 2021.

circunstancias muchas de ellas ni siquiera tenían conocimiento del contenido del citado manuscrito ya que las adopciones eran negociadas bajo el máximo secreto entre sus familiares y los regentes de los hospitales de maternidad o instituciones de beneficencia.

Arce y Flórez-Valdés se posicionó en sentido diametralmente opuesto a la anterior práctica, indicando que tendría “...mayor eficacia y utilidad la firma de documento de conformidad con que el menor sea adoptado, cosa muy distinta de la renuncia, y mejor todavía, la formalización de tal conformidad en acta notarial”²⁹¹; punto de vista con el que nos encontramos de acuerdo basándonos en la interpretación que del artículo 173 CC hicieron los Tribunales.

Conforme a la jurisprudencia la presentación de un documento fehaciente, como la declaración ante notario, sí era un medio seguro para deducir la anuencia de los familiares frente a la adopción y pasar por alto su asentimiento dentro del proceso²⁹².

Por otro lado, junto a las herramientas ilícitas para conseguir el asentimiento, otro gran inconveniente que afloró en las adopciones fue el de los reconocimientos tardíos de los niños/as. Usualmente ciertos progenitores se abstenían de efectuar los mencionados reconocimientos coaccionados por el rechazo social que desencadenaba el embarazo por fuera del matrimonio, y por el contrario optaban por darlos a particulares para que diligenciaran su adopción.

Con el paso del tiempo, algunos lograban normalizar su estado civil (mediante el matrimonio) e intentaban recuperarlos; desafortunadamente para cuando eso sucedía ya habían transcurridos los plazos legales para solicitar la nulidad de la adopción.

Reflexionamos sobre lo descrito para dar a entender que tal grupo de personas, en cierta forma y sin excusar su grado de culpabilidad en el abandono, se encontraba entre la espada y la pared. O se exponían a la humillación social y hacían el registro natural de

²⁹¹ Arce y Flórez-Valdés, J., “El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados”..., óp. cit., p. 370.

²⁹² Al respecto en la STS 244/1987, de 20 de abril, el Tribunal sostuvo: “...pues prescindiendo de la naturaleza no constitutiva [del asentimiento]...es criterio de la doctrina científica, a la vista de la redacción del art. 173, párrafos 1.º y 2.º...entender que **puede prestarse el consentimiento a la presencia judicial, o fuera de ella, siempre que fehacientemente se pueda justificar su existencia**”, óp. cit. (recurso electrónico).

sus hijos/as, o las posibilidades de que retornaran al medio de origen eran limitadas por no decir inexistentes²⁹³.

También, en estos eventos los directores de los hospitales de sanidad o de asociaciones para la adopción negociaban con los futuros adoptantes la entrega de una suma de dinero a cambio de que los recién nacidos quedasen registrados como sus supuestos hijos/as legítimos. Cuando esto acontecía era muy complicado conocer cuál era la filiación real de los infantes, al punto que los padres naturales quedaban imposibilitados para saber su paradero e interponer las acciones legales correspondientes²⁹⁴.

Sumado a esto al ser la adopción un proceso que se iniciaba a instancia de parte, los jueces o el Ministerio Fiscal rara vez seleccionaban personalmente a los adoptantes en la medida en que su intervención se limitaba sólo a la tramitación del expediente; ni de manera previa a su apertura ni de forma posterior a su aprobación se le imponía al juzgador un deber de vigilancia.

Esa omisión en cuanto al seguimiento de los procedimientos adoptivos fue una de las principales pegas hechas a la Ley 7/1970, teniendo en cuenta que si bien el legislador instauró en cabeza del Ministerio Fiscal la potestad para pedir la extinción de la adopción, tal acción sólo se ejercitaba si llegaban a su conocimiento hechos graves que afectaban el cuidado del menor.

Quería esto decir que para poner en marcha el mecanismo de supervisión habitualmente tendría que contarse con la noticia dada por un tercero interesado en la vida del infante, de manera que si aquél no poseía familiares o personas que altruistamente velaran por su bienestar la desatención por parte de sus guardadores podía pasar desapercibida.

²⁹³ En muchas ocasiones el abandono se producía porque familiares ocultaban el paradero del niño/a a sus padres biológicos o porque los particulares a quienes era entregado cambiaban de domicilio, con el fin de adelantar el expediente de adopción de manera fraudulenta. Con independencia de las causas que produjeran el abandono, los jueces interpretaban que transcurrido el lapso de seis meses el pequeño/a podía ser colocado en adopción.

²⁹⁴ Al respecto véase el siguiente artículo de prensa: García del Burgo, P., 2012, “Nacidos y adoptados en el Santo Celo piden amparo judicial para hallar a sus madres”, *Levante: El Mercantil Valenciano*, 19 de octubre, disponible en: <https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2012/10/19/nacidos-adoptados-santo-celo-piden-amparo-judicial-hallar-madres/945155.html>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Aunque asumiéramos que la mayoría de adoptantes eran movidos por deseos genuinos de proteger a los pequeños/as, lo cierto es que la Ley debió indubitablemente prever medidas de vigilancia a dichos procedimientos.

CAPÍTULO 3. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978

Como parte del proceso de transición de la dictadura hacia la democracia acaecido en España a finales de la década de los setenta, los entonces diputados y senadores de las Cortes Generales redactaron un proyecto de Constitución en la que se asegurara “...la primacía del poder civil, la protección de los Derechos Humanos, la separación de la Iglesia y el Estado, la convivencia de las diferentes nacionalidades y regiones en el seno del Estado español, la división de poderes y la alternancia democrática”²⁹⁵.

Bajo tales parámetros y producto del consenso alcanzado entre los congresistas, con la ratificación de la sociedad civil, se expidió la Constitución Española de 1978²⁹⁶ mediante la que se articuló en el país un sistema democrático similar al implantado en el resto de naciones europeas.

El artículo 1º de la actual Constitución sostiene que España es un estado social y democrático de derecho; así pues, la incorporación del elemento social dentro de la configuración estatal hace que a la par de la protección de los derechos fundamentales o inherentes a la persona humana, se genere también un deber nacional de reconocimiento y salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales.

Entonces, para proteger este último grupo de derechos el Estado tiene que intervenir activamente en la regulación de la vida social y ampliar su estructura administrativa, por medio de la creación de una serie de organismos públicos encargados de satisfacer las necesidades básicas de la población, en especial, las de asistencia a los colectivos más vulnerables.

²⁹⁵ Molas, I., *Derecho constitucional*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 38.

²⁹⁶ BOE Núm. 311/1978, de 29 de diciembre, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

Por ello, en el nuevo orden constitucional el Estado es el que ejerce las acciones de auxilio a los desvalidos históricamente encomendadas a las instituciones privadas, sin que esto conlleve a la supresión del deber cristiano de apoyo al prójimo por parte de los particulares. Por el contrario, el mayor intervencionismo estatal significa que tanto éste como la población deben actuar de forma coordinada en la búsqueda de tal objetivo²⁹⁷.

A su turno, en lo que a nuestro estudio se refiere, tenemos que la protección constitucional a la infancia se incluye dentro del texto del artículo 39 CE referido a la salvaguarda global de la familia, como sigue:

- “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”²⁹⁸.

Ahora bien, previamente a mencionar los aspectos más relevantes del artículo precitado, comentaremos que “...el precepto del Anteproyecto constitucional comprendía sólo tres apartados, no aparecía la mención expresa de la protección del niño según los acuerdos internacionales que velen por sus derechos que aparece en el vigente 39.4 de la CE; y tampoco aparecía la referencia a que la ley posibilitase la investigación de la paternidad prevista en el apartado segundo, que fue introducida por enmienda del Senador Villar Arregui en el debate de Pleno del Senado...”²⁹⁹.

²⁹⁷ Frente al particular, en la STC 18/1984, de 7 de febrero, el Tribunal Constitucional explicó: “El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social...**conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos,...la interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de Entidades de carácter social en cuanto a su actividad presenta un interés público relevante...**La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad...” (negrita no original), disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/271>, consultado el 1 de octubre de 2021.

²⁹⁸ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021. Los otros artículos de la CE que hacen mención directa a la niñez son el 20.4 (en el que se ubica la protección a la infancia y a la juventud como un límite a la libertad de expresión) y el 27.1 (relativo al derecho a la educación).

²⁹⁹ Aranda Álvarez, E., *Sinopsis del artículo 39 de la Constitución Española* [en línea], actualizada por Sieira, S. y Rastrollo, A., Congreso de los Diputados, noviembre, 2017, disponible en:

A pesar de esto, la discusión llevada a cabo en las cámaras parlamentarias para aprobar el texto del artículo en cuestión transcurrió de forma pacífica sin que se produjeran grandes enfrentamientos entre los diputados y senadores, razón por la que el consenso en torno al contenido del mismo se alcanzó más o menos rápido.

Por su parte, al comparar las disposiciones del artículo 43 de la Constitución de 1931 y las del 39 aquí estudiado, ambos encargados de la protección de la familia, advertimos que unas y otras se mantuvieron casi en su totalidad. Con la diferencia de que el nuevo texto omitió las referencias explícitas a la igualdad de los sexos, la disolución del matrimonio y la prohibición de hacer declaraciones acerca de la legitimidad o ilegitimidad de los hijos/as, contempladas en la norma fundamental republicana.

En ese sentido, aunque ambas Constituciones se enfocaron en imponer a los poderes públicos el deber de proteger social, económica y jurídicamente a la familia, la CE fue más allá y además les encargó la responsabilidad de asegurar la protección integral de los hijos/as.

En tal virtud, la protección a la familia e infancia dentro de la CE quedó configurada bajo un modelo mixto de naturaleza subsidiaria. Así, si bien el artículo 39 es una norma de orden público de la que emanan obligaciones a cargo de la administración estatal (numerales 1º y 2º)³⁰⁰, a su vez señala deberes a personas privadas: los padres respecto de sus hijos/as (numeral 3º)³⁰¹.

En consecuencia, paralelo al cumplimiento de las tareas derivadas del ejercicio de la patria potestad a cargo de los progenitores, actualmente el Estado también crea políticas

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>, última consulta 1 de octubre de 2021.

³⁰⁰ Según el artículo 148.20 CE es competencia de las CCAA todo lo relacionado con la asistencia social dentro del territorio de su respectiva comunidad, de manera que la atención a la infancia es una función de la nueva política social y económica en cabeza del Estado ejercida a través de sus órganos de descentralización.

³⁰¹ El sistema de protección implantado en la CE es parcialmente público, entre tanto las finalidades “...se cumplen por el Estado – sistemas de seguridad social, servicios sociales, organismos públicos de protección a la infancia, por ejemplo – y por los particulares – alimentos entre parientes, obligaciones propias derivadas de la filiación, pensiones en caso de separación/divorcio”. Ravetllat Ballesté, I., “Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general)”, *Revista de derecho UNED*, Núm. 2, 2007, p. 88, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10923/10451>, última consulta 1 de octubre de 2021.

públicas dirigidas a garantizar el adecuado desarrollo de los infantes en materias de educación, cultura, recreación, protección en salud, etc. Además, posee la obligación de ayudar individualmente a las familias cuando por sus circunstancias particulares surgen problemas que afectan a los menores.

No obstante, ya que la CE siguiendo la línea trazada por los principales instrumentos internacionales de protección de la niñez³⁰² ubicó a los progenitores como los primeros encargados de atender las necesidades de sus hijos/as, la intervención del Estado en la esfera privada familiar quedó situada en una posición subsidiaria.

Así las cosas, el deber primigenio del Estado no es otro que el de brindar apoyo y seguimiento a las familias para que los niños/as puedan crecer en su medio de origen. De suerte que aquél sólo asume el cuidado y la tutela de los infantes, a través de la adopción de alguna medida legal de protección, cuando la permanencia de los niños/as en su núcleo familiar comporta un peligro para su desarrollo.

Teniendo clara la visión general de la CE sobre la niñez, pasaremos a referenciar brevemente la manera en que se articuló la protección específica de la infancia desamparada tras la promulgación del nuevo texto constitucional. Para ello, empezaremos por recordar que el artículo 39 forma parte capítulo tercero (título I) CE, llamado “De los principios rectores de la política social y económica”.

De ese modo, conforme al artículo 53.3 CE “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”³⁰³.

En ese orden de ideas, la CE *per se* no cuenta con un precepto jurídico puntual concerniente a la problemática de los niños/as desamparados cuya vulneración pueda ser

³⁰² Para la época en la que se expidió la CE tales documentos eran: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU de 1959. Posteriormente, también formó parte de ese grupo la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989.

³⁰³ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

alegada ante el poder judicial. Por ende, en la práctica forense para lograr la protección de un menor de esta clase es menester invocar la violación de las leyes ordinarias u orgánicas que concretamente se refieren a su situación.

Empero, lo anterior no quiere decir que la CE carezca del peso suficiente para salvaguardar los derechos de tales infantes, dado que eventualmente se podría hacer uso de los medios previstos en el capítulo cuarto, título I (de las garantías de las libertades y derechos fundamentales) de ese cuerpo legal, para alcanzar tal propósito.

Pero, para que lo anterior fuese viable sería necesario el previo agotamiento de las vías judiciales ordinarias y, la subsiguiente presentación del recurso de amparo bajo el argumento de que la desprotección del menor desamparado se desprende de la vulneración de alguno de sus derechos fundamentales, como por ejemplo la igualdad (arts. 9.2, 14, 23.2, 35), la dignidad de la persona humana (art. 10), la intimidad personal y familiar (arts. 18.1 y 4, 20.4), la educación (art. 27), entre otros.

Así las cosas, en vista de que al mecanismo constitucional únicamente se puede acceder de forma subsidiaria, interpretamos que para asegurar el adecuado ejercicio de los derechos de los niños/as desamparados se deben incoar las acciones previstas por las Leyes civiles.

Para concluir precisamos que el carácter social del Estado Español impone a su aparato institucional el deber general de proteger a la niñez, en consecuencia, la situación del menor desamparado deja de ser sólo una preocupación de la caridad privada y pasa a ser un elemento de las políticas públicas. La naturaleza mixta de este sistema hace que el Estado cree sus propias entidades de asistencia y vaya trabajando de la mano de las instituciones privadas en favor de la infancia abandonada.

Con fundamento en lo anterior aseveramos que la elevación a rango constitucional de la salvaguarda de la infancia fue el hecho que permitió superar el esquema asistencial decimonónico, basado en la beneficencia particular, que hasta ese momento permeaba la producción legislativa en torno a esta temática.

Igualmente, esa protección constitucional de la infancia condujo a la expedición de leyes ordinarias u orgánicas (art. 53.3 CE) que poco a poco separaron la situación de abandono de la adopción y dieron paso al concepto actual de desamparo. Hasta 1978 lo relativo a los niños/as abandonados se había estudiado tímidamente dentro de la legislación referida a la adopción; sin embargo, la nueva perspectiva acerca de la niñez llevó a la estructuración de un sistema de protección en el que ambas situaciones adquirieron una naturaleza jurídica propia.

Dicho lo anterior, pasaremos a analizar el contenido de las principales normas de modificación del Código Civil promulgadas con posterioridad al texto constitucional, comoquiera que el estudio de las condiciones de los menores abandonados en España se ha concentrado en el articulado de ese cuerpo legal.

CAPÍTULO 4. LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FILIACIÓN, PATRIA POTESTAD Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

En virtud de lo ordenado en el artículo 39.2 CE, que consagra el principio de igualdad de los hijos/as con independencia de su filiación, fue necesario reformar algunos apartados de la legislación civil que se oponían a dicho principio constitucional. Por esa razón, el 5 de septiembre de 1979, se remitió a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley cuya finalidad era la modificación del CC en lo relacionado con la filiación, la patria potestad y el régimen económico del matrimonio³⁰⁴.

En lo referente al régimen económico del matrimonio, la exposición de motivos del aludido Proyecto de Ley argumentó que al ser el principio de igualdad la clave de la reforma era necesario que ambos cónyuges tuvieran las mismas facultades, derechos y obligaciones dentro del patrimonio de la sociedad conyugal, por ello se buscaba “...la supresión de toda la extensa disciplina de la dote de la mujer, y la sustitución del imperio del marido por el de ambos cónyuges en el gobierno de la sociedad de gananciales”³⁰⁵.

³⁰⁴ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante, BOCG) Núm. A-71-I/1979, de 14 de septiembre, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/A/A_071-I.PDF, última consulta 1 de octubre de 2021.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 315.

En lo tocante a la filiación, el Proyecto optó por equiparar en derechos a todos los hijos/as de un mismo progenitor/a sin importar las condiciones en que hubieran nacido. A raíz de esto suprimió la antigua categorización de la descendencia (legítima, ilegítima, natural, no natural, etc.) y estableció que para determinar la filiación de los hijos/as sólo se tendría en cuenta “...el hecho de su concepción dentro o fuera del matrimonio, reconociendo a todos su condición de hijos por naturaleza, como contrapuestos a los de adopción, y respetando, en cuanto a los efectos de su filiación, el principio de igualdad ante la ley, con vigencia dentro y fuera de la familia”³⁰⁶.

Por último, propuso configurar la patria potestad como una función dual ejercida por el padre y la madre, eliminando los privilegios a favor del progenitor heredados de la tradición romana. También, con base en los principios del interés superior del menor y del respeto a los derechos de la personalidad del hijo/a, aumentó la intervención y vigilancia del juez dentro de las relaciones paterno-filiales.

Así las cosas, como resultado de la anterior iniciativa legislativa y una vez agotado el trámite correspondiente ante el Congreso, nació a la vida jurídica la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*³⁰⁷.

4.1 *Clasificación de la filiación*

En lo que interesa a nuestro estudio vemos que el artículo 108 CC definió que la filiación tendría lugar por naturaleza y por adopción, dividiéndose la natural en matrimonial y no matrimonial. A su vez, indicó que la filiación natural, en cualquiera de sus modalidades, y la derivada de la adopción plena tendrían los mismos efectos.

Esto significó un cambio relevante en la concepción de la filiación, que hasta ese momento se había dividido de la siguiente manera:

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 317.

³⁰⁷ BOE Núm. 119/1981, de 19 de mayo, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1981/05/13/11>, revisado el 1 de octubre de 2021.

TIPOS DE FILIACIÓN					
CC PREVIÓ A LA REFORMA DE 1981.				CC REFORMADO POR LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO.	
LEGÍTIMA	LEGITIMACIÓN	ILEGÍTIMA	ADOPTIVA	NATURAL	ADOPTIVA
Hijos/as nacidos dentro del matrimonio (arts. 108 a 118 CC).	Hijos/as naturales legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres (arts. 121 a 124 CC).	Hijos/as naturales reconocidos (arts. 129 a 138 CC).	Plena (arts. 178 a 179 CC).	Matrimonial (arts. 115 a 119 CC).	Plena (arts. 178 a 179 CC).
	Hijos naturales legitimados por concesión real (arts. 124 a 127 CC).	Demás hijos/as no reconocidos (bastardos o adúlteros, arts. 139 a 141 CC).	Simple (art. 180 CC)	No matrimonial (arts. 120 a 126 CC).	Simple (art. 180 CC)

Observamos entonces que mediante esta Ley se terminó con la histórica discriminación de los hijos/as fundada en el hecho de su concepción y nacimiento por dentro o fuera del matrimonio, estableciendo en cambio una única filiación “...que puede tener su origen bien por naturaleza, la denominada filiación biológica o natural y que sería la relación jurídica que se establece entre los procreadores (padres) y los procreados (hijos), y aquella otra que tiene su origen en un acto jurídico [adoptiva] por el que se establece esa misma relación entre dos (o tres) personas entre las que no existe tal relación biológica”³⁰⁸.

Además, la división de la filiación natural teniendo en cuenta la existencia o no de matrimonio obedeció a la costumbre socio jurídica de formar familias a través de tal institución. La exposición de motivos del Proyecto de Ley explicó que “...para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación”³⁰⁹.

³⁰⁸ Serrano Ruiz-Calderón, M., “Las consecuencias de la intervención con menores”, en Serrano Ruiz-Calderón, M. (Dir.), *Protección de menores en el derecho civil español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017, p. 237.

³⁰⁹ Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/A/A_071-I.PDF, última consulta 1 de octubre de 2021.

Así pues, según lo ordenado en el artículo 115 CC, la filiación matrimonial se prueba de dos maneras: por medio de la inscripción del nacimiento del hijo/a junto a la del matrimonio y; a través de sentencia firme dictada en el ejercicio de las acciones de filiación correspondientes³¹⁰.

Por el contrario, el artículo 120 CC sostenía que la filiación no matrimonial se determinaría por cuatro vías, así:

- “1. ° Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
2. ° Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
3. ° Por sentencia firme.
4. ° Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”³¹¹.

Advertimos de lo precitado que los mecanismos señalados para demostrar la existencia de la filiación no matrimonial fueron más complejos que los previstos para constatar la matrimonial. Lo anterior, aunque no representa ningún tipo de privilegio para los hijos/as matrimoniales puesto que todos/as poseen iguales derechos, sí exteriorizó el sentir del legislador consistente en conferir una fuerza jurídica especial al matrimonio en su calidad de medio tradicional para construir la familia.

Y, esa misma inclinación, también se vio reflejada en la presunción de paternidad regulada en los artículos 116 a 119 CC, de acuerdo con la que se consideraran como hijos/as del marido de la madre: i) los bebés nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 CC); y ii) los niños/as concebidos antes del matrimonio y nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la boda (art. 117 CC)³¹².

³¹⁰ Al respecto véanse los artículos 764 a 768 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC), BOE Núm. 7/2000, de 8 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/1/2000/01/07/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021. También, véanse los artículos 131 a 141 del actual CC.

³¹¹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/1/1981/05/13/11>, revisado el 1 de octubre de 2021.

³¹² La presunción es *iuris tantum* (admite prueba en contrario), por lo que el marido puede destruirla mediante declaración auténtica en tal sentido formalizada dentro del plazo marcado por la Ley. Para mayor información véanse los artículos 117 y 137 a 141 CC.

Tal presunción es una prerrogativa exclusiva de la unión matrimonial mediante la que se puede acreditar automáticamente la paternidad, no aplicable en el caso de las parejas de hecho o de cualquier otra clase de relación de afectividad análoga a la conyugal³¹³.

Concluimos así que la configuración de dicha figura únicamente para la filiación matrimonial es una prueba más de que la norma, sin ánimo de producir ninguna clase de discriminación, otorgó a esa filiación mayores facilidades probatorias en contraste con los mecanismos estipulados para determinar la no matrimonial.

4.2 De la patria potestad y la equiparación de derechos hereditarios entre los hijos/as

Atendiendo a las directrices marcadas en el Proyecto de Ley, la norma de 1981 estableció que la patria potestad sería ejercida por ambos progenitores (art. 156 CC). De modo que en la actualidad los deberes y facultades de los padres hacia los hijos/as enunciados en el artículo 154 CC son desarrollados en igualdad de condiciones por la madre.

Esa visión también se evidenció en la variación de los artículos 110 y 111 (inciso final) CC que prescriben la obligación del padre y de la madre, aunque no ostenten la patria potestad, de velar por sus hijos/as menores y prestarles alimentos; equiparando sin lugar a dudas y para todos los efectos los derechos de uno y otra sobre sus descendientes comunes.

Por su parte, en el ámbito sucesorio el artículo 4º de la Ley 11/1981 modificó algunos artículos del Libro III, título III, capítulos II y IV CC, especialmente en lo concerniente a los derechos hereditarios de los hijos/as.

³¹³ “...no juega la presunción de paternidad, obviamente en el caso de las parejas de hecho, porque no hay matrimonio; aún (sic) cuando resulte acreditada su convivencia por manifestación de ambos o sea pública y notoria; solo el matrimonio tiene efecto y folio en el Registro Civil”. Lledó Yagüe, F., et al., *Cuadernos Teóricos Bolonia Derecho de Familia. Cuaderno III. Las relaciones paterno filiales: filiación, tutela, guarda, adopción y alimentos entre parientes*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 38, disponible en: <http://vlex.com/source/cuaderno-teorico-bolonia-iii-derecho-familia-11647>, última consulta 1 de octubre de 2021.

En virtud de ello suprimió la palabra “legítimos” del texto del artículo 807 CC, en el cual se menciona a las personas que ostentan la calidad de herederos forzosos dentro de la sucesión testada, expresando que los hijos/as y sus descendientes, sin distinción alguna, tendrán dicha calidad frente a sus padres y ascendientes. En igual línea, el artículo 931 CC expresó que en la sucesión intestada “Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación”³¹⁴.

Además, en lo referido a las mejoras, los artículos 808 y 823 CC manifestaron que los padres pueden disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos/as o descendientes naturales o por adopción plena.

De lo expuesto se colige que, contrario a lo que acontecía en la normativa precedente, para la Ley de 1981 no existía ninguna clase de discriminación sucesoria entre los hijos/as por naturaleza y los adoptados plenamente. Desde nuestra perspectiva, el giro jurídico en cuanto a este asunto obedeció al deseo del legislador de acabar con las injusticias que soportaban los hijos/as extramatrimoniales, entre los que solían ubicarse los abandonados/as, a la hora de repartir la herencia.

4.3 Modificaciones relativas a la adopción y el abandono

En primer lugar, respecto a la adopción tenemos que el artículo 5º de la Ley 11/1981 suprimió el párrafo 4º del artículo 172 CC, que apuntaba: “Los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior”³¹⁵.

Como mencionamos previamente, la adopción de los propios hijos/as naturales reconocidos/as fue un mecanismo utilizado por los padres para lograr que a aquéllos/as les correspondiera la misma porción hereditaria que a sus hermanos/as legítimos/as³¹⁶. Pero, comoquiera que con la Ley 11/1981 los hijos/as naturales y los adoptados

³¹⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1981/05/13/11>, revisado el 1 de octubre de 2021.

³¹⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-735>, última revisión 1 de octubre de 2021.

³¹⁶ Véase el acápite de la tesis titulado “efectos de ambos tipos de adopción” dentro del análisis de la Ley 7/1970, de 4 de julio.

plenamente adquirieron los mismos derechos sucesorios (art. 179 CC³¹⁷) la conservación de tal disposición dentro del ordenamiento jurídico se volcó innecesaria.

En igual modo, el artículo 176.2 CC señaló que la adopción causaba parentesco entre el adoptante/s, su familia, el adoptado y los descendientes de aquél; esa, fue una modificación recibida positivamente por la doctrina dado que finalmente se permitió la integración del hijo/a adoptivo en la familia extensa de sus adoptantes.

Además, en lo que concierne a quiénes podían ostentar la calidad de adoptantes plenos la norma quitó la referencia a la culpabilidad en los casos de separación conyugal, abriendo la puerta para que cualquiera de los consortes legalmente separados, con independencia de las causas que generaron la cesación de la mutua convivencia, pudieran adoptar en esa modalidad. Igualmente, se incorporó dentro del grupo de los adoptantes a las personas divorciadas (art. 178.1 CC) cosa que era impensable con la legislación anterior.

De la misma forma, para otorgar mayor flexibilidad al trámite de la adopción plena se eliminó el requisito de duración de cinco años del matrimonio, pidiendo únicamente que los cónyuges vivieran juntos y procedieran de consuno. Recordemos que la aludida exigencia de perdurabilidad matrimonial se introdujo en la legislación para asegurar que los derechos de los hijos/as legítimos o legitimados no se vieran perjudicados por los de los adoptados/as³¹⁸.

Sin embargo, al colocar en igual posición a todos los hijos/as tal previsión perdió su razón de ser, habida cuenta que a efectos prácticos ya no era perjudicial que una familia se hallara compuesta por descendientes de diversas filiaciones.

³¹⁷ “El hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1981/05/13/11>, revisado el 1 de octubre de 2021.

³¹⁸ Antes de la Ley de 11/1981 se creía que un extremo amor de padres hacía los hijos/as adoptivos podía generar problemas a la hora de asegurar los derechos de los hijos/as legítimos y, como un modo de proteger la supuesta superioridad con la que contaba esa clase de descendencia, sólo se permitía adoptar a las parejas que contaban con pocas opciones de tener hijos/as biológicos/as.

Por otra parte, la norma no realizó variaciones sustanciales en cuanto a los requisitos para efectuar la adopción simple o al orden en que debían colocarse los apellidos de los así adoptados/as. Eso sí, en este último punto los adoptantes continuaron gozando de flexibilidad para decidir a su arbitrio, en la escritura pública de adopción, si los menores conservaban sus apellidos por naturaleza; o si sustituían los apellidos de la familia de origen por los suyos; o si registraban a los niños/as seleccionando un apellido de cada procedencia³¹⁹.

A contrario sensu, en el tema de los derechos sucesorios para esta clase de adopción el artículo 5º de la Ley 11/1981 modificó los párrafos 3º y 4º del artículo 180 CC, que quedó redactado en los siguientes términos: “Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas. En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes”³²⁰.

Al comparar el contenido del artículo anterior con el de su homónimo en la Ley 7/1970 advertimos que con la reforma menguaron los derechos de los adoptados simples. Por ejemplo, la norma previa otorgaba a dichos niños/as iguales derechos sucesorios que los conferidos a los entonces hijos/as naturales reconocidos, no obstante, cuando la Ley 11/1981 cambió la clasificación de la filiación omitió tal equiparación y en su lugar manifestó expresamente que esos infantes carecían de derecho a legítimas.

También eliminó la facultad de los adoptantes para suscribir pacto sucesorio a favor del adoptado/a en la medida en que tal estipulación infringía lo señalado en el artículo 1271 CC, que decía: “Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea participar entre vivos la división de un caudal

³¹⁹ “...este régimen elimina la anomalía que suponía que el adoptado pudiese tener, en contra de la regla general (art. 53), tres y cuatro apellidos. Ahora sólo tendrá dos apellidos...”. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentarios al artículo 180 del Código Civil”, en Albaladejo García, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, óp. cit. (recurso electrónico).

³²⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1981/05/13/11>, revisado el 10 de diciembre de 2020.

conforme al artículo 1.056³²¹, es decir, respetando la legítima de los herederos forzosos³²².

En ese sentido, según lo plasmado en la Ley cuando los hijos/as adoptivos simples estaban en presencia de herederos forzosos dentro de la sucesión testada, solamente contaban con la posibilidad de recibir la totalidad o aquella parte del tercio de libre disposición que los causantes les hubieran asignado al otorgar el testamento. Salvo esa opción, no poseían derecho legal a legítimas.

Con todo, como una manera de garantizar mínimamente sus derechos en la sucesión intestada, la Ley 11/1981 optó por llamarlos a heredar justo después del cónyuge viudo/a³²³. Entendemos que la probabilidad de que tales niños/as se quedaran con una porción del haber hereditario era escasa dada la posición secundaria que ocupaban en el orden sucesorio; a pesar de esto, la mención a ellos hecha en el artículo 180 CC por lo menos les proporcionó cierta protección legal.

A su turno, pasando al análisis del abandono precisamos que el artículo 5º de la Ley 11/1981 modificó el 174.b CC, en el sentido de reducir de seis meses a treinta días el plazo para apreciar tal situación. A nuestro parecer dicha disminución fue una medida que facilitó en exceso las adopciones y contravino los principios de seguridad jurídica y contradicción, al conceder a los padres naturales o responsables legales un término en extremo corto para reconsiderar su decisión de dejación.

Ahora bien, para algunos sectores de la doctrina el acortamiento del referido lapso fue una disposición acertada que encontró su fundamento en la aplicación del principio del interés superior del niño/a desde de su vertiente más absoluta y objetiva.

³²¹ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

³²² Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentarios al artículo 180 del Código Civil”, en Albaladejo García, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil...*, óp. cit. (recurso electrónico).

³²³ “El sistema derivado del último párrafo del artículo 180 es el siguiente en cuanto al orden de suceder en la sucesión intestada de adoptante y adoptado: sus hijos y descendientes por naturaleza y por adopción plena...; sus ascendientes por naturaleza y por adopción plena...; su cónyuge no separado legalmente...o no separado de hecho en los términos del artículo 945 C.c.; sus hijos adoptivos simples y los descendientes de los mismos...; sus padres adoptantes simples...y; los colaterales por naturaleza y por adopción plena...”. *Ídem*.

Así pues, al instaurar disposiciones de ese estilo se aseguraba que los responsables o encargados legales de un infante que se desentendían de su cuidado, con independencia de las causas, no debían menos que ser sancionados con la supresión de su derecho de oposición dentro del expediente de adopción. La protección y los intereses de los niños/as siempre tenían que estar por encima de las circunstancias familiares.

Sin embargo, para nosotros asumir la anterior postura significó el desconocimiento de las realidades familiares que reinaban en la época en la que entró en vigor la norma; ahí abundaban los casos de padres o familiares que se desprendían de los niños/as de forma transitoria hasta que conseguían una estabilidad socioeconómica.

En consecuencia, consideramos que separar a un menor de manera definitiva de su medio de origen, formalizando adopciones rápidas y dando un lapso mínimo (un mes) a los progenitores no culpables para que intentaran normalizar su situación, fue una determinación arriesgada por parte del legislador.

Para concluir, afirmamos que si bien la adopción no era la figura de antaño creada exclusivamente a favor de los matrimonios que querían satisfacer su deseo paternal, puesto que finalmente se había logrado que los adoptados/as plenamente fueran tratados como los hijos/as biológicos, lo cierto es que poseía una celeridad tal que en algunas ocasiones dio lugar al mal llamado tráfico “legal” de niños/as.

CAPÍTULO 5. LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TUTELA

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de Reforma del Código Civil en materia de tutela*³²⁴, realizó tres cambios fundamentales en el tema de los principios que debían regir las instituciones y los procedimientos de guarda de menores, así:

³²⁴ BOE Núm. 256/1983, de 26 de octubre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1983/10/24/13>, última consulta 1 de octubre de 2021.

5.1 De la unidad a la pluralidad institucional

Hasta antes de la publicación del CC de 1889, el régimen jurídico de guarda español se basaba en el principio de *dualidad institucional* heredado del derecho romano y de las Partidas de Alfonso X, conforme al cual la tutela y la curatela coexistían como dos instituciones separadas.

La tutela era la figura utilizada para proteger en primer lugar a la persona del pupilo (menor de 14 años) o de la pupila (menor de 12 años) no emancipado/a o sometido/a a la patria potestad y, en segundo lugar, a sus bienes, mediante la representación general que de éstos hacía el tutor.

A su vez, la curatela se usaba para salvaguardar los bienes de los niños y niñas mayores de 14 y 12 años, respectivamente, y menores de 25 años, que tampoco se hallaban bajo la potestad parental; así como, para administrar de manera parcial o total el patrimonio de los incapaces (locos, pródigos, interdictos civiles, sordomudos que no sabían leer ni escribir, etc.)³²⁵.

Ahora bien, el legislador de 1889 dio un vuelco jurídico a la regulación de la tutela y la curatela al introducir dentro del Código el principio de *unidad institucional*, propio del derecho francés, y agrupar ambas instituciones en una sola: la tutela. De ese modo, dicha figura se subdividió en varias clases dependiendo de los sujetos sobre los que se ejerciera la guarda (menores, incapaces, locos o pródigos).

Cerca de un siglo tuvo que pasar para que con la Ley 13/1983 se retornara al ya citado principio de *pluralidad institucional*, redactándose por ello el artículo 215 CC de la siguiente forma: “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela; 2. La curatela; [y] 3. El defensor judicial”³²⁶.

³²⁵ Sesma Urzaiz, M., “La estructura de la tutela: su evolución histórica”, en García Cantero, G. (Coord.), *Estudios sobre la tutela (en torno a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela)*, Reus, Madrid, 1986, pp. 15-22.

³²⁶ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1983/10/24/13>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Por ser el tema en modo extenso, y al exceder del objeto de nuestra investigación, procederemos a condensar las principales diferencias que había entre las instituciones de guarda enunciadas en el artículo anterior, así:

INSTITUCIONES DE GUARDA DE MENORES E INCAPACES (ART. 215 CC) ³²⁷			
PRINCIPALES DIFERENCIAS	TUTELA	CURATELA	DEFENSOR JUDICIAL
Según la clase de sujeto sobre la que recae	i) Menores no emancipados que no estén sometidos a la patria potestad. ii) Incapacitados, si así lo dispone la sentencia correspondiente. iii) Sujetos a la patria potestad prorrogada, excepto si al cesar la misma se ordena la conformación de la curatela. iv) Menores en situación de desamparo. (Art. 222 CC).	i) Emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren impedidos para seguir ejerciendo la asistencia prevenida por la Ley. ii) Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. iii) Los declarados pródigos. iv) Personas a quienes la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección, en atención a su grado de discernimiento. (Arts. 286 y 287 CC).	i) Menores o incapacitados cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre éstos y sus representantes legales o el curador/a. ii) Menores o incapaces, cuando por cualquier causa el tutor o curador no puedan desempeñar sus funciones. iii) Demás casos previstos por la Ley. (Art. 299 CC).
Según la clase de órgano	Es un órgano estable, de actuación habitual, por el que se sustituye la capacidad de obrar de quien carece de ella, siempre que el sujeto no esté sometido a la patria potestad.	Es un órgano estable, de actuación no habitual, por el que se complementa la capacidad de obrar del sometido a ella, para los actos que disponga la Ley.	Es un órgano transitorio, de actuación intermitente y provisional, por el que se representa y ampara al sometido al mismo hasta que se constituya la tutela o la curatela.
Desde el punto de vista de las funciones que cumplen	Comprende la guarda, protección y representación del sometido a ella, así como la administración de su patrimonio.	Comprende la protección del sometido a ella al complementar su capacidad, pero no su representación, guarda o la administración de su patrimonio.	Comprende la representación, amparo, guarda y administración temporal del sometido al mismo.

³²⁷ Tabla construida con base en lo explicado en: *Ibidem*, pp. 25-26.

De la tabla anterior podemos concluir que en el CC, reformado por la Ley de 13/1983, regía un sistema de guarda plural, en el que cada una de las instituciones se hallaba plenamente diferenciada en cuanto a sus sujetos y funciones; dicho sistema se apartaba del modelo implantado en el CC de 1889 que no alcanzó a tener una aplicación eficaz debido a la excesiva unidad que lo caracterizaba.

5.2 De la tutela de familia a la tutela de autoridad

En el CC de 1889 imperaba el principio de *tutela de familia*, según el cual “...la titularidad de la institución...así como la vigilancia, control y supervisión de la misma queda restringida a la propia familia del tutelado”³²⁸. Por ese motivo en dicho cuerpo legal se crearon la figura del protutor y el órgano del consejo de familia (compuesto por los parientes más próximos del niño/a o incapaz que precisaba ser sometido a tutela)³²⁹, cuyas funciones primordiales fueron la de controlar el desempeño del cargo por parte del tutor/a y garantizar el bienestar del pupilo/a.

No obstante, el sistema tutelar así concebido resultaba difícil de ejercitar teniendo en cuenta que el consejo de familia no era un órgano con vocación de permanencia, remunerado o de constitución sencilla. Por ejemplo, en los casos en que el tutelado/a no contaba con un patrimonio considerable, los jueces municipales o el ministerio fiscal encontraban impedimentos de toda clase al citar a las personas que por Ley estaban llamadas a componer el aludido Consejo.

Esa y otras razones llevaron a que en la Ley 13/1983, el legislador se basara en el principio de *tutela de autoridad* para efectuar la reforma del CC. Así pues, de acuerdo con el mentado principio se le atribuyó al Juez la máxima potestad a la hora de vigilar el ejercicio de la tutela del menor o incapacitado/a, eliminando los poderes antes otorgados a los miembros de sus familias.

Al respecto, el artículo 216 CC indicaba que “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la

³²⁸ Serrano Ruiz-Calderón, M., “Incapacitación e instituciones clásicas de protección”, en Serrano Ruiz-Calderón, M. (Dir.), *Protección de menores en el derecho civil español*, óp. cit., pp. 168-169.

³²⁹ Artículos 293 a 313 del CC vigente para la época.

autoridad judicial”³³⁰. También, el artículo 232 CC sostenía que la tutela se ejercería bajo la inspección del Juez quien podría actuar de oficio o a instancia del ministerio fiscal o de cualquier interesado/a.

En un primer momento la doctrina celebró la modificación realizada por la Ley comoquiera que, ya fuese por escasez de recursos o por simple desinterés, los protutores y el consejo de familia no consiguieron la protección real de los derechos de los tutelados/as.

Empero, con el paso del tiempo, se observó que la falta de celeridad procesal característica de los procedimientos judiciales incidió negativamente en el desarrollo de los infantes³³¹; al punto que tras varias reformas legislativas la responsabilidad de supervisión tutelar se trasladó en modo definitivo al Ministerio Fiscal³³².

5.3 De la tutela orgánica a la tutela individual

Históricamente en el derecho español, de corte romano, predominó el principio de *tutela individual*. Sin embargo, al igual que aconteció con los dos principios arriba estudiados la corriente del CC de 1889 fue la de apartarse del derecho tradicional prefiriendo legislar bajo la influencia del Código Civil Francés.

De esa manera, el CC en su redacción original estructuró el sistema tutelar fundamentado en el principio de *tutela orgánica*, al hacer de ésta “...un organismo integrado por diversos elementos, a saber: el tutor, el protutor, el consejo de familia y cierta intervención de la Autoridad judicial...”³³³.

³³⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1983/10/24/13>, última consulta 1 de octubre de 2021.

³³¹ “La nueva regulación [Ley 13/1983] no prevé propiamente la posibilidad de que la autoridad judicial esté asistida en el ejercicio de sus funciones por otros órganos administrativos o entes privados, lo que, unido a la tradicional excesiva carga de trabajo de nuestros tribunales y a la ausencia de medios, puede hacer verdaderamente difícil el cumplimiento de las prescripciones legales en la materia (...). Todo lo contrario ocurre en el derecho comparado, donde lo normal es precisamente que la autoridad judicial o el órgano administrativo encargado de la tutela cuente con la colaboración de otros órganos o entes distintos”. Usero Millan, J., “La tutela de autoridad en algunos derechos continentales europeos y la reforma española de 1983 en materia de tutela”, en García Cantero, G. (Coord.), *Estudios sobre la tutela...*, óp. cit., pp. 58-59.

³³² Art. 209 del actual CC.

³³³ Sesma Urzaiz, M., “La estructura de la tutela: su evolución histórica”, en García Cantero, G. (Coord.), *Estudios sobre la tutela...*, óp. cit., p. 33.

En consecuencia, aunque el artículo 201 CC declaraba que la tutela se ejercería por un sólo tutor/a, lo mismo adjudicaba a los protutores y al consejo de familia funciones de intervención en el desarrollo de aquélla. Esa situación produjo que en la realidad práctica la tutela precisara de la concurrencia de varios órganos o, en otras palabras, de la toma de decisiones por parte de múltiples personas, para poder cumplir con su cometido.

A causa de lo anterior, la Ley 13/1983 recuperó el principio de *tutela unipersonal* erigiendo como regla general la de asignar a cada niño/a un único tutor, en vez de dividir las obligaciones entre una dualidad de órganos.

Ahora, la selección de tal principio no significó que en determinadas ocasiones un tutelado/a no pudiera tener más de un tutor/a (tutela pluripersonal), estableciéndose en los artículos 236 y 242 CC ciertas excepciones a la referida regla, como sigue:

“Artículo 236: La tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo:

- 1.º Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, **convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia**, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.
- 2.º Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.
- 3.º Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.
- 4.º Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente” (negrita no original)³³⁴.

Desde nuestra óptica, la razón de ser de la excepción contenida en el numeral 1º fue de tipo económico. En los casos en que el tutelado/a disponía de un patrimonio especial, el legislador preveía la posibilidad de nombrar a un profesional que reuniera los conocimientos técnicos requeridos para garantizar la correcta administración del citado patrimonio, así como la consecuente salvaguarda de los bienes del tutelado/a.

³³⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1983/10/24/13>, última consulta 1 de octubre de 2021. Esta disposición, con algunas modificaciones, se trasladó al artículo 218 del CC vigente.

Pero, en raras ocasiones coincidía que el sujeto a quien se le adjudicaba la gestión de los recursos (tutela real) poseía también las cualidades humanas y afectivas necesarias para asumir la guarda y cuidado personal del niño/a; causa más que suficiente para asignar las labores tutelares a dos individuos distintos.

No obstante, la distribución de competencias entre ambos tutores/as no impedía que en ciertas ocasiones éstos/as tuvieran que actuar conjuntamente en beneficio del tutelado/a. Por ejemplo, para seleccionar el colegio o institución educativa a la que aquél debía asistir, su lugar de residencia, sus espacios recreativos, y demás actividades que dependían de la cuantía de su patrimonio³³⁵.

A su turno, la excepción consagrada en el numeral 2º únicamente se daba cuando el hijo/a era mayor de edad, soltero (o casado siempre que el juez no hubiera atribuido la tutela a su cónyuge) y no sometido a la entonces patria potestad prorrogada³³⁶. En las demás circunstancias carecía de sentido entregar la tutela del hijo/a a los progenitores que ya por derecho natural eran los que ejercían la potestad parental³³⁷.

Finalmente, aunque en la excepción del numeral 3º la titularidad de la tutela estaba en cabeza del tío/a del menor, atendiendo a lo ordenado en el entonces artículo 234 (inciso final) CC conforme al que se consideraba “...beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor”³³⁸, se extendía el ejercicio de la tutela, que no su titularidad, al cónyuge de aquél.

Por su parte, la otra excepción al principio de unidad tutelar quedó consagrada en el artículo 242 CC que afirmaba: “Podrán ser también tutores las personas jurídicas que

³³⁵ Ogayar Ayllón, T. y Lete del Río, J., “Comentarios al artículo 236 del Código Civil”, en Albaladejo García, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2ª ed., Tomo IV, Vol. 1, Artículos 181 a 332 del Código Civil, Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1985, disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/484>, última consulta 1 de octubre de 2021.

³³⁶ La figura de la patria potestad prorrogada fue suprimida del CC mediante el artículo 2º de la Ley 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*.

³³⁷ Ogayar Ayllón, T. y Lete del Río, J., “Comentarios al artículo 236 del Código Civil”, en Albaladejo García, M. (Dir.), *Comentarios al Código...*, óp. cit. (recurso electrónico).

³³⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1983/10/24/13>, última consulta 1 de octubre de 2021. Con ciertas modificaciones esta disposición permanece en el actual artículo 213 CC.

no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”³³⁹.

Vemos aquí que la titularidad de la tutela reposaba sobre la persona jurídica como tal, a pesar de que las tareas de guarda eran ejercidas por medio de sus representantes legales o por alguno de sus miembros. En tal virtud, ante un mal ejercicio de las labores tuitivas, el juez debía remover del cargo a la persona jurídica en sí misma y no a los sujetos pertenecientes a ésta que hubieran desempeñado inadecuadamente sus funciones³⁴⁰.

Poco más hemos de anotar frente al particular, salvo que el móvil para introducir en el sistema legal una figura tan abierta en la que la responsabilidad tutelar no se encontraba fija en un sujeto determinable físicamente sino en un ente jurídico, no fue más que el de intentar ofrecer a los menores sin peculio la oportunidad de ser tutelados de manera similar a como lo eran aquéllos que sí contaban con un patrimonio.

CAPÍTULO 6. LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE ADOPCIÓN

6.1 Contexto socio jurídico en el que se expidió la Ley

El preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*³⁴¹, adujo que a pesar de las múltiples reformas hechas con el paso de los años a los artículos del CC referidos a la adopción, ésta no había alcanzado su finalidad social de protección a los menores privados de una vida familiar normal. El poco control previo

³³⁹ *Ibidem* (recurso electrónico). Con unos ligeros cambios, este precepto actualmente aparece en el artículo 212 CC.

³⁴⁰ Ogayar Ayllón, T. y Lete del Río, J., “Comentarios al artículo 242 del Código Civil”, en Albaladejo García, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, óp. cit. (recurso electrónico).

³⁴¹ BOE Núm. 275/1987, de 17 de noviembre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, consultado el 1 de octubre de 2021.

de los procedimientos propiciaba el tráfico de niños y la inadecuada selección de los adoptantes, hechos que eran constantemente denunciados por los medios de comunicación.

Al respecto los periódicos reportaban que las solicitudes de adopciones sobrepasaban en gran manera al número de infantes adoptables, de forma que ante la escasa oferta oficial de niños/as muchos matrimonios escogían la vía privada para satisfacer sus deseos paternos. Por ese camino sólo se precisaba de la intervención de un abogado/a quien, de común acuerdo con la madre natural y generalmente mediando alguna compensación económica, presentaba la documentación correspondiente y conseguía formalizar el trámite sin la supervisión de la Junta de Protección de Menores³⁴².

Asimismo, en el citado preámbulo el legislador comentó que “...el tratamiento dado a los supuestos de abandono de menores [resultaba inapropiado] porque, debido a su rigidez, impedía o dificultaba en la práctica la realización de adopciones a todas luces recomendables”³⁴³. El concepto de abandono contenido en el artículo 174 CC era confuso, razón por la que no había un criterio jurídico doctrinal o jurisprudencial homogéneo que sirviera de base para concretar si un menor se hallaba en dicho estado o no.

Lo expuesto ocasionaba que las adopciones oficiales fuesen lentas y poco efectivas, en contraste con las privadas caracterizadas por la celeridad, pero llenas de irregularidades.

Todo lo anterior conllevó a que la reforma a la institución adoptiva efectuada a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se cimentara en dos principios fundamentales: *la configuración de la adopción como un instrumento de integración familiar y el interés superior del adoptado/a* como el que debía preponderar en todas las actuaciones.

³⁴² “Sólo en la provincia de Vizcaya, y entre 1979 y 1980, 70 niños fueron adoptados sin el control de la Junta de Protección de Menores. El sistema empleado fue presentar en el Registro Civil al recién nacido por un matrimonio distinto al de sus padres naturales. En 1980 hubo en Madrid 26 adopciones oficiales y 100 privadas. Al año siguiente fueron 22 las adopciones controladas por las instituciones oficiales frente a las 76 privadas. En 1970 se batió el récord de adopciones en toda España, con 200 casos resueltos”. Trives, M., 1983, “Una próxima ley pondrá fin a la adopción privada y al tráfico de niños”, *El País*, 4 de septiembre, disponible en: https://elpais.com/diario/1983/09/04/sociedad/431474406_850215.html, última revisión 1 de octubre de 2021.

³⁴³ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, consultado el 1 de octubre de 2021.

A raíz del principio de integración familiar, la Ley terminó con la adopción de personas mayores de edad e incorporó dentro de la legislación civil la figura del acogimiento familiar hasta entonces regulada en normas administrativas dispersas, indicando su alcance y detallando los supuestos en que era viable constituirla.

De igual modo en virtud del principio del interés superior del adoptado/a, la norma introdujo la obligación de recabar el consentimiento del niño/a mayor de doce años, o menor de esa edad de acuerdo con su madurez, dentro del expediente de adopción. Además, con el fin de que la adopción dejara de ser un negocio jurídico particular suprimió la intervención de los sujetos o asociaciones que usualmente fungían como intermediarios en los trámites.

Y, en armonía con ambos principios dispuso la ruptura definitiva de los vínculos del adoptado/a con su familia de origen; así como, la eliminación de la adopción simple y la consecuente creación por ministerio de la Ley de una única filiación adoptiva, equiparable en todos los efectos a la filiación por naturaleza (artículos 108 y ss. CC).

En la misma línea anunció que los niños/as normalmente conocidos como abandonados pasarían a denominarse “desamparados”; y que esa situación de desamparo daría origen a que su tutela fuese otorgada automáticamente a la Entidad Pública que en el respectivo territorio tuviera encomendada la protección de los menores. Estas dos reformas en particular quedaron consignadas en el artículo 2º de la Ley 21/1987, que modificó el 172.1 CC, así:

“La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. 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”³⁴⁴.

Ahora bien, antes de avanzar en la investigación precisaremos que los citados conceptos de desamparo y asunción de la tutela *ex lege* de la Administración, han conservado su vigor en la legislación civil desde 1987 hasta nuestros días. Por esa causa la revisión de tales preceptos se llevará a cabo en el apartado de la tesis referido a la

³⁴⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

normativa vigente, en procura de tener en cuenta los criterios doctrinales y los precedentes jurisprudenciales actuales.

Aclarado ese punto, resta mencionar que la Ley 21/1987 modificó la estructura del Libro I, título VII, capítulo V CC que había permanecido inamovible casi desde su publicación en 1889. Así pues, el aludido Capítulo pasó a dividirse en dos secciones: la primera concerniente a la guarda y acogimiento de menores (artículos 172 a 174) y la segunda referida a la adopción (artículos 175 a 180).

6.2 De la guarda legal de la Entidad Pública

La Ley 21/1987 reformó el artículo 172.2 CC, en el sentido de permitir que la Entidad Pública de protección de menores (en adelante, EP)³⁴⁵ asumiera la guarda de aquellos niños/as que por causa una justificada no podían ser cuidados por sus padres. El tenor literal del artículo era el siguiente: “La entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”³⁴⁶.

Los principales antecedentes de esta figura se localizan, entre otros, en la Ley de 23 de julio de 1903, *sobre mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años*, cuyo artículo 4º determinaba que cuando los padres o tutores reiteradamente constreñían a la mendicidad a sus hijos/as o pupilos/as, se suspendía el derecho a la guarda y educación que aquéllos tenían sobre los pequeños/as y éstos eran ingresados en un establecimiento de beneficencia.

En igual modo, el artículo 6º de esa Ley mandaba que los “Los niños abandonados y los privados de la asistencia de sus padres por fallecimiento de éstos, ó por imposibilidad absoluta de mantenerlos, ó por aplicación del art. 4º de esta Ley, serán

³⁴⁵ Frente al tema, la disposición adicional 1ª de la Ley 21/1987 aclaró: “Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores”. *Ibidem* (recurso electrónico).

³⁴⁶ *Ibidem* (recurso electrónico).

sustentados y educados en los Establecimientos de Beneficencia que existan en el Municipio ó en la provincia de donde sean naturales...” (sic para toda la cita)³⁴⁷.

Asimismo, el Decreto de 11 de junio de 1948, con el que se aprobó el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, prescribía que en el desarrollo de su función protectora tales entes podían decretar “...la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando, en su caso, que éste sea confiado a la correspondiente Junta de Protección de Menores o a una persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento...”³⁴⁸.

Se desprende de lo expuesto que la suspensión de la potestad parental y la consecuente delegación de la guarda de la infancia desprotegida en instituciones estatales no fueron figuras novedosas; en su tiempo formaron parte de ciertas normas administrativas y, para cuando fueron integradas en el cuerpo del CC, ya existían en ese Código preceptos de características similares a éstas.

Por ejemplo, el artículo 103.1ª CC estipulaba que junto con la admisión de demanda en los procesos de nulidad, separación o divorcio, el Juez podía acordar que excepcionalmente los hijos/as fueran “...encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad de [aquél]...”³⁴⁹.

6.2.1 Características esenciales de la guarda voluntaria ex artículo 172.2 CC

Puntualizado lo anterior procederemos a explicar brevemente cada uno de los elementos que componían el concepto de guarda voluntaria, en pro de extraer los rasgos fundamentales que la diferenciaban de otras medidas de protección a la niñez, así:

i) En primer lugar, la guarda en sí misma hacía referencia al desempeño por parte de la Entidad Pública de las funciones inherentes a la patria potestad contempladas en el

³⁴⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1903/214/A01747-01747.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

³⁴⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/201/A03306-03318.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2021.

³⁴⁹ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), revisado el 1 de octubre de 2021. Para mayor información sobre los demás artículos del CC enlazados con este tema véase: Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores: estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, José María Bosch, Barcelona, 1990, p. 55.

artículo 154.1 CC, es decir, las de velar por los hijos/as, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En ese orden de ideas, tal Entidad sería la encargada de ejercer las tareas de cuidado directamente relacionadas con la esfera personal de desarrollo del menor³⁵⁰.

Sin embargo, dependiendo de lo acordado por los sujetos que ostentaban la potestad sobre el menor y la Entidad Pública a la hora de constituir la guarda, los deberes de atención personal del niño/a podían ser compartidos entre ambas partes. Con la salvedad de que el derecho a tomar las decisiones trascendentales para la vida de aquél se reservaba a los primeros.

ii) De la incorporación de la frase “durante el tiempo que sea necesario” en el texto del artículo, se extrae que otra de las características de esta guarda fue la *temporalidad*. Pero, a pesar de que la norma estableció indubitablemente que esta medida no podía ser perpetua, omitió señalar cuál sería su duración máxima o mínima³⁵¹.

Por ese motivo, doctrinalmente se interpretó que la temporalidad “...vendría limitada por la capacidad recobrada de poder atender al menor, lo que implica el inmediato deber de reclamar su compañía en virtud de esa obligación de vela que las leyes imponen a los padres (art. 154.1º), al tutor (art. 269) y a los acogedores (art. 173.1)”³⁵².

Así pues, comoquiera que el fin perseguido por la aludida disposición era el de aliviar los estados temporales de inestabilidad familiar que generaban la inasistencia del

³⁵⁰ La guarda del artículo 172.2 CC giraba “...en torno al ejercicio por las entidades públicas de todo el contenido personal de la patria potestad o tutela (...). Los padres o tutores conservan sus facultades de representación legal y administración de bienes de los menores a ellos sometidos. La idea de guarda se conecta a sí mismo con la de custodia material y atención directa al beneficiario de la medida (...). Esta institución que estudiamos convive con el ejercicio de la patria potestad o tutela de que no han sido privados sus titulares, y la coexistencia ha de estructurarse sobre lo que sea más conveniente para el menor”. Vargas Cabrera, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas: interpretación sistemática de la Ley 21/1987”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, Núm. 2, 1991, p. 638, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1991_ANUARIO_DE_DER_ECHO_CIVIL&fasc=2, última consulta 1 de octubre de 2021.

³⁵¹ Este hecho fue duramente criticado por la doctrina en tanto la falta de fijación de un límite temporal producía una sensación de inestabilidad en la vida del niño/a. Éste no podía siquiera hacerse una idea del plazo en el cuál retornaría a su medio de origen, o en el que se le aplicaría una medida de protección más estable como el acogimiento permanente o la adopción. Del mismo modo, tal omisión podía conllevar a que se dieran casos de “eternización” de la guarda de la Entidad Pública en perjuicio del interés superior del menor.

³⁵² Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., p. 78.

infante, lo lógico era que una vez superadas las dificultades los niños/as regresaran con su familia natural. No obstante, si la situación que había dado origen a la guarda adquiría un carácter irreversible y permanente, la Entidad Pública debía realizar las investigaciones de rigor para declarar el desamparo³⁵³.

iii) En cuanto a la legitimación activa el artículo 172.2 CC indicó que recaía en las personas que tenían potestad sobre el menor. Haciendo una lectura rápida del precepto e interpretándolo a la luz de lo estipulado en el ya mencionado artículo 154 CC, llegaríamos a creer que esa legitimación se atribuía privativamente a los padres, adoptivos o naturales, en tanto la patria potestad no deja de ser un derecho/deber asignado primeramente a éstos.

No obstante, la potestad descrita en este artículo rebasaba la esfera parental y hacía alusión a todos “...aquellos poderes que, aunque de ‘facto’, se ejercen sobre el menor por cualquiera que lo atienda’...”³⁵⁴. Por consiguiente, se hallaban legitimados para incoar la solicitud de guarda los progenitores (conjunta o separadamente), el tutor/es, el guardador de hecho, el acogedor/es, el defensor judicial, etc.

iv) Por su parte, el artículo 172.2 CC aducía que la petición de guarda podía ser formulada cuando se diera alguna “enfermedad u otras circunstancias graves” que justificadamente produjeran la desatención del niño/a. En este aspecto, lo relevante no era tanto la gravedad o no de los hechos determinantes de la guarda, sino su capacidad para generar la aludida inasistencia del infante³⁵⁵.

Así las cosas, aunque la situación pudiera parecer a simple vista leve, si razonablemente impedía que los encargados del niño/a le brindaran la protección adecuada tenía el peso jurídico suficiente para que la Entidad Pública estudiara si la medida era procedente o no³⁵⁶.

³⁵³ Vargas Cabrera, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas: interpretación sistemática de la Ley 21/1987”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 637.

³⁵⁴ Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., p. 61.

³⁵⁵ “El legislador de 1987 se refiere aquí pues a supuestos en los que la despreocupación, desinterés o descuido están ausentes en la actitud de los padres o guardadores, pensando sin duda, con el mismo espíritu del art. 170, que no puede equipararse, en cuanto a las consecuencias jurídicas de sus actos, el padre responsable y el que no lo es”. Vargas Cabrera, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas: interpretación sistemática de la Ley 21/1987”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 636.

³⁵⁶ Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., pp. 79-80.

En esta cuestión era de suma trascendencia que la nombrada Entidad Pública hiciera un correcto examen de la condición particular de cada menor, de forma que bajo el decreto de la guarda no se camuflaran supuestos que en realidad obedecían a una declaración de desamparo o; por el contrario, se proporcionara apoyo a responsables legales que solamente querían sustraerse de su deber de asistencia para con el infante pero sin asumir las consecuencias legales derivadas de ello, esto es, la pérdida o privación de la patria potestad.

v) Finalmente, al lado de la guarda voluntaria el artículo 172.2 (inciso final) CC contempló la posibilidad de que el Juez entregara la guarda de los menores a la Entidad Pública “en los casos en que legalmente proceda”.

En la expresión entre comillas por la generalidad de su contenido se incluían los procesos del estilo de la separación, nulidad o divorcio; acciones de filiación; adopción de alguna de las medidas de protección judicial para el correcto funcionamiento de la patria potestad del artículo 158 CC; y demás trámites civiles, penales o de jurisdicción voluntaria en los que por ministerio de la Ley se hubiera asignado tal facultad al Juez.

Poco más diremos respecto a esta guarda judicial, salvo que mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, pasó a formar parte del artículo 172.bis.2 CC, sin que a día de hoy se hayan realizado variaciones sustanciales en su definición.

6.2.2 Modalidades de ejercicio y régimen jurídico de la guarda

En lo que compete a los modos en los que se podía ejercer la guarda, el artículo 172.3 CC sostuvo: “La guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento”³⁵⁷.

³⁵⁷ La guarda mencionada en este artículo abarcaba la producida por la tutela *ex lege* del artículo 172.1 CC, así como la guarda voluntaria y la judicial. Texto del artículo disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/1/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Lo primero que resaltamos es que con el uso del verbo “podrá” en el cuerpo del citado artículo, el legislador otorgó a la Entidad Pública un poder facultativo para escoger a su arbitrio y sin preferencias la modalidad en la que se llevaría a cabo la guarda.

Tal disposición fue criticada por algunos doctrinantes bajo el argumento de que, si uno de los propósitos de la Ley era acabar con los mecanismos de protección basados en el internamiento del menor, aquélla debió de un modo u otro incorporar una fórmula legal que promocionara la aplicación de las medidas familiares frente a las residenciales³⁵⁸.

Incluso considerando lo planteado en el artículo 172.4 CC, conforme al que se tenía que procurar la reinserción del niño/a en su propia familia cuando ello redundaba en su beneficio, hubiera resultado más coherente con la sistemática de la norma que se favoreciera la adopción de medidas de asistencia que imitaran los entornos familiares, y se concediera a los mecanismos residenciales una posición subsidiaria.

A contrario sensu, por la forma en que fue escrito el precepto se interpretó que la Entidad Pública podía decidir con toda neutralidad, libertad y atendiendo a las circunstancias específicas del infante, si lo conveniente era su ingreso en un centro o establecimiento asistencial o su entrega a una familia de acogida.

Paradójicamente, en lo que sí hizo énfasis el artículo fue en prescribir que la responsabilidad en el desarrollo de la guarda recaía exclusivamente en la persona jurídica pública. De ese modo, se autorizaba a la misma para que entregara materialmente el cuidado de los niños/as a instituciones o familias colaboradoras, sin que en ningún caso esa entrega implicara un traspaso de la titularidad de la guarda³⁵⁹.

A diferencia de lo que ocurría en el acogimiento, en donde los deberes tuitivos se ejecutaban “...con autonomía decisoria y de responsabilidades por la familia acogedora. [En la guarda era]...la persona jurídica pública y sus representantes en quien[es] recaía el

³⁵⁸ Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., pp. 98-101.

³⁵⁹ Al respecto la disposición adicional 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, decía: “Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir sólo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

peso de la responsabilidad, un omnicomprendido poder de decisión y la revocación *ad nutum* sin necesidad de justificación de la situación de guarda material creada”³⁶⁰.

Pasando a otro tema vemos que el artículo 172 CC no emitió pronunciamiento en lo tocante al régimen jurídico aplicable en los supuestos de guarda, limitándose solamente a dar una definición de la figura (artículo 172.2) y a especificar los modos en los que habría de ejercerse (artículo 172.3). Por ese motivo, la doctrina adujo que lo razonable era equipararla al acogimiento en todo aquello en lo que presentaran elementos comunes.

En ese sentido, ambas instituciones eran asimilables en lo relacionado con las obligaciones que tanto la Entidad Pública como los acogedores poseían para con el niño/a, a saber, las propias de la patria potestad enunciadas en el artículo 154.1 CC y transcritas en el artículo 173.1 de ese mismo Código. En cambio, en lo concerniente al consentimiento y al modo de extinción de las instituciones, aquéllas mostraban diferencias relevantes.

Para constituir la guarda voluntaria sólo se requería el consentimiento de la Entidad Pública y el de la persona/s que tenía potestad sobre el menor; mientras que en el acogimiento era necesario recabar el de los sujetos enlistados en el artículo 173.2 CC, es decir, la Entidad Pública, los acogedores, el menor mayor de 12 años de edad, y los padres o el tutor cuando eran conocidos y no se hallaban privados de la patria potestad o tutela.

A su vez, en la guarda judicial no se necesitaba obtener el consentimiento de ninguna persona en particular, pues la decisión era tomada unilateralmente por el juzgador. Aquí, la Entidad Pública únicamente debía aceptar o rechazar (por causas razonablemente justificadas) el encargo hecho por aquél.

Además, el artículo 173.3 CC fijaba unas causas determinadas de cesación del acogimiento y, en contraste, la Ley no enumeraba unos motivos concretos para la terminación de la guarda en cualquiera de sus dos formas.

³⁶⁰ Vargas Cabrera, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas: interpretación sistemática de la Ley 21/1987”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 646.

En ese orden de ideas, la guarda voluntaria podía acabar por la desaparición de las circunstancias en que se fundó; si se había pactado un plazo de duración al transcurrir dicho período; o por el acaecimiento de alguna otra condición acordada en modo verbal o escrito por las partes a la hora de formalizarla. Al igual, la guarda judicial finalizaba a través del decreto efectuado por el juez, de oficio o a petición de parte.

6.2.3 *La guarda voluntaria en la actualidad*

La esencia de esta figura no varió con las modificaciones sucesivas hechas al artículo 172 CC tras la Ley 21/1987. Actualmente sigue siendo una medida temporal a través de la que los padres o el tutor del menor delegan su cuidado en la Entidad Pública, que pasa a ser la encargada de satisfacer sus necesidades, entre tanto cesan las circunstancias graves que dieron lugar a la entrega y se produce el retorno al medio de origen.

Sin embargo, con la entrada en vigor 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* (en adelante LOPJM)³⁶¹; y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (en adelante LMSPIA)³⁶², se corrigieron yerros de tipo formal que en la práctica dificultaban su ejercicio.

Así las cosas, la LOPJM especificó que la solicitud de guarda debía dirigirse a la Entidad Pública de protección³⁶³, y que los únicos legitimados para pedirla eran los padres o el tutor; eliminando la legitimación activa que la Ley 21/1987 concedía a los acogedores, el guardador de hecho, el defensor judicial y demás personas que “tuvieran potestad sobre el menor”.

³⁶¹ BOE Núm. 15/1996, de 17 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última revisión 1 de octubre de 2021.

³⁶² BOE Núm. 180/2015, de 29 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>, consultada el 1 de octubre de 2021.

³⁶³ Si bien por vía doctrinal y jurisprudencial se entendía que al ser la Entidad Pública la encargada de ejercer la guarda la petición debía formularse ante aquella, no estuvo de más la precisión hecha por la LOPJM.

La supresión de la legitimación de los acogedores se fundó, principalmente, en el deber de supervisión de las medidas de protección de menores consignado en el artículo 12.5 LOPJM, que indica: “Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses”³⁶⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, como la Entidad Pública debe revisar oficiosamente el desarrollo del acogimiento con el fin de asegurar la protección ininterrumpida del niño/a, resultaba innecesario facultar a los acogedores para solicitar la constitución de la guarda voluntaria.

Igualmente, la exclusión del guardador de hecho se basó en que, conforme al artículo 237 CC, cuando se tiene conocimiento de dicha guarda hay que proceder a seleccionar una medida de protección estable tal como la declaración de la situación de riesgo o desamparo del menor; la constitución de la tutela ordinaria o el acogimiento temporal en la persona del guardador o en otra; la privación o suspensión de la patria potestad, etc.

Por lo tanto, era contraproducente que la Entidad Pública asumiera temporalmente la guarda voluntaria de un menor mientras las circunstancias personales del guardador de hecho mejoraban, cuando en tales casos dicha Entidad está obligada por Ley a aplicar una medida de protección diferente y duradera.

Otra de las modificaciones de la LOPJM fue la de ordenar que la guarda voluntaria se constituyera por escrito, mediante una resolución administrativa en la que se incluyeran las responsabilidades que los padres o tutores seguían manteniendo en relación con el menor y la forma en la que la Entidad Pública ejercería la guarda (acogimiento familiar o residencial). Resolución que sobra decir debía ser comunicada en legal forma a las partes y al Ministerio Fiscal, porque contra la misma se podía formular oposición.

³⁶⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última revisión 1 de octubre de 2021.

La obligación de que los progenitores continuaran brindando apoyo al menor, de acuerdo con sus posibilidades, nació con el propósito de supervisar que la entrega no obedecía a un deseo por desprenderse del cuidado del niño/a tanto como a una necesidad real de ayuda en la crianza.

Ahora, en cuanto a los cambios hechos por la LMSPIA resaltamos el hecho de que colocó a la guarda voluntaria una duración máxima de dos años, prorrogable atendiendo a las circunstancias particulares del menor y a la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo³⁶⁵. De ese modo suprimió la expresión “durante el tiempo necesario” contenida en las normas precedentes que, en algunos casos, daba lugar a que esta medida se perpetuara incluso hasta la mayoría de edad del menor.

Otro aspecto a desatacar de la reforma de 2015 fue el de dividir el contenido del farragoso artículo 172 CC, para crear el 172 bis CC dedicado exclusivamente a la regulación de la guarda legal en sus vertientes voluntaria y judicial.

Antaño la inclusión de esa figura dentro del artículo 172 CC, centrado en la situación de desamparo y la tutela automática, produjo confusión en torno a si la guarda voluntaria daba lugar a la tutela *ex lege*, si formaba parte de la misma o si se producía luego de la declaración de desamparo. Con la separación de los artículos se solventaron esas dudas y se dotó al CC de una mejor sistemática.

6.3 *Del acogimiento familiar de menores*

6.3.1 *Breve referencia a los antecedentes legales del acogimiento*

El preámbulo de la Ley 21/1987 expresó que una de las principales novedades introducidas por la reforma fue la de incorporar al CC la figura del acogimiento familiar, que históricamente y con ciertos matices había formado parte de algunas normas administrativas y de la legislación protectora del menor.

³⁶⁵ Sobre el tema consúltese el artículo 19.2 LOPJM.

Así las cosas, el primer antecedente de esta institución se ubica en las Órdenes de 30 de diciembre de 1936 y de 1º de abril de 1937, a través de las que se estructuró un sistema nacional de asistencia para los infantes huérfanos y abandonados a raíz de los enfrentamientos civiles. Este sistema funcionó mediante la entrega de los niños/as por parte del Estado a familias de reconocida moralidad y solvencia, dispuestas a albergarlos y a responsabilizarse por la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales.

También, el Decreto de 23 de noviembre de 1940, *sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra*³⁶⁶, prescribió en su artículo 1º que el Estado asumía la protección de los niños/as huérfanos o abandonados menores de dieciocho años o, que siendo mayores de esa edad se encontraban incapacitados para el trabajo por enfermedad o estudios, cuando “...por causa directamente derivada de la ‘Revolución Nacional y de la Guerra’, hayan perdido a sus padres o a las personas a cuyo cargo corrían su subsistencia y cuidado...”³⁶⁷.

Para cumplir con tal propósito el artículo 3º del aludido Decreto organizó la manera en la que se ejercía la guarda de los niños/as, respetando el siguiente orden de prelación: i) primeramente el cuidado de los pequeños/as se encomendaba a la madre o, en caso de doble orfandad, a los parientes más cercanos; ii) ante la ausencia de hogar familiar, los niños/as eran confiados a personas de buen nombre que les aseguraran la educación en un ambiente afectivo; iii) de no ser posible lo anterior, pasaban a ser atendidos por la organización benéfico-social que determinara el Estado; y iv) solamente en último término se dejaban a cargo de las entidades de beneficencia privadas o públicas que contaran con cupos disponibles para recibirlos.

Posteriormente, el Decreto de 11 de junio de 1948 aseveró que los Tribunales Tutelares de Menores, en el desarrollo de sus facultades reformadora y protectora, podían encargar el amparo de los menores por ellos tutelados a una persona, familia, sociedad o establecimiento, siempre bajo la vigilancia del Tribunal correspondiente.

³⁶⁶ BOE Núm. 336/1940, de 1 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1940/336/A08253-08255.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

³⁶⁷ *Ibidem* (recurso electrónico).

Asimismo, el Decreto de 2 de julio de 1948 recogió la figura del protector social para los infantes nacidos sin progenitores conocidos; a la par que se refirió al servicio de colocación familiar creado para prevenir la mendicidad y evitar el peligro moral de los niños menores de dieciséis años.

Finalmente, recogiendo el espíritu de las anteriores normas administrativas y, con el deseo de introducir sistemáticamente en la legislación civil los preceptos atinentes a la protección de la niñez abandonada, la Ley 21/1987 reformó los artículos 172.3 y 173 CC, en el sentido de instaurar el acogimiento familiar como “...una forma de ejercicio de la guarda administrativa cuando la misma es voluntariamente solicitada por los padres o tutores o instituida judicialmente, o bien, como función de la tutela automática asumida por la entidad pública”³⁶⁸.

6.3.2 Características del acogimiento familiar

Respecto a este tema, el artículo 173.1 CC indicaba: “El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”³⁶⁹.

Al leer el artículo anterior vemos que la Ley no dio un concepto del acogimiento sino que directamente habló de sus efectos en la vida del infante y de los deberes de los acogedores para con él; no obstante, doctrinalmente se le definió como “...una forma de protección que, material e inmediatamente, consiste en albergar al menor que lo precisa, ya en el hogar de una familia distinta a la suya originaria, ya en un establecimiento destinado a aquel fin, de manera temporal y revocable, pudiendo desembocar en una situación definitiva e irrevocable de plena integración familiar...”³⁷⁰.

³⁶⁸ Serrano Ruiz-Calderón, M., “Las consecuencias de la intervención con menores”, en Serrano Ruiz-Calderón, M. (Dir.), *Protección de menores en el derecho civil español*, óp. cit., p. 226.

³⁶⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021. Este texto ha permanecido casi inalterable a lo largo de las múltiples reformas hechas al CC desde 1987 hasta nuestros días.

³⁷⁰ Boccio Serrano, M., *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección: la actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 420. En la misma obra, esta autora da una definición complementaria del acogimiento así: “...el acogimiento puede definirse como aquella institución de Derecho civil, de contenido estrictamente personal, creada para proteger a los menores que, por diversas circunstancias, se han visto privados de una vida familiar normal y que mediante la intervención y control administrativo tiene como fin la integración

En palabras sencillas diremos que cuando la Entidad Pública ostentaba la tutela de un niño/a en virtud del artículo 172.1 CC, o únicamente su guarda en atención al 172.2 CC, debía decidir qué hacer con él a nivel físico, es decir, en dónde y con quién colocarlo/a para que desarrollara su vida con normalidad mientras se conseguía la reinscripción a su propia familia, se procedía a la adopción, o éste/a alcanzaba la mayoría de edad.

Era en ese punto en el que el acogimiento hallaba su razón de ser, al convertirse en el modelo utilizado por excelencia para ejercer la guarda del infante como mecanismo alternativo y preferente a la institucionalización. Ahora bien, en cuanto a las características esenciales de tal figura observamos que³⁷¹:

i) No es una institución familiar en tanto no crea parentesco entre las partes intervinientes en ella. Más bien, Llebaría Samper la tilda de ser una institución civil para-familiar que busca “...la reproducción del ambiente familiar del que, transitoria o indefinidamente, el menor carece, ...no en vano el legislador recurre a todo el arsenal jurídico posible para mantener al acogido en una relación lo más parecida a una familia...”³⁷².

ii) Es una medida temporal y subsidiaria adoptada hasta aplicar otra de tipo permanente y definitivo, o hasta que se da el retorno del niño/a a su núcleo familiar. Este carácter provisional surge porque “...de un lado, al dirigirse a menores, el límite máximo estará en la mayor edad (o en la emancipación), y de otro porque en interés del menor, y siempre que sea factible, habrá de dársele ‘salidas’ lo menos transitorias posibles”³⁷³.

iii) Conforme al artículo 173.2 CC debía formalizarse por escrito, dando a entender que, aunque era preciso que se constituyera mediante un documento para que gozara de eficacia jurídica, no era necesario que aquél fuera público u oficial, bastando con que los intervinientes suscribieran un escrito privado.

provisional del menor en otro núcleo familiar (o, en su caso, en un centro residencial), obligándose el que lo recibe a mantenerlo, educarlo, alimentarlo y procurarle una formación integral”. *Ibidem*, p. 421.

³⁷¹ Características igualmente predicables del acogimiento familiar regulado en el CC actual.

³⁷² Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., p. 113.

³⁷³ García Villaluenga, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, óp. cit., p. 94.

iv) Puede ser remunerado o no, ello depende de lo que convengan las partes. En este aspecto la doctrina subraya que la ayuda económica no debe considerarse un salario a favor de los acogedores, sino más bien un medio para garantizar la subsistencia del niño/a. Lo anterior, con tal de evitar que algunas familias acogedoras se resistan o retrasen la constitución de la adopción en pro de seguir percibiendo los ingresos económicos derivados de la medida³⁷⁴.

v) Es personal. Como ya hemos dicho la guarda que se realiza a través del acogimiento agrupa las obligaciones de la esfera personal de la patria potestad, sin que los acogedores tengan que asumir facultades de representación y administración sobre los bienes de los infantes. Esta característica se fundamenta básicamente en lo prescrito en el artículo 173.1 CC, dado que la plena participación del menor en la vida de familia de los acogedores únicamente se alcanza si éstos ejercitan las funciones personales de cuidado que, de estar en un ambiente familiar normal, desempeñarían sus progenitores³⁷⁵.

6.3.3 Clasificación y causales de cesación del acogimiento en la Ley 21/1987

Primeramente, aunque la Ley 21/1987 no dedicó un apartado puntual para referirse a las clases de acogimiento, de lo preceptuado en el artículo 173.2 CC se extrajeron algunas clasificaciones doctrinales de esta figura, organizadas así:

1. Por la manera en que se constituía se hablaba de un acogimiento *administrativo* o *convencional* y uno *judicial*. El primero era el más común y se caracterizaba porque su formalización se hacía por escrito³⁷⁶, en sede administrativa ante la Entidad Pública, y

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 95.

³⁷⁵ La doctrina criticó el hecho de que la Ley indicara cuáles eran las funciones de los acogedores para con los niños/as pero guardara silencio en sentido inverso; por ese motivo, se presumía que conforme al artículo 155.1 CC los menores acogidos les debían a éstos la misma obediencia y respeto que a sus padres.

³⁷⁶ El artículo en cuestión nada dijo respecto al contenido del escrito de formalización del acogimiento, sin embargo, doctrinalmente se consideró que éste podía referirse a "...cómo y cuándo será más conveniente la reinserción del menor en su propia familia..., el deber de alimentos,...lo relativo a la educación y formación del niño..., remuneración para los acogedores (...), pactar la duración de la acogida y la posibilidad o no de prórroga..., derecho de visitas: titulares, modo, lugar, tiempo, periodicidad, etc. (...). También serán válidas las indicaciones referentes al sostenimiento, cuidado y educación del menor como, además de las antedichas, acuerdos sobre atención médica..., [o] la cobertura posible del acogido por una póliza de responsabilidad civil....Para acabar esta lista ejemplificativa, resultará también conveniente concretar el tipo y modalidad de control y seguimiento a cargo de la entidad...". Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., p. 245.

recabando el consentimiento de las personas enlistadas en el mentado artículo 173.2 CC, cuyo tenor literal era el siguiente:

“2. [el acogimiento] Se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos, con expresión de su carácter remunerado o no. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieren privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario, además, que consientan el acogimiento. Si se opusieran al mismo o no comparecieran, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil”³⁷⁷.

En lo relativo al consentimiento de la Entidad Pública y el de los acogedores vemos que no surgieron enfrentamientos doctrinales relevantes. Ello obedeció a que al ser la aludida Entidad la titular de la guarda del infante era lógico contar con su anuencia para instituir el acogimiento. Lo mismo fue predicable de los acogedores, habida cuenta que pretender entregar el cuidado material del niño/a a sujetos que no estaban prestos a asumirlo desembocaba en un sinsentido.

Al contrario, en dónde si afloraron algunas críticas legales fue en el tema del consentimiento del menor. La norma fijó que debía obtenerse el del niño/a que tuviera doce años cumplidos, pese a que lo más concordante con el espíritu de la Ley hubiera sido permitir por lo menos la audiencia de aquél que, sin ser mayor de doce años, gozaba de la madurez suficiente para expresar su opinión dentro del trámite³⁷⁸.

Igualmente, en el tema del consentimiento de los padres cuando eran conocidos se interpretó que si la privación de la patria potestad no era total, en los términos del artículo 170 CC³⁷⁹, éstos debían manifestar indubitablemente su criterio favorable al acogimiento; además, a pesar de que mediara una separación legal o de hecho, era imperioso recolectar la aprobación de ambos progenitores.

³⁷⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

³⁷⁸ Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., pp. 247-248.

³⁷⁹ “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

Cosa distinta ocurría si a raíz de la declaración judicial de incapacidad o ausencia de los padres, aquéllos perdían totalmente la titularidad de la patria potestad; en esa circunstancia le era dable a la Entidad Pública o al Juez, según el caso, prescindir de su consentimiento para conformar la medida³⁸⁰.

A su turno, el acogimiento judicial como su nombre lo sugiere era el ordenado por el Juez por medio de auto dictado “...según el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1825 al 1828), en expediente de jurisdicción voluntaria; siendo facultativa la intervención de abogado y obligatoria la del ministerio fiscal”³⁸¹.

Este acogimiento se constituía cuando alguno de los progenitores conocidos y no privados de la patria potestad o el tutor se oponían al acogimiento convencional y, en consecuencia, la propia Entidad Pública o el Ministerio Fiscal elevaban petición ante el juzgador de instancia para que fuera él quien ordenara la formalización de la medida.

2. En razón a la condición de los acogedores, el acogimiento se dividía en *familiar* y en *institucional*. El familiar era el llevado a cabo por un sujeto, por un matrimonio o por una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, quienes en el seno de un hogar cumplían con los deberes personales de asistencia enunciados en la parte final del artículo 173.1 CC.

En contraposición, en el institucional esas obligaciones de cuidado eran ejecutadas en un centro residencial específico para menores, distinguiendo “...entre el acogimiento prestado por una institución o entidad pública y el realizado por una asociación o fundación (benéfica) privada, a las que la disposición adicional 1ª de la Ley 21/87 denomina ‘entidades colaboradoras’”³⁸². La modalidad institucional era residual, y sólo se utilizaba si era imposible constituir el familiar o si se tenía previsto el pronto retorno del infante con su familia natural.

³⁸⁰ Vargas Cabrera, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas: interpretación sistemática de la Ley 21/1987”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 673.

³⁸¹ García Villaluenga, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, óp. cit., p. 100.

³⁸² *Ibidem*, p. 98.

A su vez, el acogimiento familiar se solía subdividir dependiendo de su duración, así: i) de *corta duración*, si no demoraba más de seis meses y con el mismo se buscaba ayudar a familias que atravesaban por dificultades temporales; ii) de *larga duración*, cuando superaba el anterior lapso y del vínculo que los progenitores mantenían con sus hijos/as se demostraba la voluntad de querer hacerse cargo de ellos, pero a la par se corroboraba la existencia de una coyuntura familiar que los incapacitaba para cumplir con tal fin; y iii) *indefinido o permanente*, “...para aquellos niños que seguramente no volverán nunca a su propio hogar, pero tampoco pueden quedar libres para la adopción”³⁸³.

Pasando al análisis de otro aspecto, tenemos que frente a la cesación del acogimiento el artículo 173.3 CC sostuvo: “El acogimiento del menor cesará: 1º Por decisión judicial. 2º Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública. 3º A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía. Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez”³⁸⁴.

En lo que atañe a la decisión de los acogedores de cesar con la medida, notamos que la Ley no hizo hincapié en que tuvieran que agotar un procedimiento engorroso o en que acreditaran una justa causa; solamente adujo que era indispensable comunicar a la Entidad Pública, verbalmente o por escrito, su determinación de suspender la asistencia del niño/a con la antelación suficiente para evitar el posible desamparo.

Tal precepto se cimentó en un argumento sencillo, así como no se imponían trabas exageradas para convertirse en acogedores, más que someterse al proceso de selección fijado por la Entidad Pública competente, tampoco había motivo o fundamento legal para retener a las personas que voluntariamente habían querido ocuparse del infante.

Por su parte, si la cesación era pretendida por los progenitores o por el tutor no bastaba con la simple manifestación de su voluntad para que se diera por terminada la

³⁸³ *Ídem*.

³⁸⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

medida, sino que, al contrario de lo que ocurría con los acogedores, éstos tendrían que elevar una petición formal a la Entidad Pública susceptible de ser estimada o denegada³⁸⁵.

En este supuesto era importante que los padres no se hallaran privados o suspendidos, total o parcialmente, de la patria potestad, puesto que eso daba pie a que se cuestionara su capacidad para asistir adecuadamente al infante.

Ahora bien, al analizar las anteriores hipótesis de cesación podría estimarse que el trato diferencial que la Ley daba a los acogedores y a los progenitores resultaba injustificado e iba en contravía del principio de retorno del menor a su medio de origen, teniendo en cuenta que para unos era suficiente la sola comunicación de su decisión para que se terminara la medida, mientras que a los otros se les exigía presentar una petición ante la Entidad Pública correspondiente para conseguir la finalización del acogimiento, y la consecuente rehabilitación de su derecho de convivencia con el niño/a.

Empero, desde nuestra óptica tal estipulación iba en línea con el respeto al principio del interés superior del niño/a, considerando que si aquél poseía la calidad de acogido era precisamente porque en primer lugar los obligados legales, con intención o sin ella, habían faltado a sus deberes de protección.

De ese modo, era razonable que la Ley impusiera a la Entidad Pública la tarea de verificar el desaparecimiento de las circunstancias primigenias de inestabilidad familiar, antes de permitir que la expresión *ad nutum* de los padres ocasionara automáticamente la cesación de la figura.

Sumado a lo dicho, si bien los deberes que el artículo 173.1 CC fija para los acogedores no distan de los señalados para los progenitores en el artículo 154.1 CC, en la realidad los padres poseen una responsabilidad social y moral mayor, derivada de la

³⁸⁵ “Puesto que en su día fue la entidad – o el juez – quien valorara el grado de dificultad de los padres o del tutor y decidiera asumir la guarda del menor, debe ser la entidad quien ahora valore también la superación de tal dificultad, la posibilidad de aquéllos de atender al menor y acceder, en suma, a devolverles su compañía, cumpliendo así con el principio de reinserción que el art. 172.4 consagra”. Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., p. 268.

misma naturaleza o de la adopción, para con la satisfacción de las necesidades de sus hijos/as, distinta de la que se demanda de los acogedores³⁸⁶.

En otros términos, los acogedores no dejan de ser personas que sin estar compelidas a ello han decidido voluntariamente suplir las necesidades de los infantes; al contrario, los progenitores son los primeros llamados a responder jurídicamente por el bienestar de sus hijos/as.

Finalmente, en lo tocante a la cesación del acogimiento por resolución judicial (artículo 173.3.1 y 173.3 inciso final CC) la Ley preveía dos caminos:

i) Que la terminación se diera porque el Juez había acordado la constitución previa de la figura dentro de un proceso ordinario (verbigracia el de los artículos 103, 158 o 170 CC) y en el curso normal del citado proceso fuera conveniente su cesación.

ii) Que el acogimiento se hubiera decretado conforme al trámite del artículo 1828 LEC-1881, es decir, como resultado de la oposición hecha por los padres frente al acogimiento convencional acordado por la Entidad Pública (artículo 173.2 CC); y posteriormente se iniciara el respectivo expediente de cesación a petición del menor, de su representante legal, de los acogedores, de la Entidad Pública, del Ministerio Fiscal o de oficio por el Juez³⁸⁷.

³⁸⁶ Aclaramos que la distinción social entre padres y acogedores, no es excusa para que estos últimos incumplan con su compromiso de asistencia para con los acogidos/as.

³⁸⁷ Artículo 1828 LEC: “La constitución del acogimiento, cuando requiera decisión judicial, será promovida por el Ministerio Fiscal o por la Entidad pública correspondiente.

El Juez, recabado el consentimiento de la entidad pública, si no fuera la promotora del expediente, de las personas que reciban al menor y de éste desde que tuviera doce años, oír a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio, o al tutor, en su caso, y al menor de doce años que tuviera suficiente juicio, y dictará auto en el término de cinco días, resolviendo lo procedente en interés del menor.

Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutores o si citados no comparecieran, se prescindirá del trámite y el Juez podrá acordar el acogimiento.

La iniciación del expediente de cesación judicial del acogimiento tendrá lugar de oficio o a petición del menor de su representante legal, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal, o de las personas que lo tengan acogido.

El Juez podrá acordar la cesación del acogimiento tras oír a la entidad pública, al menor, a su representante legal y a los que lo tengan acogido (...). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Lo relevante en cualquiera de los dos casos era que “...el juez será el único competente para conocer y decretar el posible cese del acogimiento que él mismo constituyó: que sólo el juez arrebate lo que el juez concede”³⁸⁸.

Como comentario final sobre esta temática mencionamos que la Ley no delimitó cuál habría de ser la edad máxima o mínima de los acogedores, ni la diferencia de edad entre éstos y los menores, de manera que dichos extremos debían ser evaluados por la Entidad Pública según su criterio y metodología, respetando el principio del *favor minoris*.

6.4 Algunas modificaciones relacionadas con la adopción

6.4.1 Establecimiento de una única adopción

En consonancia con el principio de no discriminación por razón de filiación consagrado en los artículos 39.2 CE y 108.2 CC, la Ley 21/1987 optó por eliminar la clasificación tradicional de la adopción en plena y simple, heredada de las Leyes de 24 de abril de 1958 y 7/1970, de 4 de julio, estatuyendo una única adopción.

Recordemos que esa división estuvo en armonía con la también clasificación de la filiación presente en el CC hasta antes de su modificación por la Ley 11/1981; así pues, al expedir la Ley 7/1970 aún era imperioso salvaguardar los derechos económicos privilegiados de los hijos/as legítimos frente a los de sus hermanos/as naturales o adoptivos. No obstante, al acabarse con las barreras existentes entre los descendientes careció de sentido mantener el vigor de las relegadas tipologías de adopción.

Además, el preámbulo de la norma de 1987 indicaba que “...la misma pervivencia de la figura de la adopción simple, reducida a una forma residual de escasa trascendencia jurídica y que sólo se utilizaba en la mayoría de las ocasiones para fines marginales no merecedores de una protección especial”³⁸⁹, estaba llamada a desaparecer.

³⁸⁸ Llebaría Samper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, óp. cit., p. 272.

³⁸⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Como consecuencia de ello, el artículo 3º de la Ley 21/1987 afirmó que “En el texto del Código Civil y demás disposiciones legales, la llamada ‘adopción plena’ se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley”³⁹⁰, con lo que finalmente se logró que la filiación por naturaleza y la adoptiva produjeran los mismos efectos³⁹¹.

6.4.2 *De los requisitos de los adoptantes y los adoptados/as*

Respecto a los requisitos de los adoptantes, advertimos que el artículo 175.1 CC prescribió que debían tener mínimo veinticinco años y que su diferencia de edad con los adoptados/as sería de al menos catorce años, quitando los respectivos treinta y dieciséis años fijados en el antiguo artículo 172 CC. Además, en el caso de la adopción por matrimonios era suficiente con que uno de los cónyuges cumpliera con los requerimientos de edad para formalizar la adopción.

Igualmente, al referirse a los adoptados el citado el artículo 175.2 CC señaló que únicamente podrían reunir tal calidad los menores no emancipados/as. Por excepción se permitió adoptar a un mayor de edad o a un joven emancipado/a, si inmediatamente antes de alcanzar tales estados había “...existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”³⁹².

La razón de ser de la aludida excepción fue primordialmente económica, ya que se daban supuestos de matrimonios o personas que sin formalizar legalmente la adopción habían convivido o acogido en modo permanente a un niño/a, creando vínculos semejantes a los de los padres para con sus hijos/as. Así las cosas, con miras a proteger los derechos hereditarios de esos infantes la Ley posibilitaba su adopción después de alcanzar la mayoría de edad.

Por su parte, la norma también suprimió la calidad de abandonado como una de las condiciones que debía reunir el adoptando/a; y como era de esperarse eliminó los

³⁹⁰ *Ibidem* (recurso electrónico).

³⁹¹ Con la Ley 11/1981 se consiguió que la filiación por naturaleza y la adoptiva plena tuvieran efectos iguales; sin embargo, se seguían conservando las discriminaciones respecto a los hijos/as adoptivos simples, situación que se solventó por medio de la Ley 21/1987.

³⁹² Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

requisitos de procedencia de consuno y convivencia de los cónyuges que deseaban adoptar plenamente, al retirarse del ordenamiento jurídico ese tipo de adopción.

A modo de conclusión diremos que la flexibilización de los requisitos personales que debían reunir los sujetos intervinientes en la adopción produjo cierta inseguridad entre los juristas, tomando en consideración la lamentable costumbre de traficar con niños/as practicada durante varias décadas en España.

Sin embargo, creemos que con la nueva Ley tornaba innecesaria la configuración de exigencias tan estrictas para las partes, dado que con el deber de vigilancia encomendado al Ministerio Fiscal y a las Entidades Públicas, así como con la función de selección de los adoptantes realizada por dichos Entes, se impedía la intervención de terceros en las actuaciones y se trataba de garantizar su legalidad³⁹³.

6.4.3 *Constitución judicial de la adopción*

Previamente a la reforma del CC hecha por la Ley 21/1987 para perfeccionar el negocio jurídico de adopción era menester agotar tres etapas: la judicial, la notarial y la registral. Con todo, la nueva norma simplificó la naturaleza jurídica de esta figura al estipular en el artículo 176 CC que se constituiría, perfeccionaría y nacería a la vida jurídica a través de resolución judicial, sin hacer mención al pasado otorgamiento de escritura pública o a la inscripción en el registro civil.

La doctrina aplaudió la remoción de la fase notarial argumentando que si bien el notario daba fe de la existencia de la adopción no contaba con fuerza jurídica suficiente para crearla, haciendo de ese paso un formalismo sin ninguna trascendencia en la conformación real de la institución³⁹⁴. Adicionalmente, el auto aprobatorio proferido por el Juez era prueba más que fehaciente de la misma.

³⁹³ Disposiciones de este estilo respondían al propósito de la Ley de otorgarle un mayor protagonismo a las Entidades Públicas, habida cuenta que "...la falta casi absoluta de control de las actuaciones que precedían a la adopción...hacía necesario atribuir todas las competencias en materia de menores desarraigados y faltos de atención y custodia a instituciones públicas especialmente dedicadas a tales fines para la mejor defensa de los derechos de esos menores". Gil Martínez, A., *La reforma de la adopción: Ley 21/1987, 11 de noviembre. Comentarios y Formularios*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1990, p. 25.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 13.

En igual modo clarificó que la omisión de referencia expresa al registro dentro del texto del artículo 176 CC, no era sinónimo de que el acto de inscripción no tuviera que realizarse; sencillamente la satisfacción de esa exigencia se supeditaba a la normativa propia del registro civil sin que fuera preciso incorporarla al cuerpo del CC³⁹⁵.

A su turno y como etapa preliminar a la judicial la Ley introdujo una fase extrajudicial llevada a cabo en sede administrativa por la Entidad Pública, en la que ésta solía colocar al niño/a en régimen de acogimiento mientras analizaba si era dable su retorno al medio de origen o su adopción. En caso de que dicho Ente se decantara por la segunda opción, el artículo 176.2 CC preceptuaba que para iniciar el expediente era necesario que aquélla elevara una propuesta previa al Juez³⁹⁶.

Sin embargo, paralelamente a este requisito contempló cuatro circunstancias en las que se prescindía de la aludida propuesta y los adoptantes se hallaban legitimados para incoar *motu proprio* el expediente, consistentes en: i) que el adoptando/a fuera huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; ii) que fuera hijo/a del consorte del adoptante; iii) que llevara más de un año acogido/a legalmente por el adoptante o hubiera estado bajo su tutela por igual tiempo; y iv) que fuera mayor de edad o menor emancipado/a y se acomodara a los supuestos del artículo 175 CC.

En síntesis, la legitimación activa en la adopción se situaba en cabeza de las Entidades Públicas y subsidiariamente en los adoptantes. Lo mismo, el procedimiento se componía de dos etapas: una administrativa a cargo de la Entidad Pública en la que luego de evaluar las condiciones personales del menor se le aplicaba la medida de protección más favorable a su interés; y otra judicial en la que se declaraba propiamente el estado de adopción y a partir de la que producía efectos la filiación.

³⁹⁵ “El testimonio del auto firme que constituye la adopción deberá presentarse ante el Registro Civil en que figure inscrito el nacimiento del adoptado a fin de inscribir la adopción al margen de la inscripción del nacimiento (art. 46 Ley Registro Civil). De esta forma adquirirá eficacia plena la adopción...”. *Ibidem*, p. 88.

³⁹⁶ De acuerdo con lo planteado en el artículo 1829 LEC-1881, reformado por la Ley 21/1987, tal propuesta debía contener: “...a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados. b) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su...[asentimiento], y el de los padres o guardadores del adoptando. c) Si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta del Juzgado”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Finalmente, la mayoría de las actuaciones concernientes a la adopción estaban bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, órgano al que los artículos 174 CC y 1825 LEC de 1881³⁹⁷ le conferían amplias facultades de control en los asuntos relacionados con menores.

6.4.4 Consentimiento, asentimiento y audiencia en la adopción

Tras la reforma de 1987 el estudio de esta temática se trasladó al artículo 177 CC que, en comparación con el antiguo 173 CC, contó con una estructura más organizada en la que se distinguieron con claridad cuáles eran los tres niveles de prestación del consentimiento en la adopción. Así pues, en cuanto al consentimiento *per se* la Ley conservó como esenciales el del adoptante/s y el del adoptando/a mayor de doce años, rebajando la edad de este último que anteriormente era de catorce años.

Respecto al asentimiento, el artículo 177.2 CC estimó que lo brindasen: “1º. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. [y] 2º. Los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado”³⁹⁸.

A la par, en lo relativo a la audiencia se suscitaron varios cambios condensados como se sigue: i) el tutor pasó del grupo de los que tenían que asentir a solamente ser oído; ii) se eliminó la audiencia de los padres privados de la patria potestad; iii) se permitió oír en el curso del procedimiento, de acuerdo con su madurez, al niño/a menor de doce años cuando previamente el límite de edad se ubicaba en los catorce años; y iv) se suprimió la exigencia de escuchar a los abuelos/as de los infantes huérfanos/as.

³⁹⁷ Artículo 174: “1. Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección. 2. A tal fin, la Entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de los escritos de formalización de los acogimientos. El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. (...)”.

Artículo 1825: “Las actuaciones reguladas en el presente título se practicarán todas con intervención del Ministerio Fiscal. Los interesados podrán actuar bajo la dirección de abogado”. Disponibles ambos en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

³⁹⁸ *Ibidem* (recurso electrónico).

Ahora bien, consentimiento y asentimiento se diferenciaron en que el primero únicamente podía ser prestado en presencia del Juez; mientras que conforme a lo expuesto en el artículo 1830 LEC-1881, el segundo podía otorgarse en esa misma manera, o ante la correspondiente Entidad de protección de menores o mediante documento público.

No obstante, el asentimiento formalizado en el Ente Público o a través de documento perdía su validez y precisaba ser renovado a la vista del Juzgador de instancia, si transcurridos seis meses desde su declaración no se había presentado la respectiva propuesta previa de adopción.

De la misma forma, otra diferencia entre ambas manifestaciones de la voluntad reposó en el hecho de que los consentimientos eran imprescindibles para la constitución del negocio jurídico y, en cambio, los asentimientos podían obviarse en supuestos específicos.

Concretamente, el artículo 177 CC afirmó que no era necesario recolectar el asentimiento de quienes se hallaran impedidos para concederlo, dicese por ejemplo de un progenitor declarado ausente o incapaz. En consonancia, el artículo 1831 LEC-1881 estableció que si agotadas las actuaciones para citar a los padres dentro del procedimiento de adopción, éstos no se apersonaban o era imposible dar con su paradero, el Juez prescindiría del asentimiento de aquéllos sin perjuicio de su derecho a reclamar posteriormente la cesación de la adopción (artículo 180 CC)³⁹⁹.

6.4.5 Efectos de la adopción y posibilidad de exclusión de los adoptantes

En lo referente a este aspecto el artículo 178.1 CC señala como regla general que la constitución de la adopción provoca la extinción de los vínculos jurídicos del adoptado/a con su familia de origen.

³⁹⁹ “Comentábamos que los consentimientos y asentimientos los configura el legislador como presupuestos procesales del acto jurisdiccional y que las diferencias entre unos y otros radican en que mientras la declaración de voluntad dirigida a aquel en que se van a producir los efectos jurídicos es la esencia de los primeros, la autorización o ratificación para estas consecuencias es lo que caracteriza a los segundos”. Vargas Cabrera, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas: interpretación sistemática de la Ley 21/1987”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 685.

Pese a ello, el número 2 del mismo artículo consignó dos excepciones al mentado principio que se daban cuando: i) el niño/a era hijo/a del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido; y ii) sólo uno de los progenitores estaba plenamente determinado y el adoptante era persona de sexo distinto al de dicho progenitor, en ese caso, debía existir consenso entre el adoptante, el adoptado/a mayor de doce años y el padre o madre biológico/a, a la hora de pedir ante el Juez la subsistencia de la relación con el pariente natural.

Haciendo un paréntesis anotaremos que mientras estuvo vigente en el CC la clasificación de la adopción en plena y simple, la mención legal a la pervivencia de los nexos entre el menor y su familia de origen giraba en torno a la sucesión. En ese sentido, como el hijo/a adoptivo/a pleno ocupaba en la sucesión del adoptante igual posición que los demás descendientes, el legislador optó por cortar los lazos entre aquél y sus progenitores naturales en pro de blindar la herencia.

En contraposición, los hijos/as adoptivos simples eran llamados a suceder en un lugar secundario (inmediatamente después del cónyuge viudo) toda vez que se deducía que el hecho de su adopción no era impedimento para que la familia biológica continuara prestándoles cierta asistencia. Tal situación daba pie a que niños/as que habían forjado verdaderos lazos filiales con sus padres adoptivos vieran menguados *ope legis* sus derechos patrimoniales.

Ante tal espectro y con el fin de transformar a la adopción en un instrumento de plena integración familiar, la Ley 21/1987 entabló como regla jurídica única que, salvo los eventos privativamente marcados por la propia norma, el adoptado/a cortaba las relaciones con su familia natural. Con eso se solucionaban las desigualdades hereditarias ya que los hijos/as adoptivos poseían los mismos derechos que los hijos/as biológicos, así como se luchaba contra cualquier otra circunstancia que dificultara la completa inserción de los infantes en sus nuevas familias.

Pasando a un tema distinto, tenemos que el artículo 179.1 CC dispone que cuando un adoptante incurre en una causa de privación de la patria potestad, puede ser excluido judicialmente de las funciones tuitivas y de los demás derechos que por ministerio de la Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias.

La anterior previsión se fundamentó en lo prescrito en el artículo 111 CC, en el que análogamente se enuncian las razones que dan lugar a que los progenitores naturales queden excluidos de las funciones tuitivas a ellos conferidas, y a que cesen los derechos que ostentan sobre sus hijos/as o sus descendientes. Aquí, es imperioso destacar que ambos artículos también consagran una especie de perdón que los hijos/as plenamente capaces pueden otorgar a sus padres adoptivos o naturales, por medio del cual dejan de producir efecto las restricciones a ellos impuestas⁴⁰⁰.

Desde nuestra óptica el legislador incorporó en el artículo 179 CC esta facultad de exclusión de los adoptantes, estipulada igualmente para los progenitores naturales en el mencionado artículo 111 CC, con una doble finalidad: por un lado, sirvió para cumplir con el objetivo de equiparar las dos filiaciones existentes en el CC y, por otro, actuó como un mecanismo *favor minoris* a través del que era dable vigilar la actividad de los padres adoptivos⁴⁰¹.

6.4.6 Algunas modificaciones a la entonces Ley de Enjuiciamiento Civil

El artículo 6º de la Ley 21/1987 modificó el 63.16 LEC-1881 (referente a las reglas para determinar la competencia) al indicar que en las actuaciones relativas al acogimiento familiar, adopción o funciones de protección encomendadas a las Entidades Públicas, sería competente el Juez del domicilio de la aludida Entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante.

⁴⁰⁰ El artículo 111 CC sostiene: “Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad”. Paralelamente, el artículo 179.3 CC indica: “Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad”. Disponibles en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultados el 1 de octubre de 2021.

Frente al particular, Vargas Cabrera comentó que la exclusión del artículo 179 CC opera “...con el carácter de sanción civil de familia...ante las actitudes de descuido o irresponsabilidad en el adoptante (...). Por lo dicho la ‘exclusión de funciones tuitivas’ tiene el mismo alcance que la privación de la patria potestad en lo concerniente a la guarda personal, representación legal y administración de bienes”. Vargas Cabrera, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas: interpretación sistemática de la Ley 21/1987”, *Anuario de Derecho Civil*, óp. cit., p. 688.

⁴⁰¹ Hasta antes de la Ley 21/1987 la adopción era una medida enfocada en la satisfacción de los deseos paternos; por ello, no era extraño que la legislación careciera de mecanismos de control fuertes a esta institución. Empero, cuando la reforma centró el interés en el menor fue necesario establecer medidas de vigilancia como la señalada en el artículo 179 CC.

Consideramos que la citada reforma respondió al papel primordial que esos Entes Públicos juegan en el desarrollo de esta clase de actos, comoquiera que casi siempre son aquéllos los legitimados para iniciarlos o los que tienen adjudicada la guarda de los niños/as.

A su vez, el artículo 7º de la Ley bajo estudio reformó el trámite regulado en los artículos 1825 a 1832 LEC-1881, incluyendo la figura del acogimiento y eliminando la antigua arrogación. Entre los principales cambios suscitados a nivel procedimental se halló el de estatuir en el artículo 1826 LEC el deber de reserva en las actuaciones, “...evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva”⁴⁰².

Dicho precepto estuvo en armonía con la modificación hecha al artículo 173.4 CC que también contempló la obligación de observar la conveniente reserva en todos los actos relacionados con el acogimiento⁴⁰³; y con la reforma realizada al artículo 1830.3 LEC-1881 que sostuvo: “En las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”⁴⁰⁴.

Además, la disposición adicional 1ª (párrafo 7º) de la Ley 21/1987 expresó que “Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las Instituciones colaboradoras, están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción”⁴⁰⁵.

Así las cosas, de las anteriores disposiciones se concluye que el legislador, tal y como lo anunció en la exposición de motivos, permeó el cuerpo de la Ley de preceptos orientados a suprimir los acuerdos particulares llevados a cabo entre los adoptantes, los padres biológicos y las asociaciones o entidades intermediarias, a la hora de formalizar las adopciones o acordar las medidas de protección sobre los niños/as.

⁴⁰² Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁴⁰³ Puesto que el acogimiento en sí mismo no generaba la privación de la patria potestad o la ruptura de los vínculos entre los progenitores y sus hijos/as, el cumplimiento estricto o no del deber de reserva se supeditaba a la finalidad de la medida. Así las cosas, el citado deber era más flexible si durante el acogimiento era previsible el retorno del menor a su medio de origen y, completamente cerrado, si lo más conveniente para el niño/a era la adopción.

⁴⁰⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁴⁰⁵ *Ibidem* (recurso electrónico).

**PARTE III: DEL CONCEPTO DE DESAMPARO DE
MENORES Y LA TUTELA *EX LEGE* DE LA
ADMINISTRACIÓN EN LA ACTUALIDAD⁴⁰⁶**

⁴⁰⁶ Hasta esta parte de la tesis hemos realizado un análisis de las modificaciones hechas a la adopción desde su regulación primigenia en el CC de 1889 hasta 1987, en cuanto tal figura estaba directamente relacionada con el entonces abandono de menores. Sin embargo, a partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, el abandono de menores pasó a denominarse *desamparo* y obtuvo una naturaleza jurídica propia, razón por la que nos centraremos en el estudio de este concepto y el examen de las variaciones legales efectuadas a la institución adoptiva será tangencial.

CAPÍTULO 1. LA EVOLUCIÓN LEGAL DE LA INSTITUCIÓN DEL DESAMPARO DE MENORES

1.1 *Breve referencia a los antecedentes legales del concepto de desamparo de menores*

La categoría desamparo tal y como la conocemos en la actualidad fue introducida en el artículo 172 CC mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. No obstante, es dable encontrar los antecedentes legales de esta institución en algunas normas administrativas y civiles expedidas a lo largo de los siglos XX y XXI, que en mayor o menor utilizaron los términos abandono, exposición, prohijamiento e inclusive desamparo para referirse a la situación en la que se hallaban los niños/as faltos de asistencia⁴⁰⁷.

Así las cosas, el artículo 58 de la Ley de Beneficencia de 1822 definió que serían “...absolutamente desamparados aquellos niños que habiendo sido abandonados por sus padres, ó (sic) quedando huérfanos de padre y madre, no hubiesen sido recogidos por algún pariente o persona extraña, con propósito de cuidar de su crianza”⁴⁰⁸.

En forma semejante, la Ley General de Beneficencia de 1849 y su Reglamento de 14 de mayo de 1852 manifestaron que las casas de maternidad y expósitos, así como las de huérfanos y desamparados, eran establecimientos públicos de beneficencia del nivel provincial encargados brindar amparo y educación a los niños/as que no eran cuidados por sus familias, hasta que éstos alcanzaran la mayoría de edad.

Luego, el Reglamento de la Ley de Protección a la infancia de 12 de agosto de 1904, promulgado el 24 de enero de 1908, mencionó en su artículo 2.6 que la acción protectora a favor de la niñez incluía la función de velar por los niños/as moralmente abandonados, recogéndolos de las calles y brindándoles la educación respectiva. También, el artículo 37.b de dicho Reglamento atribuyó a la sección de mendicidad y

⁴⁰⁷ Aunque el análisis exhaustivo de cada una de estas Leyes se ha efectuado a lo largo de la investigación, en este apartado recordaremos el contenido de aquéllas que juzgamos apropiadas para comprender mejor el concepto actual de desamparo.

⁴⁰⁸ Texto completo de la Ley extraído de: Martínez Alcubillas, M., *Diccionario de la Administración Española...*, óp. cit., p. 588.

vagancia del Consejo Superior de Protección a la Infancia, la obligación de llevar un registro de las familias pobres cuyos hijos/as estuvieran moralmente abandonados.

Más adelante, el artículo 1º del Decreto de 2 de julio de 1948, a través del que se aprobó el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, indicó que los organismos y entidades de salvaguarda de la infancia tenían que actuar en modo coordinado para satisfacer las necesidades de los menores desamparados.

Además, en su artículo 5.5 reiteró lo ya expuesto en el precitado artículo 2.6 del Reglamento de 1908, al advertir que una de las tareas de los entes de protección era la de amparar a los niños/as moralmente abandonados, “...recogiéndolos de la vía pública y proporcionándoles educación protectora y enseñanza profesional”⁴⁰⁹.

Evidentemente, las normas antedichas utilizaron los vocablos desamparo y abandono para hablar indistintamente de la situación de los menores que, con independencia de las causas, carecían de persona que les proporcionara los cuidados físicos y morales requeridos para su normal desarrollo. Tal confusión terminológica generó inconvenientes al momento de decidir cuál era la medida de protección más favorable para los pequeños/as, habida cuenta de la dificultad para determinar su estatus legal.

Posteriormente, la Ley de 24 abril de 1958 modificó el artículo 178.2 CC, al disponer que: “Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes”⁴¹⁰. A su vez, agregó que si los niños/as estaban sometidos a la tutela de una casa de expósitos u otro establecimiento de beneficencia, el expediente de adopción sería tramitado exclusivamente por la Administración de esos lugares (artículo 176.2 CC).

⁴⁰⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/206/A03438-03445.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.

⁴¹⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Así, aunque el legislador de 1958 introdujo en el CC una referencia concreta al estado de exposición o abandono de los niños/as, con miras a su probable adopción plena, siguió errando al dar por hecho que con el concepto doctrinal de tales figuras se zanjaban los problemas interpretativos que pudieran surgir en la práctica forense.

De esa manera, hubo que esperar hasta la expedición de la Ley 7/1970, de 4 de julio, para que se incorporara al cuerpo del aludido CC una definición del abandono, considerándose así “...al menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias” (artículo 174.2 CC)⁴¹¹. Igualmente, en la referida Ley también se reputaba abandonado al menor que era entregado en una casa o institución asilar (artículo 174.3 CC).

Con todo, el abandono así tipificado lejos de ser una figura encaminada hacia la protección del menor, fue una categoría que existió por y para facilitar la adopción de los niños/as descuidados por sus familiares o dejados en los establecimientos de beneficencia. Lo anterior, en tanto con la declaración de dicho estado automáticamente se podía prescindir del asentimiento de los padres dentro del expediente de adopción.

1.2 Del abandono al desamparo de menores en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre

Con el paso de los años se formularon algunas Proposiciones y Proyectos de Ley cuya finalidad era realizar una nueva reforma a la institución adoptiva⁴¹². Entre esas iniciativas se resalta el Proyecto de Ley del Gobierno de 24 de diciembre de 1986⁴¹³

⁴¹¹ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-735>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁴¹² Tales como la Proposición de Ley elaborada por el Grupo Parlamentario Popular el 27 de diciembre de 1985, BOCG Núm. B-116-I/1986, de 15 de enero, p. 468, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/B/B_116-I.PDF; y el Proyecto de Ley de 5 de marzo de 1986, BOCG Núm. A-194-I/1986, de 10 de marzo, p. 3967, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/A/A_194-I.PDF; consultados ambos el 1 de octubre de 2021.

⁴¹³ BOCG Núm. A-22-I/1987, de 4 de febrero, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/A/A_022-01.PDF, última revisión 1 de octubre de 2021.

(remitido a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 29 de enero de 1987) orientado a reformar ciertos artículos del CC y de la LEC en materia de adopción.

El artículo 2º del citado Proyecto proponía que el artículo 172.1 CC quedara redactado como se sigue: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo”⁴¹⁴. En su terminología inicial este artículo se centraba en definir el ente al que le correspondía la tutela de los niños/as desamparados, pero omitiendo una vez más especificar cuándo un infante se hallaba en tal estado.

Por esa causa, algunas formaciones políticas presentaron enmiendas al texto original, destacándose la Núm. 7 del Partido Nacionalista Vasco (PNV) en la que sugerían mantener el concepto abandono, pero agregando la particularidad de que el juez competente pudiera declarar tal estado en un procedimiento aparte e independiente del de la adopción⁴¹⁵.

En igual modo, el Grupo Socialista formuló la enmienda Núm. 37 en la que sostenía que el artículo 172.1 CC debía ser del siguiente tenor literal: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo aquella en la que se produce un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que la ley establece en favor de los menores”⁴¹⁶.

Básicamente, fue el contenido de las dos enmiendas antes citadas el que influyó la redacción que finalmente la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, otorgó al artículo 172.1

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁴¹⁵ Enmienda Núm. 7: “Se considerará abandonado el menor emancipado que carezca de persona que le asegure la guarda, alimentos y educación. Para apreciar esta situación será irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente, bastando para que se dé la misma que hayan transcurrido treinta días continuos sin que nadie, padre o tutor del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La nueva petición de noticias no interrumpe por sí solo el mencionado plazo”. BOCG (Congreso) Núm. A-22-IV/1987, de 13 de marzo, p. 15, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/A/A_022-04.PDF, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

CC. En el mismo, se incorporó a la legislación civil la institución del desamparo y se suprimió el antiguo concepto de abandono, así:

“1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. **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. (...)**” (negrita no original)⁴¹⁷.

Primeramente, en comparación con el desaparecido abandono, el desamparo es una institución más amplia en la medida en que entiende la asistencia que debe garantizársele al niño/a desde una doble vertiente: moral y material. Esa perspectiva, supera la filosofía de beneficencia decimonónica que reducía la atención a los menores a la satisfacción de sus necesidades físicas, restando importancia al componente moral o psíquico de la crianza.

Asimismo, con esta nueva categoría se elimina la referencia al antiguo plazo de treinta días (antes seis meses) que tenían que transcurrir para que fuera dable declarar el abandono; siendo ahora lo principal adoptar la medida de protección más estable para el niño/a en el menor lapso posible, de acuerdo con el criterio de la Entidad Pública y revisando la gravedad de la circunstancia y su intensidad.

Otra diferencia radica en que se suprime la clasificación del abandono entre simple y calificado, para dar paso a la existencia de una única categoría denominada *situación de desamparo*. Así las cosas, el desamparo puede ser apreciado en relación con cualquier menor de edad y no únicamente frente a los menores de catorce años, como acontecía en la norma precedente.

De igual forma, la declaración de desamparo da lugar a que la tutela de los niños/as se confiriera en modo automático a las entidades públicas territoriales encargadas de su protección, con lo que se ejerce un control al deplorable tráfico infantil y se reafirma la lucha contra el mismo.

⁴¹⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, última consulta 1 de octubre de 2021.

También, para que ocurriera el abandono el sujeto que omitía encargarse de la guarda, alimento y educación del niño/a tenía que ser si o si el titular de la patria potestad, esto es, sus progenitores. En el actual desamparo lo relevante es que el menor se halle en una situación de hecho que produzca la privación de su necesaria asistencia moral o material, con independencia de si la persona que ha incumplido con los deberes de guarda es el titular de la patria potestad o no.

Ahora bien, pese a todos los avances que supuso la introducción de este nuevo concepto en la normativa civil, los reparos a la Ley aparecieron al momento de determinar cuál era la autoridad responsable para declarar el desamparo. Si bien en sus inicios la finalidad del legislador fue la de desjudicializar el procedimiento en sus primeras fases (de ahí la existencia de la tutela automática) lo cierto es que no fijó con claridad si la resolución correspondiente debía ser emitida en sede judicial o en sede administrativa por la Entidad Pública.

A su vez, omitió enunciar cuáles eran los recursos que los progenitores o responsables legales de los niños/as podían interponer frente a la citada resolución y, también, creó un concepto de desamparo en extremo abierto e indeterminado que a la hora de ser aplicado al caso concreto generaba serias dificultades interpretativas.

En términos generales, la doctrina manifestó que la regulación contenida en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, fue ambigua y “...sumamente lagunosa en cuestiones de profundo calado, dado que no determinó los requisitos de la situación de desamparo, ni el órgano competente para declarar[la], ni...la incidencia de la tutela *ex lege* en las instituciones tradicionales de protección del menor, cuales son la patria potestad y la tutela ordinaria. Por ello, la interpretación y aplicación de la Ley dio lugar a una cascada de litigios y controversias para corregir los desajustes y disfunciones existentes entre el sistema público y las instituciones clásicas”⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Fernández Arroyo, M., “La reforma del sistema público de protección del menor en el ordenamiento jurídico español”, en Peralta Carrasco, M. (Dir.), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 125, disponible en: <http://vlex.es/vid/reforma-sistema-publico-proteccion-685513921>, consultado el 1 de octubre de 2021.

1.3 *El desamparo tras 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*

1.3.1 *Breves consideraciones generales*

Luego de las críticas concernientes al desamparo que recibió la Ley 21/1987, nace a la vida jurídica la LOPJM cuyo propósito principal, según lo plasmado en su preámbulo, es el de ser el marco jurídico de protección de los menores que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones de infancia, a las familias y a los ciudadanos en general.

Para cumplir con la citada finalidad, a lo largo de la Ley el legislador da un nuevo enfoque “...a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia..., [basado] fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”⁴¹⁹.

Así las cosas, la reforma que la LOPJM efectúa sobre las instituciones tradicionales de protección de la niñez contenidas en el CC obedece al cambio operado a escala nacional e internacional en la concepción del niño/a. Recordemos que para cuando se expidió dicha Ley ya había entrado en vigor en España la CDN, instrumento en el que el menor pasa de ser considerado un incapaz a ser un sujeto de derechos plenamente activo cuya autonomía debe respetarse⁴²⁰.

⁴¹⁹ Preámbulo de la LOPJM, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴²⁰ La modificación de la percepción internacional del niño/a atendió, entre otras razones, al reconocimiento dentro de la CDN de los denominados “derechos de autonomía”. Sobre el tema la profesora Garibo Peyró expresa: “...el reconocimiento de derechos de autonomía para los niños aparece por primera vez en la Convención y no antes. La pregunta ahora es obvia: ¿por qué?, ¿qué ha pasado para un cambio de consideración tan radical hacia el niño?, ¿por qué el niño ha pasado de ser alguien cuya natural falta de madurez le hacía acreedor de protección y cuidado, a ser alguien capaz del ejercicio de derechos propios de seres humanos autónomos?

(...)

Estos derechos aparecen recogidos fundamentalmente en los artículos 13, 14, 15 y 16 de la Convención que regulan respectivamente la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho de libre asociación y el de reunión pacífica y el derecho a la intimidad”. Garibo Peyró, A., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 205-207.

Por su parte, entre los principios generales enlistados en la Ley se encuentran: “1º. La supremacía del interés del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir; 2º. Las medidas adoptadas al amparo de la Ley deben tener un carácter educativo, no de naturaleza exclusivamente protectora o sancionadora; y, 3º. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deben ser siempre interpretadas de forma restrictiva”⁴²¹.

Puntualizado lo anterior y, en lo tocante a la estructura de la Ley, tenemos que se centra en enumerar cuáles son los derechos y deberes de los menores (arts. 1 a 9); las medidas para garantizar el ejercicio de dichos derechos (art. 10); los principios rectores de la acción administrativa en favor los niños/as (art. 11); las actuaciones de los poderes públicos ante los casos de desprotección social de los infantes (situaciones de riesgo y desamparo – arts. 12 a 18); las instituciones de protección de menores (arts. 19 a 24) y la regulación del ingreso de niños/as y/o adolescentes en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta (arts. 25 a 35)⁴²².

De igual manera, en sus disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y finales, entre otros asuntos, realiza las modificaciones al CC y a la LEC, así como especifica cuál es la naturaleza (orgánica u ordinaria) de algunos de sus artículos.

1.3.2 Algunos cambios relevantes en torno a la situación de desamparo

La disposición final 5ª de la LOPJM modificó el contenido del artículo 172 del CC, quedando redactados sus apartados 1 y 6 así:

“1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, **cuando 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**

⁴²¹ Sánchez Hernández, C., *El Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia: análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 47.

En cuanto a las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, el preámbulo de la LOPJM indica: “Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto”. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴²² En esta división de la Ley están incluidas las modificaciones que de la misma hicieron las Leyes 26/2015, de 28 de julio; y 8/2015, de 22 de julio, a las que nos referiremos concretamente en un apartado posterior de la investigación.

Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

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 padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

(...)

6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa” (negrita no original)⁴²³.

En primer lugar, vemos que con la incorporación de la frase “constate” dentro del texto del artículo 172.1 CC, La Ley solventa los problemas derivados de la indeterminación acerca del momento a partir del cual opera la tutela automática de la Entidad Pública. De ese modo, la aludida Entidad únicamente es responsable de las situaciones de desamparo sobre las que tenga conocimiento y que hayan sido declaradas formalmente por la misma.

La añadidura de tal verbo atendió a que en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, el legislador solamente se limitaba a decir que los entes territoriales tenían *ope legis* la tutela de los infantes, lo que ocasionaba que “...aún sin saberlo, sin haber decretado el desamparo, la entidad pública tenía la tutela, siendo por ello responsable de los actos cometidos por un menor del que no tenía ni siquiera conocimiento de su existencia”⁴²⁴.

A su vez, mediante la reforma el legislador finalmente especifica que el desamparo debe declararse a través de una resolución administrativa y no judicial, eliminado con ello los problemas interpretativos suscitados en torno a este asunto. Igualmente, expresa que la asunción de la tutela *ex lege* no conlleva a la privación de la

⁴²³ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁴²⁴ Serrano Ruiz-Calderón, M., “Las nuevas instituciones de protección del menor”, en Serrano Ruiz-Calderón, M. (Dir.), *Protección de menores en el derecho civil español*, óp. cit., p. 210.

patria potestad o a la remoción del tutor ordinario, sino únicamente a la suspensión de ambas figuras, según el caso.

Recordemos que la facultad para ordenar la privación (total o parcial) de la patria potestad, así como la terminación de la tutela ordinaria, reposa únicamente en cabeza del Juez (artículo 170 CC). Por lo tanto, como la Entidad Pública carece de tal poder, el legislador de 1996 determinó que el único efecto de la declaración de desamparo en la patria potestad sería su suspensión. Legislar de otro modo habría significado violar flagrantemente las disposiciones del CC, concediendo atribuciones a las Entidades Públicas por fuera del marco legal.

Así las cosas, la suspensión de la patria potestad implica que, aunque los progenitores mantienen su titularidad, ven interrumpido el ejercicio pleno de la misma. En el caso particular del desamparo, se da una coexistencia entre la patria potestad (o tutela ordinaria) de los padres y la tutela *ex lege* de la Administración, de manera que los primeros continúan realizando los actos de contenido patrimonial que resulten beneficiosos para el infante y, paralelamente, la segunda pasa a controlar la esfera personal de su cuidado⁴²⁵.

Ahora, puede darse el caso de que, estando vigente la declaración de desamparo, mediante resolución judicial se atribuyan al Ente público casi todas las funciones inherentes a la patria potestad, es decir, tanto la guarda personal del niño/a como la administración de sus bienes o su representación. Por ejemplo, en los casos en que la intervención administrativa tiene su raíz en un trastorno mental transitorio de los progenitores⁴²⁶.

⁴²⁵ “Mientras no tenga lugar la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, coexiste la titularidad de la patria potestad con la tutela automática de la Entidad pública originada por la desprotección en la esfera personal del menor, de modo que los progenitores o tutores pueden llevar actos patrimoniales si benefician a aquél; en caso contrario, la Entidad pública puede asumir también la administración de los bienes del menor. En el caso de la tutela *ex lege*, no se extingue la patria potestad, sólo se suspende el ejercicio de la misma, puesto que la titularidad no la ostenta la Entidad pública, sino los progenitores”. Boccio Serrano, M., *El derecho del niño a la familia natural...*, óp. cit., p. 79.

⁴²⁶ “...la suspensión solamente afecta al ejercicio de las facultades de naturaleza personal inherentes a la patria potestad o tutela..., pero no las facultades de naturaleza patrimonial. No obstante, cuando la Administración tenga conocimiento de que los padres o tutores civiles desarrollan una mala gestión del patrimonio del menor que se encuentra bajo su tutela, debe instar a la autoridad judicial a través del Ministerio Fiscal, para que se proceda bien a la adopción de las medidas necesarias para proteger el patrimonio del menor; o bien, se exija caución o fianza; o bien, designe judicialmente a un administrador

Cuando eso sucede, los padres siguen siendo los titulares de la patria potestad pese a que en la práctica tienen un poder de decisión muy limitado sobre la vida de sus hijos/as. Como hemos recalcado, la tutela *ex lege* sólo genera una suspensión en el ejercicio de las funciones tutelares que perdura hasta tanto no se establezca una medida definitiva respecto del niño/a o adolescente (como su adopción o la revocación de la resolución de desamparo) o hasta que se dicte una sentencia formal de privación de la potestad parental por parte del juez competente.

Respecto de lo anterior, la LMSPIA agregó un apartado final al artículo 172.1 CC en el que estableció la posibilidad de que la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal promovieran, de ser procedente, la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela ordinaria. Con ello, el legislador otorgó un poco más de alcance a la Administración para que pudiera iniciar acciones encaminadas hacia la protección de los menores, pero sin contravenir el mandato legal que coloca en cabeza del juez la decisión definitiva acerca de la privación o no de la patria potestad.

Al margen de lo anterior, otro de los cambios hechos por la LOPJM fue el de suplir el vacío legal dejado por la Ley 21/1987 frente al deber de notificar a los familiares y demás sujetos interesados en la vida del menor, el contenido de la resolución de desamparo. El nuevo artículo 172.1 CC ordena a la Entidad Pública que, dentro de las 48 horas posteriores a la expedición de tal acto administrativo, ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal y notifique en legal forma a los padres, tutores o guardadores la decisión adoptada.

También, el aludido artículo indica que cuando sea posible esa notificación debe practicarse en forma presencial, informando a las partes de manera comprensible y clara las causas que dieron pie a la intervención administrativa, así como los efectos que aquélla acarrea.

Además, la reforma dilucidó las incógnitas en torno a si era necesario o no presentar reclamación administrativa previa para iniciar procedimiento de oposición contra la resolución que decretaba el desamparo. Debido al silencio guardado por la Ley

patrimonial (art. 167 C.c.)". Sánchez Hernández, C., *El Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia...*, óp. cit., pp. 175-177.

21/1987, se había generalizado la praxis jurídica de agotar el citado trámite ante la naturaleza administrativa de la aludida resolución.

Por esa razón, el artículo 172.6 CC señaló específicamente que la referida reclamación no era necesaria para presentar la demanda civil correspondiente ya que, aunque el desamparo era una decisión emitida por una entidad administrativa, pertenecía a la órbita del derecho privado y por ende se hallaba ceñida a las reglas procedimentales que rigen esta área del derecho.

Ahora bien, pasando al tema de la definición de la institución del desamparo en sí misma, tenemos que el artículo 18 LOPJM expresó:

“1. Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. Cada entidad pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento”⁴²⁷.

De lo transcrito se observa que, en su redacción primigenia, el artículo 18 LOPJM poco abonó al concepto existente de desamparo dado que se limitó a hacer una remisión a lo prescrito en el artículo 172 y ss. CC. Dicha disposición recibió críticas por parte de un sector de la doctrina, para el que la reforma hubiera sido la oportunidad idónea para zanjar las dudas interpretativas que la noción abierta e indeterminada del desamparo traía consigo.

A contrario sensu, uno de los puntos de la LOPJM que sí fue objeto de halagos fue el relativo a la distinción entre las situaciones de riesgo y desamparo. Ya el preámbulo de la Ley calificaba de innovadora la mentada diferenciación, habida cuenta que la Entidad Pública interviene con mayor intensidad en la vida del niño/a y de su familia en los casos de desamparo y con menor intensidad en los de riesgo.

De ahí que, “Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su

⁴²⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última revisión 1 de octubre de 2021.

separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquella se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria...⁴²⁸.

El artículo 17 LOPJM, de manera somera exponía cómo habría de ser la actuación de los poderes públicos ante las situaciones de riesgo, al afirmar que:

“En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia⁴²⁹.

De lo anterior se colige que, si bien el legislador insertó en la normativa civil el concepto de riesgo erró al no ofrecer una definición del mismo. A raíz de ello, doctrinalmente se consideraba que aquél, al igual que el desamparo, era una situación de hecho que se producía 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; esto es, para su calificación era irrelevante la culpabilidad o no de los encargados del cuidado del menor.

Sin embargo, en oposición al desamparo, en el riesgo ese incumplimiento no conllevaba a la desasistencia total del niño/a, de modo que las carencias sociales o físicas por las que éste atravesaba no alcanzaban la magnitud suficiente como para recomendar la separación de su círculo de convivencia habitual⁴³⁰. En consecuencia, las medidas administrativas de apoyo para disminuir su estado de dificultad social se emprendían en

⁴²⁸ Preámbulo de la LOPJM, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴²⁹ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁴³⁰ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., pp. 189-191.

el seno de su propia familia, y lo involucraban tanto a él como a aquellos/as integrantes de la unidad familiar responsables de su guarda.

Incluso es dable asegurar que el riesgo fue el mecanismo ideado por el legislador para responder a las múltiples críticas que recibía el *modus operandi* de la Administración en los casos de desamparo. En su configuración inicial, la mentada institución transmitía la sensación de ser una medida tardía y drástica a la que se recurría cuando ya no quedaba más remedio que alejar al menor de su familia.

Para corregir la anterior percepción, se optó por incorporar la situación de riesgo como un estadio previo de actuación pública a través del que los servicios sociales locales pueden llevar a cabo un seguimiento a la evolución del menor, brindando un apoyo integral a su familia y apostando por la preservación de éste en su medio de origen.

Siguiendo ese esquema, al desamparo sólo se llega en forma subsidiaria cuando las acciones entabladas a favor del niño/a no alcanzan la finalidad deseada y, por lo tanto, éste continua en una situación insostenible de desprotección.

Además, esta clasificación va en armonía con lo ordenado por el legislador en el artículo 12 LOPJM conforme al que la protección de los menores por parte de los poderes públicos se debe realizar por medio de la prevención, detección y reparación de las situaciones de riesgo, evitando siempre que sea factible desembocar en el desamparo.

1.3.3 La oposición al desamparo en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional

Pese a que el objeto principal de esta Ley (en adelante, LAI)⁴³¹, fue el de regular lo concerniente a la adopción internacional, siendo tangencial la modificación referida al desamparo, en su preámbulo manifestó que se aprovechaba el “...evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos

⁴³¹ BOE Núm. 312/2007, de 29 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/28/54/con>, consultada el 1 de octubre de 2021.

154, 172, 180 y 268 del Código Civil”⁴³², mejorándose la redacción de las citadas disposiciones.

Uno de los yerros que se achacaba a la LOPJM era el de no haber fijado un límite temporal para que los padres, el Ministerio Fiscal o cualquier otra persona legalmente legitimada, se opusiera a las resoluciones administrativas dictadas por las entidades públicas en materia de protección de menores, incluida aquella mediante la que se apreciaba el desamparo.

Originalmente, el artículo 172.6 CC exponía que los actos administrativos antes mencionados eran recurribles ante la jurisdicción civil, pero sin especificar ninguna clase de plazo para iniciar la actuación respectiva. Tampoco indicaba cuál era el procedimiento o la norma de carácter privado que gobernaría dicha oposición.

Por esa razón, para llenar ese vacío jurídico era menester acudir a lo preceptuado en la disposición adicional 1ª de la LOPJM, que sostenía:

“Se aplicarán las normas de la **jurisdicción voluntaria** a las actuaciones que se sigan:
1.º Para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.
2.º **Contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley** y la idoneidad de los solicitantes de adopción.
3.º **Para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores.**
En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso en un solo efecto. Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria” (negrita no original)⁴³³.

No obstante, con la expedición de la LEC-2000 se estipuló que la oposición a los actos administrativos relativos a los menores se tramitaría bajo el procedimiento especial previsto en los artículos 779 y 780 de dicha Ley. De suerte que para el año 2007 parecía que existía una especie de contradicción entre lo plasmado en el CC (que mencionaba genéricamente a la jurisdicción civil), la LOPJM (que mandaba a seguir las reglas de la jurisdicción voluntaria) y la LEC-2000 (que instaura un proceso especial).

⁴³² *Ibidem* (recurso electrónico).

⁴³³ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Para corregir esta aparente dicotomía y, decimos aparente porque en realidad con la entrada en vigor de la LEC-2000 los operadores jurídicos aplicaron las reglas procedimentales en ella contenidas, la disposición final 1ª.3 LAI modificó el artículo 172.6 CC, en el sentido de recalcar que las resoluciones que apreciaran el desamparo y declararan la tutela automática serían recurribles en la forma y plazo señalados en la LEC.

Con esa puntualización se eliminaba cualquier atisbo de duda en torno a que el trámite de oposición era el plasmado en los artículos 779 y 780 LEC, sin perjuicio de que por no verlo necesario el legislador haya omitido armonizar el contenido del CC y de la LEC con el de la disposición adicional 1ª LOPJM, en la que aún se mantiene la alusión a la jurisdicción voluntaria.

En otro orden de ideas, tenemos que la LAI también agregó al artículo 172 CC los apartados 7 y 8 referidos al término para iniciar el procedimiento de oposición o pedir la revocación de la declaración de desamparo, como sigue:

“7. Durante el plazo de **dos años** desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que **cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor**, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para **oponerse a las decisiones** que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

8. La entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal” (negrita no original)⁴³⁴.

Analizando lo arriba transcrito vemos que el legislador introdujo la figura de la *revocación* de la resolución que declaraba el desamparo en una doble vertiente:

⁴³⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/28/54/con>, consultado el 1 de octubre de 2021.

i) Dentro de los dos años siguientes a la notificación de la mencionada resolución, los padres que tuvieran suspendida la patria potestad podían solicitar a la Entidad Pública que revocase dicho acto administrativo, demostrando que sus circunstancias personales habían cambiado hasta el punto de poseer las condiciones de vida adecuadas para encargarse nuevamente de sus hijos/as y;

ii) En cualquier momento, la propia Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, podía hacer uso de la mentada revocación y disponer el retorno del niño/a a su familia natural, si ello era lo más favorable para éste/a a la luz del principio del interés superior o si no se había conseguido la correcta integración del infante en otro núcleo de convivencia familiar.

De lo anterior se colige que la revocación del desamparo constituía un término de caducidad desde el punto de vista de los padres, más no de la Entidad Pública; así pues, aquéllos contaban con el plazo preclusivo de dos años para hacer desaparecer las causas que habían motivado el desamparo so pena de perder su derecho a deprecar que se retrotrajera la decisión administrativa y, por el contrario, la Entidad Pública como tutelante del menor podía ordenar esta revocación en todo momento.

Ahora bien, conforme a lo prescrito en el artículo 172.7 CC modificado por la LAI, a la par de la revocación los padres también contaban con la facultad de *oponerse* ante el juez competente tanto a la declaración de desamparo, como a cualquiera otra resolución que se adoptara respecto a la protección del menor.

Sobre el particular, se pronunció el artículo 780.1 LEC, modificado por la disposición final 2.4 LAI, apuntando que: “No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo **de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores**” (negrita propia)⁴³⁵.

⁴³⁵ *Ibidem* (recurso electrónico).

Se destaca en este tópico que la LAI trasladó a la LEC el precepto antes incluido en el artículo 172.6 CC, relacionado con la no necesidad de formular reclamación administrativa previa para oponerse al desamparo. A nuestro juicio, este ejercicio de sistemática jurídica resultó beneficioso ya que sirvió para reunir en una sola Ley todo lo relativo a las reglas procedimentales de los procesos de oposición, haciendo más fácil su comprensión y aplicación.

Igualmente, el mismo artículo fijó un plazo de tres meses en los casos de desamparo y, dos meses en las demás medidas atinentes a la protección del menor, para que los padres interpusieran formalmente la oposición pertinente. Al respecto, algunos doctrinantes consideraron que la imposición de términos limitó “...el derecho de los propios titulares de la patria potestad a recuperar el ejercicio de la misma..., vulnerándose, a la vez, el derecho del menor a la familia natural, en contravención del art. 9 de la [CDN]..., el art. 8 del Convenio de Roma, el art. 39 CE y el art. 11.2 a) y b) LOPJM”⁴³⁶.

No obstante, sin ánimo de descalificar la anterior postura, la decisión de temporalizar la presentación del escrito de oposición a las resoluciones administrativas comportó una ventaja de cara a la celeridad procesal. Al tratarse de pleitos referidos a los derechos de los menores, generalmente de niños/as en edad infantil, su duración no debía ser demasiado prolongada.

1.4 El desamparo en la Ley 26/2015, de 28 de julio; y LO 8/2015, de 22 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

1.4.1 Breve puntualización en torno a la naturaleza del articulado de la LOPJM

Antes de adentrarnos en el análisis de las modificaciones a la LOPJM del año 2015, tenemos que hacer una breve pausa para explicar la estructura mixta del articulado que la compone. En tal virtud, pese a que su rótulo es el de ser una Ley Orgánica no todos los preceptos contenidos en ésta cuentan con tal naturaleza, de conformidad con lo prescrito en su disposición final 21^a (en adelante, DF 21^a) que especifica:

⁴³⁶ Boccio Serrano, M., *El derecho del niño a la familia natural...*, óp. cit., p. 321.

“1. El artículo 5, en sus apartados 3 y 4; el artículo 7 en su apartado 1; el artículo 8, en su apartado 2 letra c); el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d); los artículos 11, 12, 13, 15, 16, **17, 18 en su apartado 2**, 21 en sus apartados 1, 2 y 3, y el artículo 22, **son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social.**

2. El artículo 10, en su apartado 3, el artículo 21, en su apartado 4, el artículo 23, **las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera**, la disposición transitoria única y las disposiciones finales decimonovena y vigésima, se dictan al amparo del artículo 149.1.2.^a, 5.^a y 6.^a de la Constitución.

3. Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial” (negrita fuera del texto)⁴³⁷.

En ese orden de ideas, advertimos que los artículos 1 a 9 en los que se enuncian los derechos y deberes de los menores son de aplicación en todo el territorio nacional dado su carácter orgánico. Igualmente, son de aplicación general algunos artículos que sin tener naturaleza orgánica fueron dictados por el legislador en ejercicio de las competencias atribuidas privativamente al Estado por la CE (DF 21^a.2 LOPJM) en los que se recogen las modificaciones a la LEC; el deber de vigilancia del Ministerio Fiscal en los centros de acogimiento de menores; la situación de los niños/as y adolescentes extranjeros no acompañados en España; el registro español de adopciones formalizadas en otros países, entre otros⁴³⁸.

A su turno, en lo que interesa a nuestro estudio, observamos que literalmente la mentada DF 21^a.1 LOPJM dice que su artículo 18.2, en el que se enumeran una serie de circunstancias que pueden dar lugar al desamparo, es legislación supletoria de las CCAA con competencias en materia de asistencia social según lo ordenado en el artículo 148.1.20 CE.

De igual forma, a la luz de lo establecido en la citada DF 21^a.3 LOPJM, la DF 5^a de dicha Ley que modifica el artículo 172 CC regulador de la situación de desamparo pertenece a la legislación civil general (artículo 149.1.8 CE⁴³⁹) y, por lo tanto, es una

⁴³⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴³⁸ Sánchez Hernández, C., *El Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia...*, óp. cit., p. 49.

⁴³⁹“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...)

8.^a Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de

normativa aplicable a escala nacional pero que adquiere carácter supletorio cuando está en presencia de la legislación civil foral o especial de las CCAA⁴⁴⁰.

De ese modo, para concretar el concepto de desamparo a nivel autonómico no basta con revisar lo previsto en el CC, sino que es imperioso buscar la Ley o Leyes que específicamente expida cada Comunidad Autónoma en esta materia.

1.4.2 Antecedentes y necesidad de las Leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Después de que la LOPJM llevara cerca de catorce años vigente, existía un consenso nacional acerca de la necesidad de realizar una reforma al sistema de protección a la infancia, fundamentada básicamente en las siguientes razones:

i) Era preciso adaptar la legislación “...a obligaciones internacionales, a la jurisprudencia tanto nacional e internacional y a recomendaciones e informes de organismos e instituciones distintos”⁴⁴¹ ratificados, suscritos o dirigidos a España, tales como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, de 13 de diciembre de 2006; los protocolos facultativos de la CDN, de 25 de mayo de 2000; los Convenios del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, y en materia de

matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁴⁰ El preámbulo de la LOPJM manifiesta: “La Ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. En este sentido, la Ley regula aspectos relativos a la legislación civil y procesal y a la Administración de Justicia, para los que goza de habilitación constitucional específica en los apartados 5.º, 6.º y 8.º del artículo 149.1.

No obstante, se dejan a salvo, en una Disposición final específica, las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o especial propio, para las que la Ley se declara subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquéllas. Asimismo, cuando se hace referencia a competencias de carácter administrativo, se especifica que las mismas corresponden a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto constitucional de competencias y las asumidas por aquéllas en sus respectivos Estatutos”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁴¹ Adroher Biosca, S., “La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por [las] Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades”, en Mayor del Hoyo, M. (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 34.

adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008; las Observaciones finales hechas a España por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU del año 2010, entre otros;

ii) Para dar cumplimiento al compromiso adquirido durante la campaña política del Gobierno que salió electo en el año 2011, consistente en ubicar la protección a la infancia como uno de sus objetivos primordiales⁴⁴²;

iii) Ante los múltiples casos de niños/as tutelados en centros residenciales a quienes se les vulneraba su derecho a crecer en el seno de una familia; la poca formalización de adopciones a pesar de la gran cantidad de menores institucionalizados; los casos de violencia de género y delitos sexuales, etc.⁴⁴³; y

iv) La necesidad de crear un concepto uniforme de desamparo aplicable en todo el país. Lo anterior, teniendo en cuenta que, gracias a las competencias constitucionales conferidas a las CCAA en esta materia, en cada territorio regía una normativa distinta y en ocasiones se producían desigualdades en el trato que recibían los menores tutelados.

Ahora bien, aunque la reforma no llegó a buen puerto sino hasta el año 2015, ya en el 2008 se creó en el Senado una Comisión Especial para estudiar la problemática de la adopción nacional y temas afines, como acogimiento, desamparo e institucionalización.

Dicha Comisión elaboró un primer informe que fue publicado en el BOCG (Senado) el 17 de noviembre de 2010⁴⁴⁴, cuyas conclusiones iniciaban recordando que el modelo español de gestión “...de protección al menor responde a un[o]...complejo de participación de todas las administraciones —estatal, autonómicas y, en algunos casos, incluso locales—, que plantea problemas de homogeneidad en su aplicación práctica”⁴⁴⁵.

⁴⁴² “Alguno de sus aspectos ya se recogían en el programa del Partido Popular (actualizar y agilizar los procedimientos de acogimiento y adopción, garantizando siempre el interés del menor), pero otros muchos se incorporaron en uno de los primeros planes aprobados por el Consejo de Ministros; el Plan Estratégico nacional de infancia y adolescencia 2013-6”. *Ibidem*, p. 36.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁴⁴ Núm. I-545/2010, de 17 de noviembre. Disponible en: <https://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0545.PDF>, revisado el 1 de octubre de 2021.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 44.

Por consiguiente, el desarrollo normativo autonómico era dispar, con indicadores heterogéneos y muchas veces supeditado a los recursos disponibles en cada Comunidad⁴⁴⁶. Para corregir esta situación se recomendaba la creación de una definición estatal y detallada del desamparo, que dotara al sistema de protección a la infancia de estabilidad y seguridad jurídica⁴⁴⁷.

Aun así, hubo que esperar cerca de cinco años para que el 21 de febrero de 2015, el Gobierno radicara en el Congreso dos Proyectos de Ley, una orgánica y otra ordinaria, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; cuya tramitación parlamentaria se llevó a cabo de manera conjunta en las Cortes Generales.

Dentro del texto del Proyecto de Ley ordinaria se acogían las sugerencias de la Comisión Especial de 2008, proponiéndose que el concepto de desamparo previsto en la normativa común fuese de aplicación en todo el territorio de las CCAA, incluidas aquellas en las que existía derecho civil foral o especial. Sin embargo, durante el plazo para presentar enmiendas en el Congreso, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y el Grupo Parlamentario Mixto formularon las enmiendas 1, 2, 15, 102, 216 y 242, mediante las que se oponían a dicha pretensión argumentando que:

“En primer lugar supone una invasión competencial en aquellas comunidades autónomas que tienen reconocida en sus Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados y en situación de riesgo (...).

En segundo lugar, el proyecto de ley ignora la realidad de las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, como Catalunya. [ya que]...modifica el Código Civil en aquellos artículos que hacen referencia a la protección a la infancia, al amparo de la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artículo

⁴⁴⁶ “Las diferencias de modelo en las CCAA se hacen patentes en los distintos criterios utilizados para promulgar normas relativas a la protección en función de los recursos disponibles, en la ausencia de indicadores comunes que permitan evaluar de modo riguroso las diferentes medidas de protección, en la variedad de procedimientos, en la diferente tipología de los centros de acogida, en la variación de los costes por menor acogido, en la informatización de los sistemas, o en el diferente sistema organizativo de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma”. *Ibidem*, p. 44.

⁴⁴⁷ “...es necesaria una definición más concreta de lo que ha de entenderse por situación de desamparo, a la luz de lo establecido escuetamente en el artículo 172 del Código Civil, para que no haya divergencias e interpretaciones distantes...”. *Ibidem*, p. 33.

“Es necesario establecer una ley de mínimos que debe ser estatal y que debe dotar al sistema de protección de seguridad jurídica y estabilidad”. *Ibidem*, p. 41.

“20. Establecer como normativa básica común para todo el Estado los conceptos de riesgo, desamparo y patria potestad, para evitar tratamientos desiguales en perjuicio de los menores, por distintas aplicaciones del Derecho aplicable”. *Ibidem*, p. 51.

149.1.8.a..., obviando la normativa vigente y en aplicación, así como la que puedan dictar las comunidades autónomas en uso de sus competencias en Derecho Civil propio”⁴⁴⁸.

Sumado a ello, el artículo 149.3 CE⁴⁴⁹ indirectamente permite que las CCAA tengan competencia en las instituciones públicas de protección y la tutela de los niños/as, en tanto dispone que las materias no atribuidas directamente al Estado por la CE puedan ser asumidas por tales entes territoriales en virtud de sus correspondientes estatutos; asimismo, señala que el derecho estatal será por regla general supletorio al autonómico.

Todas estas razones llevaron a que, en el texto definitivo de las Leyes aprobadas en 2015 se suprimieran los apartados que apostaban por la creación de un concepto común de desamparo, dejando la distribución competencial tal y como había sido establecida en la DF 21ª de la LOPJM en 1996.

Al respecto, el preámbulo de la LMSPIA expresa que el objeto de esa Ley es el de introducir “...los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia, que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado **y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia**” (negrita no original)⁴⁵⁰.

Igualmente, el preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (en adelante LOMSPIA)⁴⁵¹, manifiesta: “...esta ley tiene como objeto introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica (...). Se busca con ello la mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de

⁴⁴⁸ BOCG (Congreso), Núm. A-131-3/2015, de 12 de mayo, p. 2, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-131-3.PDF#page=1, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁴⁹ “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁵⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁴⁵¹ BOE Núm. 175/2015, de 23 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>, última revisión 1 de octubre de 2021.

continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, **que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores...**” (negrita propia)⁴⁵².

De lo anterior se desprende que, salvo las materias estrictamente orgánicas, el resto de disposiciones contenidas en ambas leyes constituyen un marco de referencia para las CCAA en el ámbito de la protección de menores, que en ningún caso puede superponerse lo específicamente reglado por aquéllas. Eso sí, la competencia exclusiva en materia de asistencia social asignada a dichos entes territoriales no los faculta para expedir leyes por fuera de los mínimos legales demarcados constitucionalmente o que flagrantemente contravengan el derecho común, so pena de caer en desigualdades y provocar inseguridad jurídica.

1.4.3 De las modificaciones hechas por la LO 8/2015, de 22 de julio, a la LOPJM

El preámbulo de esta Ley empezó subrayando que los preceptos en ella contenidos gozaban de naturaleza orgánica, habida cuenta que incidían directamente en los derechos fundamentales y libertades públicas contempladas en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 CE.

Compuesta por dos artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales, se encargó de modificar algunos apartados y adicionar otros a la LOPJM; la LEC; la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Concretamente, las modificaciones realizadas a la LOPJM se centraron en mudar la redacción de los artículos 2, 3, 9 y 10.2, e introducir un nuevo capítulo IV al título II. Ahora bien, aunque la LOMSPIA no hace alusión directa a la situación de desamparo, mencionaremos algunos elementos de la reforma que son de utilidad para nuestro estudio.

⁴⁵² *Ibidem* (recurso electrónico).

a) *El principio del interés superior del menor*

La modificación del artículo 2 LOPJM atendió a la obligación de insertar en la legislación civil la doctrina del Tribunal Supremo y los criterios de la Observación general Núm. 14, de 29 de mayo de 2013, emitida por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU (siglas en inglés, CRC), relacionados con el principio del interés superior del menor (en adelante, ISM).

De acuerdo con lo prescrito en la mentada Observación general Núm. 14, para delimitar conceptualmente el principio del ISM hay que analizarlo desde sus tres dimensiones, es decir, considerándolo una norma de derecho sustantivo, una norma de procedimiento y un principio general de carácter interpretativo.

Así las cosas, “...es un *derecho sustantivo* en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución”⁴⁵³. También, es un *principio general de índole interpretativa*, en la medida en que si surgen varios modos de entender una norma jurídica se debe escoger la interpretación que resulte más favorable al niño/a.

Por último, como una *norma de procedimiento* este principio implica que siempre que haya que adoptar una decisión que afecte a uno o varios menores hay que realizar, por lo menos, estas tres acciones: i) ejecutar un análisis de las posibles repercusiones (adversas o favorables) que el pronunciamiento puede acarrear en la vida y desarrollo integral del menor/es implicado/s; ii) respetar las garantías procesales; y iii) justificar la decisión, señalando los criterios en los que ésta se basó y la manera en la que se “...han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Preámbulo de la LOMSPIA, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁴⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/778523/files/CRC_C_GC_14-ES.pdf, consultado el 1 de octubre de 2021. Al respecto, véase también la STS 416/2015, de 20 de julio, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f3bd1d6734fdb207/20150728>, última consulta 1 de octubre de 2021.

En igual línea, la CRC indicó que cuando las autoridades u organizaciones públicas y privadas tuvieran que aplicar el principio del ISM en una medida concreta o, en otras palabras, cuando hubiera que tomar una decisión concerniente a un menor o a varios, tendrían que seguir los siguientes pasos:

i) *La evaluación del interés superior*: es la actividad que consiste en “...determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás”⁴⁵⁵. Así pues, la evaluación se resume en el proceso de valorar *las circunstancias específicas* (hechos concretos) del caso vs. *los elementos generales*, y realizar un juicio de ponderación para establecer si la decisión que se quiere adoptar respeta el principio del ISM⁴⁵⁶.

Desglosando lo anterior, tenemos que las circunstancias concretas se refieren “...a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores”⁴⁵⁷, y demás semejantes.

Por su parte, los elementos generales que deben tomarse en consideración para evaluar el ISM “...se recogen en una lista abierta que el Comité considera ampliable por los Estados, siempre que la finalidad perseguida por los nuevos elementos sea *garantizar el disfrute pleno de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico...*”⁴⁵⁸. De ese modo, los aludidos elementos no son exhaustivos o cerrados y su finalidad es más bien de corte orientativo.

⁴⁵⁵ CRC, Observación general núm. 14, óp. cit., p. 12.

⁴⁵⁶ “...consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto”. *Ídem*.

⁴⁵⁷ *Ídem*.

⁴⁵⁸ Guilarte Martín-Calero, C., “La configuración del interés del menor *ex* artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”, en Mayor del Hoyo, M. (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor...*, óp. cit., p. 492.

En tal virtud, los elementos generales enunciados por la CRC en su Observación general Núm. 14, son: la opinión del niño/a; su identidad; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; su cuidado, protección y seguridad; su situación de vulnerabilidad; su derecho a la salud y su derecho a la educación⁴⁵⁹.

Recapitulando, en la etapa de evaluación del ISM, el ente o persona responsable de dictar la decisión o adoptar la medida atinente al niño/a debe realizar un juicio de ponderación entre las circunstancias específicas del caso concreto y los elementos generales de evaluación, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad⁴⁶⁰.

ii) *La determinación del interés superior*: esta fase engloba “...el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior”⁴⁶¹. Consiste en la vertiente procedimental del ISM que obliga a “...seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho”⁴⁶².

Para asegurar la correcta aplicación del principio del ISM, los Estados deben fijar procesos oficiales en los que se respeten garantías procesales estrictas y se establezcan mecanismos de control. Para ello, al igual que con los elementos generales, la CRC llama a los mencionados Estados y a las demás personas que se hallen en posición de determinar y evaluar el ISM a que presten atención especial a las garantías que se enumeran a continuación: i) el derecho del niño a expresar su propia opinión; ii) la determinación de los hechos; iii) la percepción del tiempo; iv) los profesionales cualificados; v) la representación letrada; vi) la argumentación jurídica; vii) los mecanismos para examinar o revisar las decisiones; y viii) la evaluación del impacto en los derechos del niño/a⁴⁶³.

⁴⁵⁹ CRC, Observación general núm. 14, óp. cit., pp. 13-18.

⁴⁶⁰ “Estos elementos deberán ser tomados en cuenta uno a uno por aquél profesional que vaya a tomar una decisión relacionada con un niño. El o la profesional deberá ponderar qué peso se debe dar a cada elemento en la situación del niño en concreto, qué aspectos de los elementos importan más en la decisión concreta y determinar cuál es el interés superior del niño a la vista de todas las circunstancias”. Martínez García, C. y del Moral Blasco, C., *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Informe técnico, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2017, p. 10, disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/26167>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁶¹ CRC, Observación general núm. 14, óp. cit., p. 12.

⁴⁶² *Ídem*.

⁴⁶³ CRC, Observación general núm. 14, óp. cit., pp. 19-21.

Ahora bien, habiendo dejado claras las directrices marcadas por la observación general núm. 14 CRC relativas al ISM, pasaremos a estudiar brevemente el contenido del artículo 2 LOPJM en contraste con la citada Observación, comoquiera que la finalidad perseguida por la reforma no fue otra que la de integrar dentro de la legislación de protección española los lineamientos trazados en el citado documento.

Para ello, empezaremos por traer a colación el texto original del citado artículo 2 LOPJM, que decía: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”⁴⁶⁴.

De lo transcrito se observa que, en su redacción primigenia, este artículo poco abonaba a la clarificación de la forma en la que debía aplicarse el principio del ISM al caso concreto, generando múltiples inconvenientes interpretativos. En resumen, el ISM era aquello que cada persona, ente o Estado, según su criterio y sin seguir ninguna pauta común, consideraba que era lo mejor para el niño/a.

Teniendo en cuenta eso, el preámbulo de la LOMSPIA expresa lo siguiente: “...es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso **debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador** que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de **diversos elementos y de las circunstancias del caso**, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio” (negrita propia)⁴⁶⁵.

Así las cosas, en el artículo 2.2, 3 y 4 LOPJM el legislador especifica cuáles son esos *criterios legales universalmente aceptados* y los *elementos generales* que deben ponderarse en el caso concreto, para interpretar y aplicar correctamente el principio del ISM. Como hemos dicho, la inclusión de estos criterios y elementos no fue totalmente invención legislativa, sino que, más bien, obedeció a una adaptación de lo planteado por la CRC en la Observación general Núm. 14, tal y como se contrasta en la siguiente tabla:

⁴⁶⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁶⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>, última revisión 1 de octubre de 2021.

ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 2 LOPJM			DIRECTRICES DE LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 14	
Art. 2.1	Ámbito de aplicación del principio del ISM	“En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir ” (negrita propia).	Principio del ISM como derecho sustantivo	“el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”.
Art. 2.2	Criterios generales de aplicación e interpretación del ISM.	a. Protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades de toda índole.	Con ciertos matices, son los elementos generales de evaluación del ISM.	No se menciona expresamente en la Observación.
		b. Derecho del niño/a a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten y a participar activamente en ellas.		La opinión del niño/a.
		c. La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.		La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
		d. La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por cualquiera de dichas causas.		No se menciona expresamente en la Observación.
Art. 2.3	Elementos generales de aplicación que deben ponderarse con los criterios generales.	a. La edad y madurez del niño/a.	Con ciertos matices, son los elementos generales de evaluación del ISM.	Se menciona como un criterio para garantizar el equilibrio entre los elementos de evaluación del ISM ⁴⁶⁶
		b. La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad.		La situación de vulnerabilidad del niño/a.
		c. El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo		La percepción del tiempo (en la Observación se enumera dentro de las garantías procedimentales)
		d. La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad.		Se mencionan como un criterio para garantizar el equilibrio entre los elementos de evaluación del ISM ⁴⁶⁷ .
		e. La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.		La lista de elementos de la Observación no es exhaustiva.
		f. Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.		

⁴⁶⁶ “Puede haber situaciones en las que factores de ‘protección’ que afectan al niño... hayan de valorarse en relación con medidas de ‘empoderamiento’ (...). En esas situaciones, **la edad y madurez del niño deben guiar la ponderación de los elementos**” (negrita propia). CRC, Observación general núm. 14, óp. cit., p. 18.

⁴⁶⁷ “Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan (...). En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño”. *Ídem*.

En ese orden de ideas, lo que la Observación general Núm. 14 llama *elementos generales de evaluación* del ISM; en el artículo 2 LOPJM aparece dividido bajo el nombre de *criterios* y *elementos generales* de aplicación e interpretación del ISM. Por lo que, en la legislación interna española, la fase de *evaluación* del ISM comprende los apartados 2, 3 y 4 del referido artículo.

Recordemos que, a criterio de la CRC, dicha fase de evaluación implica la realización de un juicio de ponderación entre las circunstancias particulares del caso concreto y los elementos generales de evaluación, para verificar si la medida adoptada es acorde al principio del ISM.

Análogamente, en el artículo 2 LOPJM el legislador ordena que se realice el mismo juicio de ponderación, pero entre lo que en la Ley se denominan criterios y elementos generales de aplicación e interpretación del ISM. De manera que, con algunos rasgos particulares, lo que hace la LOMSPIA es transmutar al ordenamiento español lo ordenado por la CRC.

Con ello, también agota la vertiente *sustantiva* del principio del ISM, comoquiera que todo ese proceso de evaluación se efectúa para asegurar que en la toma de cualquier medida que directa o indirectamente afecte a uno o varios niños/as, se dé primacía a los intereses de éstos sobre los demás intereses que puedan concurrir⁴⁶⁸.

b) *La modificación al principio del ISM en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*

Así como el artículo 2.2, 3 y 4 LOPJM trata acerca de la *evaluación* del ISM; el apartado 5 del mismo precepto, en la redacción dada por la LOMSPIA, hace alusión a la fase de *determinación* del superior interés de los niños/as, así:

⁴⁶⁸ Frente al particular, el artículo 2.4 LOPJM aduce que: “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” (negrita propia). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

“5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos.

(...)

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”⁴⁶⁹.

Evidentemente, el artículo 2.5 LOPJM refleja la dimensión *procedimental* del principio del ISM, al mencionar algunas de las garantías procesales que se deben tener en cuenta a la hora de *determinar* si dicho principio se ha aplicado adecuadamente en el caso concreto.

Entre las garantías enlistadas en el artículo destacamos la de compeler a la persona o ente que toma una decisión atinente a los menores a que indique cuáles son los recursos que caben contra la misma (artículo 2.5.e LOPJM). La revisión de una medida puede ocurrir, por ejemplo, si se evidencia que no se dio primacía al ISM, ante el cambio de las circunstancias que la fundamentaron, si los hechos no fueron debidamente probados, entre otros.

Recalamos lo anterior, habida cuenta que en su texto inicial la LOPJM omitía señalar cuál era el procedimiento y los recursos que las partes podían interponer contra la resolución que apreciaba el desamparo. Con esto, no sólo se vulneraba el derecho de los progenitores, tutores, guardadores, etc., a expresar su desacuerdo con el acto administrativo; sino que igualmente se impedía que los menores hicieran uso del mentado derecho de oposición, según su grado de madurez.

Continuando con el análisis, vemos que mediante la disposición final 8.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia*

⁴⁶⁹ *Ibidem* (recurso electrónico).

frente a la violencia (en adelante, LPIFV)⁴⁷⁰, el legislador reformó el primer párrafo y la letra c) del apartado 5 del artículo 2 LOPJM, como sigue:

“5. **Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional** y toda medida en el interés superior de la **persona menor de edad** deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

[...]

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. **Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos**” (negrita propia)⁴⁷¹.

Primeramente, tenemos que la inclusión de la frase “toda resolución de cualquier orden jurisdiccional” dentro del cuerpo del artículo recibió varias críticas durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley. Así, el Grupo Parlamentario VOX formuló la enmienda núm. 387 alegando que: “La Proposición de Ley Orgánica debatida añade la siguiente previsión: ‘[Toda] resolución de cualquier orden jurisdiccional y [toda medida en el interés del menor]’. Es evidente que toda ‘medida’ adoptará forma de ‘resolución’ de algún orden ‘jurisdiccional’, en su caso. Así las cosas, esta adición parece innecesaria”⁴⁷².

Sobre esto, es pertinente recordar lo demarcado por la CRC en la tantas veces referenciada Observación general Núm. 14, en la que al explicar el contenido del artículo 3.1 CDN apunta que “...El término ‘medida’ incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas (...). La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto ‘medidas’, por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social no toman medidas para proteger a los niños del abandono o los malos tratos”⁴⁷³.

⁴⁷⁰ BOE Núm. 134/2021, de 5 de junio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁷¹ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁴⁷² BOCG Núm. A-22-2/2020, de 5 de noviembre, p. 322, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2.PDF#page=1, última consulta 1 de octubre de 2021. En el mismo sentido se presentó la enmienda núm. 118 durante el plazo correspondiente en el Senado (véase el BOCG, Senado, Núm. 182/2021, de 5 de mayo, p. 73).

⁴⁷³ CRC, Observación general núm. 14, óp. cit., p. 7.

Desde nuestro punto de vista y, en consonancia con lo ilustrado por la CRC, la adición de la expresión “toda resolución” hecha por el legislador al primer párrafo del artículo 2.5 LOPJM, poco suma a la hora de interpretar y aplicar el principio del ISM en el caso concreto. Afirmamos lo anterior en vista de que por norma general el término “medida” engloba cualquiera decisión, resolución, acto, etc., que afecte a un niño/a o a la niñez en su conjunto, sin que sea menester incluir frases explicativas al respecto.

Además, se entiende que tal concepto es una categoría genérica que abarca las manifestaciones de la voluntad de las autoridades públicas de todo rango (administrativas, judiciales o legislativas) y privadas, por lo que la inclusión de la frase “de cualquier orden jurisdiccional” tampoco nos parecía necesaria.

En otro orden de cosas, la variación el apartado c) del artículo 2.5 LOPJM también contó con detractores, verbigracia algunos senadores del Grupo Parlamentario Mixto que durante el plazo pertinente presentaron la enmienda núm. 123, en la que argumentaron lo siguiente: la modificación propuesta “...no mejora la vigente regulación por cuanto fija como criterio objetivo para la presunción *iuris tantum* de la existencia de conflicto de intereses una cuestión netamente subjetiva, como es la opinión de una persona (máxime si es menor de edad y puede siquiera tener suficiente juicio)”⁴⁷⁴.

Frente al particular, advertimos que el quid de la reforma está en el hecho de que establece una presunción acerca de cuándo surge un conflicto de intereses entre el menor y sus progenitores, tutores o representantes legales, a raíz del cual es menester nombrar un defensor judicial que preserve los derechos del primero⁴⁷⁵.

Para entender mejor este asunto acudiremos a lo previsto en el artículo 235.1 CC, modificado por el 2.21 de la Ley 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*

⁴⁷⁴ BOCG (Senado) Núm. 182/2021, de 5 de mayo, p. 77, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/SEN/BOCG/2021/BOCG_D_14_182_1795.PDF, revisado el 1 de octubre de 2021.

⁴⁷⁵ El artículo 10.2.e LOPJM también prevé el derecho que le asiste al menor para pedir el nombramiento de un defensor judicial, con el fin de iniciar las acciones judiciales y administrativas que considere oportunas en la salvaguarda de sus derechos e intereses.

de su capacidad jurídica⁴⁷⁶, que dice: “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”⁴⁷⁷.

En igual línea, los artículos 27 a 32 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la jurisdicción voluntaria* (en adelante, LJV)⁴⁷⁸, señalan el procedimiento a seguir para realizar el nombramiento del defensor judicial de los menores o de las personas con discapacidad, en los casos en que legalmente proceda.

Así pues, el artículo 28.1 LJV sostiene que la competencia para conocer del expediente de nombramiento recae en “...el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial”⁴⁷⁹.

Igualmente, el artículo 30.2 LJV recalca que en la resolución en la que el Letrado de la Administración de Justicia disponga el nombramiento del defensor judicial, deberá enunciar las atribuciones que le confiere. De modo que, a fin de cuentas, la decisión definitiva respecto a la designación del aludido defensor está en cabeza del citado Letrado⁴⁸⁰.

Subrayamos lo anterior para alegar que la importancia real de la presunción instaurada por la LPIFV, relativa a que el conflicto de intereses surge cuando la opinión del niño/a es contraria a la medida adoptada o supone una restricción de sus derechos, aflora a la hora de que el Letrado de la Administración de Justicia efectúe o no el nombramiento del defensor judicial.

⁴⁷⁶ BOE Núm. 132/2021, de 3 de junio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁷⁷ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), revisado el 1 de octubre de 2021.

⁴⁷⁸ BOE Núm. 158/2015, de 3 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁴⁷⁹ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁴⁸⁰ En virtud de lo ordenado en la disposición adicional 1ª de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, todas las referencias a los “Secretarios Judiciales” hechas en Ley Orgánica del Poder Judicial y demás normas jurídicas, deberán entenderse hechas a los “Letrados de la Administración de Justicia”.

Procedimentalmente, el Letrado ahora parte del hecho de que el conflicto de intereses existe sólo porque en opinión del niño/a ello es así, o porque según su criterio jurídico la medida restringe los derechos de aquél. De suerte que, es obligación de la otra parte solicitar o aportar las pruebas adecuadas para desvirtuar la aludida presunción.

Ahora bien, que el legislador haya fijado esa presunción no significa que el Letrado de la Administración de Justicia no deba realizar oficiosamente las comprobaciones de rigor, conforme a lo preceptuado en la LJV. Sin embargo, gracias a ella inicia el expediente sobre la base de que el conflicto de intereses se da y, en consecuencia, la designación del defensor judicial sería viable.

En tal virtud, el legislador ha colocado la carga de la prueba en manos de la persona/a responsable del menor, dando una importancia trascendental a la opinión del niño/a en los asuntos que le afectan.

Y, pese a que creemos que la postura del menor siempre debe ser escuchada, en los casos específicos relacionados con las situaciones de riesgo y desamparo no podemos olvidar el perfil desestructurado de las familias que participan en los trámites; esto es, núcleos donde alguno de sus miembros, incluidos los niños/as, suelen presentar traumas o problemas físicos o psicológicos producto de los espacios conflictivos en los que se desenvuelve la vida familiar (conductas adictivas, violentas, malos tratos, abusos sexuales, negligencia en el cumplimiento de las obligaciones, etc.).

Considerando ese contexto particular, es vital que el Ministerio Fiscal realice con suma diligencia su labor de superior vigilancia en los procesos relacionados con menores, y que en los mismos se cuente con la participación de profesionales cualificados u expertos para determinar el grado de madurez del niño/a; so pena que por la existencia de la presunción el nombramiento del defensor atienda a un criterio caprichoso del menor.

Imaginemos el caso de un adolescente que, a pesar de los cambios positivos realizados por sus progenitores, desea cortar la relación con ellos sin ninguna justificación de peso, por ejemplo, el simple resentimiento. En casos como ese, la presunción hace que el Letrado de la Administración de Justicia dé por sentado que el conflicto de intereses existe únicamente porque la opinión del menor es de ese talante.

En un evento así, el mencionado Letrado y el Ministerio Fiscal tendrán que ejercer una labor de supervisión para fijar, con la ayuda de profesionales cualificados⁴⁸¹, si el conflicto de intereses es real o si, por el contrario, hacer caso a la opinión discrepante del niño/a puede ir en contra de su interés superior.

1.4.4 *De la reforma hecha por la Ley 26/2015, de 28 de julio, a la LOPJM*

a) *Los deberes de los menores (artículos 9 bis y ss. LOPJM)*

Desde 1996, la doctrina celebró que los artículos 3 a 9 LOPJM insertaran en el ordenamiento jurídico un listado de derechos de los menores (honor, intimidad, propia imagen, información, libertad ideológica, participación, asociación, reunión, libertad de expresión y derecho a ser oído y escuchado).

Empero, al compás de las alabanzas generadas por la integración de los citados derechos de autonomía igualmente se echó en falta la consagración de un catálogo de deberes para la infancia⁴⁸². Según los doctrinantes, el legislador había “...convertido una situación primigenia de desprotección, en una *sobreprotección* absoluta, llegando incluso a significar una especie de *dictadura del menor*...”⁴⁸³ que quedó siendo titular de varias potestades, más no destinatario de obligaciones correlativas.

Ante ese panorama, el preámbulo de la Ley 26/2015 expresó que: “...en línea con diversas normas internacionales y también autonómicas, ...desde la concepción de los

⁴⁸¹ El artículo 9 LOPJM advierte: “La madurez [del niño/a] 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”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁸² Previamente a la expedición de la LMSPIA, varios doctrinantes habían criticado el contenido de la CDN, en tanto reconocía derechos de autonomía a favor de los menores pero sin imponerles deberes correspondientes. Sobre el tema, la profesora Garibo Peyró indica: “Preciso es recordar que la Convención de los Derechos del Niño, en ningún momento se refiere a los deberes o responsabilidades de los niños. En síntesis, la Convención reconoce al niño la más amplia libertad de expresión posible de modo similar al derecho reconocido para los adultos, pero, sin protegerle de las posibles consecuencias del ejercicio del mismo...y sin exigirle tampoco responsabilidad alguna por ello”. Garibo Peyró, A., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, óp. cit., p. 209.

⁴⁸³ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., p. 185.

menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes”⁴⁸⁴.

Por consiguiente, a través del artículo 1.4 LMSPIA finalmente se hizo caso a las exhortaciones doctrinales y se añadió un nuevo capítulo III al título I LOPJM (artículos 9 bis, ter, quáter y quinquies) denominado “deberes de los menores”.

Así pues, el artículo 9 bis.1 LOPJM fija como regla general que “Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán 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”⁴⁸⁵.

De lo anterior destacamos, en primer lugar, que el legislador condiciona la exigibilidad en el cumplimiento de los deberes de los menores a “su edad y madurez”, es decir, a la capacidad progresiva que los niños/as van adquiriendo a medida que crecen para realizar ciertas acciones y comprender las consecuencias que las mismas producen⁴⁸⁶. En otras palabras, no es correcto requerir a un menor para que satisfaga un deber cuando aún no ha alcanzado el grado de madurez apropiado para entender el alcance de aquello que se le demanda.

En segundo lugar, el legislador clasifica los deberes de los menores dependiendo del ámbito en el que se desenvuelve su vida, así: los deberes concernientes al ámbito familiar (art. 9 ter), escolar (art. 9 quáter) y social (art. 9 quinquies).

En cuanto a los deberes *familiares*, el artículo 9 ter LOPJM dispone que es obligación del menor participar en la vida familiar respetando a sus progenitores, hermanos/as y demás parientes. Lo que se traduce en que el niño/a goza del derecho a

⁴⁸⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>, consultada el 1 de octubre de 2021.

⁴⁸⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁸⁶ “Las Leyes de infancia y adolescencia...modifican el término ‘suficiente juicio’ por ‘madurez’ es decir la posibilidad de entender, comprender el significado del hecho que realiza, que toma parte o que le afecta o puede afectar y tener conciencia de las consecuencias de su decisión o actuar”. Verdera Izquierdo, B., “Comentario al artículo primero. Cuatro”, en Lledó Yagüe, F., et al. (directores), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 188.

relacionarse con sus familiares, pero siempre desde un trato adecuado (respeto mutuo)⁴⁸⁷ y dando prevalencia a su interés superior sobre los otros intereses que puedan concurrir.

También, el artículo prevé que el menor tiene que participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en el desempeño de las tareas domésticas. Sobre el particular, vemos que este deber se asemeja al que el artículo 155.2 CC impone a los hijos/as, consistente en que han de contribuir igualitariamente al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella, según sus posibilidades.

Por otro lado, el artículo 9 quáter.1 y 2 LOPJM al referirse a los deberes *escolares* señala que los niños/as tienen que: acatar las normas de convivencia de los centros educativos a los que asisten; estudiar y tener una buena actitud de aprendizaje durante las fases de escolarización obligatoria; y mostrar el respeto debido a los profesores/as, empleados de los colegios y a sus compañeros/as.

Además, el apartado 3 de dicho artículo expresa que “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”⁴⁸⁸.

En ese sentido, pese a encontrarse en el capítulo correspondiente a los deberes de la infancia, el legislador vuelve a poner la mira en el menor como sujeto de derechos al asignarle al sistema educativo la obligación antes reseñada. Creemos que la razón de ser de tal precepto es una cuestión de sentido común, a saber, para cumplir con un mandato no sólo es indispensable que el niño/a posea la edad y madurez suficientes, sino que, a la par, ha de conocer y comprender el alcance de dicho mandato.

A su vez, el artículo 9 quinquies.1 LOPJM comienza enunciando un deber *social general* para la infancia consistente en que: “Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven”⁴⁸⁹. Acto seguido, el

⁴⁸⁷ Al respecto véase el artículo 160 CC.

⁴⁸⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁸⁹ *Ibidem* (recurso electrónico).

apartado 2 de ese artículo da un breve listado los deberes sociales particulares de los menores.

En principio, los niños/as tienen que respetar la dignidad, integridad e intimidad, así como los derechos y libertades de todas las personas con las que interactúan, sin realizar discriminaciones de ninguna clase. De igual forma, han de someterse a las leyes y normas preestablecidas y asumir una actitud responsable y constructiva dentro de la sociedad.

Lo mismo es su deber conservar y utilizar adecuadamente los recursos, instalaciones, mobiliario urbano y demás elementos del espacio físico en el cual desarrollan su actividad cotidiana; que cuidar el medio ambiente y los animales, preocupándose por su preservación.

b) *La regulación del desamparo en el reformado artículo 18 LOPJM*

El actual artículo 18 LOPJM, mucho más extenso que el original, comienza mencionando que:

“1. Cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.

2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, se considerará 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”⁴⁹⁰.

Como primera variación advertimos que el legislador impone a la Entidad Pública la obligación de *constatar* la situación de desamparo del menor antes de asumir la tutela *ope legis* de aquél. En el texto inicial del precepto figuraba el verbo “considerere” en lugar de “constate”, lo que inducía a pensar que la tarea de protección a la niñez de dichos entes era facultativa.

⁴⁹⁰ *Ibidem* (recurso electrónico).

Así las cosas, hoy no se trata de que la Entidad desee intervenir en un caso u otro, como se desprendía de la palabra “considerere”, sino de que por Ley está obligada a revisar cualquier circunstancia de la que tenga conocimiento relacionada con menores carentes de asistencia y cuidado o, en riesgo de estarlo, como lo sugiere la expresión “constate”.

Además, tal cambio va en concordancia con la modificación efectuada al artículo 172 CC en 1996 (disposición final 5ª LOPJM), mediante la que se añadió al cuerpo del citado artículo el verbo “constatar” en procura de determinar el momento a partir del cual iniciaba la tutela automática de la Entidad Pública; de manera que, en un correcto ejercicio de sistemática jurídica lo que hizo el legislador de 2015 fue armonizar el contenido de la LOPJM con el del CC, utilizando el mismo verbo en ambas Leyes⁴⁹¹.

Por su parte, otro de los cambios efectuados por la LMSPIA, ampliamente aplaudido por la comunidad jurídica, fue el de enlistar en el artículo 18.2 LOPJM una serie de circunstancias que pueden dar lugar a la declaración de desamparo, como sigue: “...se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor”⁴⁹².

Poco después de la promulgación de la Ley 21/1987, los doctrinantes ya exponían su preocupación por las múltiples dificultades interpretativas que ocasionaba la configuración del desamparo como un concepto abierto.

No obstante, hubo que esperar hasta el año 2015 para que, en su afán por crear una definición uniforme de esta institución y complementar la consagrada en el artículo 172 CC, el legislador elaborara un listado no exhaustivo de eventos que al amenazar la integridad física y mental del niño/a pueden ser desencadenantes de esta situación.

⁴⁹¹ Siguiendo la misma corriente, la LMSPIA reformó los artículos 18.1 LOPJM y 172.1 CC para incluir en ambos el deber de comunicar la decisión administrativa de desamparo al juez que, en su caso, hubiera acordado la tutela ordinaria sobre la persona del menor.

⁴⁹² Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021. Respeto a este tema el preámbulo de la LMSPIA indicó: “Son dos las principales novedades respecto de la regulación del desamparo. En el artículo 18 se completa la definición de la situación de desamparo regulada en el artículo 172 del Código Civil, estableciendo, por primera vez en una norma de carácter estatal, las circunstancias que la determinan, con lo que se introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración...”. *Ibidem* (recurso electrónico).

Adicionalmente, la LMSPIA buscó eliminar “...la falta de seguridad jurídica de la que adolecía la regulación anterior, permitiendo discernir y definir, por exclusión, cuándo concurre una situación de riesgo y cuándo existe una...de desamparo”⁴⁹³.

En tal virtud, algunas de esas causas de desamparo registradas en el artículo comentado son: el abandono del menor; el riesgo para su vida, salud e integridad física; el peligro para su salud mental, integridad moral y el desarrollo de su personalidad; el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda a raíz del grave deterioro del entorno familiar o de las condiciones de vida; la inducción a la mendicidad o prostitución; la ausencia de escolarización o la falta de asistencia reiterada y no justificada al centro educativo; entre otras⁴⁹⁴.

A su turno, a la par de los precitados supuestos facticos el legislador también hizo referencia a algunos “indicadores” de desamparo, entendiéndose por tales aquellos “...hechos que, sin alcanzar la entidad de causas de desamparo, sí influyen en su valoración: constatada una determinada realidad ‘negativa’ en que se encuentra el menor, estos hechos pueden inclinar la balanza a favor de la constatación administrativa del desamparo”⁴⁹⁵.

Por consiguiente, el indicador por sí solo no tiene la fuerza suficiente para generar el decreto del desamparo, más bien, cuando se une a alguna de las situaciones u omisiones descritas en el artículo 18.2 LOPJM puede coadyuvar a la apreciación del mismo⁴⁹⁶. En palabras sencillas, es un plus que sirve para respaldar la decisión de intervención de la Administración.

Clarificado lo anterior, observamos que el artículo 18.2 LOPJM cataloga de indicadores los siguientes hechos:

⁴⁹³ Noriega Rodríguez, L., “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, fascículo I, enero-marzo, 2018, p. 128, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_2018_ANUARIO_DE_DER_ECHO_CIVIL&fasc=1, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁹⁴ Un análisis pormenorizado de cada una de estas circunstancias se llevará a cabo en el apartado de la tesis dedicado a la explicación de los presupuestos del concepto de desamparo.

⁴⁹⁵ Cardona Guasch, O., “Comentario al artículo primero. Once”, en Lledó Yagüe, F., et al. (directores), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio...*, óp. cit., p. 283.

⁴⁹⁶ *Ídem*.

i) Tener un hermano declarado en desamparo, excepto que el contexto familiar cambie de forma evidente. El mismo indicador opera para la situación de riesgo (artículo 17.2.c LOPJM).

ii) La ausencia de tratamiento o la falta de colaboración suficiente durante el mismo por parte de los progenitores, tutores o guardadores del menor que padecen un trastorno mental grave, son consumidores habituales de sustancias con potencial adictivo o presentan otras conductas adictivas habituales, cuando a raíz de su negativa el niño/a sufre una falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas.

Ahora bien, aparte de contemplar circunstancias e indicadores específicos el antedicho artículo 18.2 LOPJM también menciona otros hechos que, pese a ser lamentables, no dan lugar al decreto del desamparo, así: “La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, 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”⁴⁹⁷.

La alusión legal a la condición de pobreza de los padres atendió, entre otras razones, al interés del legislador por acogerse a lo ordenado en la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, que expresa: “La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir[lo]...en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado”⁴⁹⁸.

En igual línea, la doctrina argumenta que “Las dificultades económicas de los progenitores no pueden justificar la decisión de alejar al niño de su entorno. La falta de vivienda de la familia o la ausencia en ella de unos mínimos de habitabilidad o salubridad;

⁴⁹⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁴⁹⁸ Asamblea General de la ONU, Resolución 64/142 (A/RES/64/142), de 18 diciembre de 2009, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, p. 4, disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/673583/files/A_RES_64_142-ES.pdf, última consulta 1 de octubre de 2021.

la situación de paro o marginalidad social de los padres, etc..., no resultan aptas para fundar, aun de forma implícita, la adopción de una medida jurídica de protección que implique la separación familiar”⁴⁹⁹.

Aparte, otro de los motivos para que se insertara esta aclaración legal fue el de corregir la interpretación errónea que la Administración y los operadores judiciales hicieron, en algunas ocasiones, del artículo 2.2.a LOPJM. Recordemos que en ese precepto se incluye como uno de los criterios generales para interpretar y aplicar el principio del ISM en el caso concreto “...la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas”⁵⁰⁰.

En ese sentido, los funcionarios públicos y judiciales tendían a equiparar el superior interés del niño/a con su bienestar material. Lo anterior conllevó a que la firmeza de muchas resoluciones de desamparo recurridas en vía civil se fundara, directa o indirectamente, en el hecho de que por el transcurso del tiempo y la mejor situación financiera de los acogedores no era viable ordenar el retorno del pequeño/a a su medio de origen.

Un ejemplo de lo expuesto lo encontramos en la STEDH, caso R.M.S vs. España, de 18 de junio de 2013, en la que se ordenó al Estado Español indemnizar a la madre de una menor que, a juicio del Tribunal, fue declarada en desamparo y dada en adopción apreciando equivocadamente la situación de precariedad económica temporal por la que pasaba la demandante. Las consideraciones de la Corte fueron:

“La asunción de la tutela de la niña fue tomada en razón a la situación de indigencia de [su] madre...sin que se haya tenido en cuenta su posterior evolución. En opinión del TEDH no se trataba más que de una carencia material padecida por la demandante que las Autoridades nacionales hubieran podido compensar con ayuda de otros medios que no fueran los de la separación total de la familia, medida última que no se puede aplicar más que en los casos más graves.

(...)

Las autoridades, ...rechazaron tomar en cuenta el cambio de la situación financiera que la demandante pretendía hacer valer para oponerse a la declaración de desamparo de su hija...y se limitaron a confirmar la declaración de desamparo adoptada por la Administración.

(...)

⁴⁹⁹ Díez García, H., “Comentarios al artículo 172 CC”, en Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 459.

⁵⁰⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Es así como el tiempo transcurrido, consecuencia de la inercia de la Administración, y la propia inercia de las jurisdicciones internas, que no han estimado irrazonables los motivos dados por la Administración para privar a una madre de su hija fundándose, únicamente, en motivos económicos..., han contribuido, de manera decisiva, a la imposibilidad de cualquier reagrupamiento familiar entre la demandante y su hija...”⁵⁰¹.

En ese orden de ideas, con la finalidad de evitar el acaecimiento de casos como el precitado, el artículo 18.2 LOPJM expresó resueltamente que la pobreza familiar en sí misma no es una causa justificada para decretar el desamparo. Sin embargo, hay eventos en los que esa condición de pobreza hace que se den otras circunstancias que desafortunadamente colocan al menor en un estado de desprotección.

En cuanto a este tema, el Tribunal Supremo ha esgrimido en varios pronunciamientos que la declaración de desamparo no debe fundarse en los problemas económicos de los padres sino en las situaciones que, a causa de la precariedad financiera, inevitablemente colocan en riesgo el adecuado desarrollo del niño/a. Verbigracia, en la STS 540/2015, de 15 de octubre, el Alto Tribunal adujo:

“...el párrafo segundo del número dos del artículo 18 prevé que ‘La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo...’. **No obstante, rectamente entendido el precepto, la sentencia recurrida no habría devenido contraria a él, pues no califica, aisladamente considerados, como causa del desamparo la pobreza de los progenitores o la deficiencia de la madre, sino la desatención moral y material del menor tras la valoración de la prueba practicada.**

Toda la doctrina mencionada y su reflejo en la legislación modificada es aplicable al caso que nos ocupa si se respeta la base fáctica recogida en la resolución recurrida, por la que se concluye, en interés del menor, que no procede revocar la resolución administrativa que declara el desamparo, **ya que en el momento de adoptarse la medida existía una desatención de las obligaciones morales y materiales por parte de los padres del menor, estimándose que los factores de riesgo no han desaparecido...**” (negrita no original)⁵⁰².

⁵⁰¹ Ap. 85, 86 y 92, pp. 21 y 23, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-124179>, última consulta 1 de octubre de 2021. Para mayor información pueden verse también las siguientes sentencias: STEDH (sección 2ª), caso Zhou vs. Italia, de 21 de enero de 2014; STS 407/2015, de 9 de julio, recurso 1562/2014; y STC 71/2004, de 19 de abril, BOE Núm. 120/2004, de 18 de mayo.

⁵⁰² Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bc6b4fd8bd4eabef/20151023>, revisado el 1 de octubre de 2021. Frente a la materia, otras sentencias arguyeron en similar sentido, así:

- “Ante ese interés de los menores debe ceder el de la madre biológica, no por motivos de pobreza, que sería contrario al artículo 18 de la LO 1/1996 de 15 de enero..., **si fuese el único factor valorado, sino en atención a los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores y circunstancias que rodean tal relación...**” (negrita fuera del texto). STS 687/2015, de 2 de diciembre, recurso 1983/2014.

- “Si bien es cierto que en algunos casos declarados inadmisibles por el TEDH, la situación de acogimiento podía haber sido motivada por las condiciones de vida insatisfactorias **o por privaciones materiales, esto no había constituido nunca, sin embargo, el único motivo que sirviera de base a la decisión de los tribunales nacionales**, y en los que otros elementos tales como el estado psíquico de los progenitores o su

Ahora, si analizamos estos supuestos desde un punto de vista netamente jurídico veremos que la decisión de la Administración resulta razonable y ajustada a derecho. Empero, partiendo desde una perspectiva global, la labor de apoyo social del Estado desarrollada a través de las Entidades Públicas debería propender por otorgar a las familias de escasos recursos, alternativas para que el cuidado de sus hijos/as pueda ejercitarse dentro de su núcleo de convivencia habitual, antes de optar por emitir una declaración de desamparo⁵⁰³.

A su turno, en lo atañedor a la imposibilidad de apreciar el desamparo en razón a una discapacidad de los progenitores o del menor, el criterio que aplica es básicamente el mismo que para la situación de pobreza. Aunque la discapacidad no sea la base para declarar el desamparo cuando esa condición impide que, aun con asistencia, los progenitores brinden al niño/a los cuidados necesarios para su desarrollo no queda más remedio que separarlo de su entorno familiar.

En estos casos, hay que examinar si la discapacidad es temporal y transitoria o si es definitiva, porque de ello dependerá el grado de intensidad de la intervención administrativa y la posibilidad de retorno de los infantes a su medio de origen. Por ejemplo, en la STS 800/2011, de 14 de noviembre, se estudió el caso de dos pequeñas que fueron declaradas en desamparo y colocadas en acogimiento ya que su madre padecía una enfermedad mental que, inicialmente, impedía que les ofreciera la atención requerida.

No obstante, con el paso del tiempo la progenitora logró demostrar que el trastorno de la personalidad que padecía había remitido al punto de hallarse en condiciones de asumir el cuidado y educación de sus dos hijas. Aquí, el Tribunal desestimó el recurso de casación incoado por el Gobierno de Cantabria y ordenó revocar las resoluciones de desamparo, terminando con la suspensión de la patria potestad de la madre y entregándole las niñas a la misma⁵⁰⁴.

incapacidad afectiva, educativa y pedagógica, se añadían” (negrita no original). STEDH, caso R.M.S vs. España, de 18 de junio de 2013, óp. cit., ap. 84, p. 21.

⁵⁰³ “El TEDH considera que el papel de las Autoridades de protección social es precisamente el de ayudar a las personas en dificultades que no tengan los conocimientos necesarios del sistema, de guiarlas en sus trámites, y de aconsejarlas, entre otras cosas, sobre los distintos tipos de prestaciones sociales disponibles, sobre las posibilidades de obtener una vivienda social o sobre medios para remontar sus dificultades...”. STEDH, caso R.M.S vs. España, de 18 de junio de 2013, óp. cit., ap. 86, p. 21.

⁵⁰⁴ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/76343c37ce2d2c99/20111125>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Se colige de lo relatado que al ser la discapacidad una circunstancia pasajera el decreto de desamparo no debió cimentarse en aquélla, es decir, con la simple declaración de las niñas en situación de riesgo y la consecuente prestación del tratamiento adecuado a la progenitora o, con la constitución de una guarda voluntaria a favor de la Administración, se habría alcanzado el objetivo de reestructuración del entorno de convivencia evitando las consecuencias radicales de ruptura familiar que implica el desamparo.

Cosa distinta ocurrió en la STEDH, caso Saviny vs. Ucrania, de 18 diciembre 2008, en el cual la separación de los menores de sus padres estuvo motivada por la incapacidad de aquéllos para asegurar condiciones de vida idóneas para el cuidado de sus hijos/as, antes que por la ceguera que ambos padecían desde su nacimiento⁵⁰⁵.

En ese litigio el Tribunal ordenó al Estado Ucraniano indemnizar a los demandantes no porque las causas para separar a los niños/as de su medio familiar hubieran sido desfasadas, sino por cuanto a criterio de la Corte esas razones no eran suficientes “...to justify such a serious interference with the applicants’ family life”⁵⁰⁶. Empero, en lo tocante a la discapacidad de los progenitores el Tribunal aclaró que:

“The government insisted that the children had not been removed from the applicants on the ground of their disability. They maintained that many other blind people raised their children themselves, providing them with due care. In the Government’s opinion, the applicants’ living conditions were the result not of their disability or income, but of their own choices.

(...)

The Court notes that, although the applicants’ disability might have presented them with certain challenges in raising their family, such as in search of a suitable employment or arranging the house, it finds that...there is no appearance that the applicants were treated differently than others in an analogous situation...”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ “La Corte advierte que las autoridades nacionales basaron su decisión sobre la conclusión de que los demandantes, en virtud de la insuficiencia de recursos económicos y cualidades personales, no pudieron brindar a sus hijos una nutrición, ropa, entorno sanitario y atención médica adecuados, así como asegurar su adaptación social y educativa, colocando así en peligro la vida, la salud y la educación moral de los niños...” (traducción propia). STEDH, caso Saviny vs. Ucrania, de 18 diciembre 2008, ap. 55, p. 13, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-90360>, revisado por última vez el 1 de octubre de 2021.

⁵⁰⁶ “para justificar una injerencia tan grave en la vida familiar de los demandantes” (traducción propia). *Ibidem*, ap. 60, p. 14.

⁵⁰⁷ “El gobierno insistió en que los niños no habían sido separados de los demandantes debido a su discapacidad. Sostuvieron que muchas otras personas ciegas criaban a sus hijos ellos mismos, brindándoles el cuidado debido. En opinión del Gobierno, las condiciones de vida de los demandantes no fueron el resultado de su discapacidad o [falta de] ingresos, sino de sus propias decisiones.

(...)

Concluimos entonces que el Estado Ucraniano no fundó su decisión de apartar a los niños/as de sus progenitores en la discapacidad de estos últimos, sino en el hecho de que su proceder, completamente deliberado y ajeno a su ceguera, puso en peligro la vida, salud y educación moral de sus hijos/as.

Para terminar con el comentario de las modificaciones al artículo 18 LOPJM, diremos que la LMSPIA tocó un tema hasta entonces olvidado por la legislación como fue el de la distribución de competencias entre las Entidades Públicas de las CCAA, cuando los menores sujetos a una medida de protección se trasladaban del territorio de una a otra, o al extranjero⁵⁰⁸.

En primer lugar, el artículo 18.4 LOPJM regula las reglas de competencia cuando un niño/a sometido a una medida de protección se desplaza *dentro del territorio español*. En tales eventos la norma considera de vital importancia revisar si el cambio de domicilio posee vocación de permanencia o no, en procura de desestabilizar lo menos posible la vida del niño/a. En ese orden de ideas, el legislador planteó diversos *modus operandi* para distintos supuestos, así:

i) Cuando el niño/a se muda definitivamente de una Comunidad Autónoma a otra, corresponde a la Comunidad receptora analizar, dentro de los tres meses siguientes al cambio, si mantiene en vigor la medida adoptada en la Comunidad de origen o si decreta la que a su criterio proceda;

ii) Si el traslado del menor es temporal, a saber, porque su familia de origen permanece en el territorio de la Comunidad Autónoma inicial y es previsible una reintegración a corto o mediano plazo, la Entidad Pública de destino mantendrá la medida que repose sobre el niño/a y efectuará un seguimiento a su evolución; y

La Corte advierte que, aunque la discapacidad de los demandantes podría haber significado ciertos desafíos para criar a su familia, como en la búsqueda de un empleo adecuado o en la reparación de la casa, considera que...no se demuestra que los demandantes hubieran sido tratados de manera diferente a otros en una situación análoga...” (traducción propia). *Ibidem*, ap. 63 y 65, p. 15.

⁵⁰⁸ Frente al particular, el preámbulo de la LMSPIA indicó: “Además, se regula por vez primera la competencia de las Entidades Públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido desde una Comunidad Autónoma a otra distinta, cuestiones que no estaban contempladas hasta el momento”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

iii) Cuando el desplazamiento del pequeño/a acontece porque se ha decretado sobre él una medida de acogimiento residencial o familiar, y el centro residencial o la familia acogedora están ubicados en el territorio de otra Comunidad Autónoma, la Entidad Pública de la región de destino deberá mantener incólume la medida adoptada en la Entidad primigenia.

Por su parte, el artículo 18.5 LOPJM se encarga de fijar las reglas de competencia cuando un menor de nacionalidad española se halla *fuera del territorio del Estado*. En esas ocasiones lo relevante es verificar si, previamente al desplazamiento del menor, las autoridades pertinentes han decretado una medida de protección sobre su persona o si, por el contrario, únicamente se detecta que está en peligro de padecer una situación de posible vulnerabilidad (riesgo o desamparo).

Así pues, si el niño/a que se encuentra en el extranjero ha sido destinatario de un mecanismo de protección, la Comunidad Autónoma competente será aquélla que con anterioridad a la salida del país hubiera emitido la resolución/es respectiva.

En contraste, si sobre el menor nunca se ha tomado ninguna decisión administrativa, la competencia se fijará de la siguiente forma: i) inicialmente será competente la Entidad Pública de la región en la que residan los padres o tutores de aquél; ii) en su defecto, deberá conocer del asunto la institución pública de la Comunidad Autónoma con la que el menor o su familia tuvieren mayores vínculos; y iii) si no es dable determinar la competencia con base en los criterios señalados, la misma recaerá en la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o su familia hubieran tenido su última residencia habitual.

Aunado a lo explicado, el artículo precisa que la asunción de competencias por parte de las CCAA se realizará una vez que la Administración General del Estado ejecute el traslado del menor al país. Por ende, el inicio de la actuación protectora por parte de la Entidad Pública encargada comenzará con el retorno del niño/a al territorio nacional.

De la misma manera, en caso de surgir conflictos de competencia entre dos o más CCAA, el artículo 18.5 LOPJM establece que éstos deberán resolverse conforme a los principios de celeridad e ISM.

Finalmente, el artículo 18.6 LOPJM explica cuáles son las leyes aplicables cuando las medidas de protección decretadas en un Estado extranjero hayan de cumplirse en España. En primer lugar, se deberá estar a lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de Europa, de 27 de noviembre, o norma europea que lo sustituya.

En segundo lugar, sino existe normativa europea, se seguirán las reglas fijadas en los Tratados y Convenios internacionales en vigor para España, en particular las del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996⁵⁰⁹ o Convenio que lo reemplace. Y, por último, ante la ausencia de toda normativa internacional, se aplicarán las normas españolas de protección de menores.

A guisa de conclusión, advertimos que la determinación de la competencia en los casos de desplazamiento del menor formó parte de las acciones emprendidas por el legislador para unificar la regulación del desamparo a nivel nacional. Además, sirvió para dotar al sistema de protección de una mayor coordinación logrando que los niños/as, por más que pasen de una región a otra, no pierdan la continuidad en la prestación de los servicios de apoyo a cargo del Estado.

CAPÍTULO 2. EL DESAMPARO DE MENORES EN LA ACTUALIDAD: ANALISIS SUSTANTIVO Y PROCESAL

2.1 Consideraciones generales

En lo concerniente a la institución del desamparo, el preámbulo de la LMSPIA manifestó que “...además de lo previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor..., el anterior artículo 172 del Código Civil se desdobra en tres artículos al objeto de separar la regulación de las situaciones de desamparo (artículo 172), de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (artículo 172 bis) y de las medidas

⁵⁰⁹ *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*, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6e1076a3-dc61-4c28-a045-0f10f223118a.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

de la intervención en ambos supuestos (artículo 172 ter) mediante el acogimiento residencial y familiar”⁵¹⁰.

Recordemos que después de la reforma del CC operada en 1987, el artículo 172 fue modificado por la LOPJM y por la LAI, quedando construido como un precepto farragoso en el que se entrecruzaba el estudio de varias temáticas⁵¹¹. Por ello, en un acertado ejercicio de sistemática jurídica, el legislador de 2015 dividió su contenido en procura de analizar con más detenimiento las materias incluidas en el mismo.

Así las cosas, el actual artículo 172 CC consta de cinco apartados en los que se tocan los siguientes tópicos: la institución del desamparo, los efectos de su declaración (tutela automática y suspensión de la patria potestad) y el modo de efectuar la notificación y comunicación de la resolución que lo decreta; el derecho de oposición de los progenitores o tutores a los actos administrativos relacionados con la protección de menores; la facultad de revocación de la resolución de desamparo por parte de la Entidad Pública; la guarda administrativa provisional y las causas de cesación de la tutela *ex lege*.

Consecuentemente, el artículo 172 bis CC se refiere a la guarda voluntaria indicando cuál es la manera de constituirla, su plazo y el deber de la Entidad Pública de comunicar la resolución que acuerda tal medida al Ministerio Fiscal. Adicionalmente, explica someramente en qué consiste la guarda judicial.

A su vez, el artículo 172 ter CC especifica que la guarda se ejerce mediante el acogimiento, clasificando este último en familiar o residencial. También, hace mención al principio del ISM y a la no separación de los hermanos; crea una guarda ocasional para la recreación; y sostiene que en los casos de desamparo o guarda por resolución administrativa o judicial, la Entidad Pública podrá fijar una cantidad a cargo de los progenitores por concepto de alimentos a favor de sus hijos/as tutelados⁵¹².

⁵¹⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵¹¹ Las materias analizadas en el artículo eran: la situación de desamparo, la guarda voluntaria, el acogimiento, la tutela *ex lege* de la Administración, la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y los principios del ISM y de permanencia del niño/a en el medio de origen.

⁵¹² Un análisis exhaustivo acerca de las modificaciones realizadas a los artículos 172 a 174 CC, desde 1987 hasta la actualidad aparece en el anexo 1 de la tesis.

Como podemos ver son múltiples las cuestiones relativas a la infancia desprotegida reglamentadas en los artículos precedentes; sin embargo, por exceder del objeto de nuestra tesis, a continuación pasaremos a estudiar con mayor detenimiento únicamente los elementos conformadores de la institución del desamparo de menores.

2.1.1 *Los sujetos intervinientes en el desamparo*

El sujeto pasivo del desamparo o, dicho de otro modo, la persona susceptible de ser declarada en tal situación por la Entidad Pública competente será cualquier niño/a o adolescente sin importar que esté bajo el cuidado de uno o de ambos progenitores, que se halle sometido al régimen de tutela ordinaria, que sea cuidado por un guardador de hecho o que esté siendo guardado por la Entidad Pública a través de algún tipo de acogimiento.

En este asunto es preciso mencionar que la LMSPIA (artículo 2.27) agregó al CC el artículo 239 bis, cuyo texto indicaba que también podían ser declaradas en desamparo las personas con la capacidad modificada judicialmente. Para ello, definía la situación de desamparo de tales individuos como la que se producía de hecho cuando aquéllos quedaban privados “...de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor”⁵¹³.

Así las cosas, a partir del año 2015 los sujetos pasivos del desamparo eran tanto los menores de edad, “...como cualquier persona (independientemente de que sean mayores o menores) que tenga la capacidad de obrar modificada, por carecer de tutor o por estar desamparada”⁵¹⁴.

No obstante, mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, el legislador efectuó una reforma profunda del CC redactándose en su integridad el título XI del Libro Primero de ese cuerpo legal, que pasó a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

⁵¹³ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última revisión 1 de octubre de 2021.

⁵¹⁴ Tejedor Muñoz, L., “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, en Pous de la Flor, M. y Tejedor Muñoz, L. (coordinadoras), *Protección Jurídica del Menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 152.

El preámbulo de la aludida Ley de 2021 sostiene que uno de sus propósitos es el de sentar las bases de un nuevo sistema, en el que se respete íntegramente la voluntad de la persona discapacitada, “...de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse”⁵¹⁵.

En tal virtud, comoquiera que el artículo 239 bis CC fue retirado del ordenamiento jurídico a través de la Ley 8/2021, hoy día las únicas personas que pueden considerarse desamparadas son los menores de edad no emancipados o los igualmente menores que no estén sujetos a patria potestad (por ejemplo, los huérfanos).

Por otra parte, entre los sujetos activos del desamparo “...hay que incluir a los titulares de la patria potestad, al tutor..., a la familia o al titular que haya formalizado el acogimiento, al director del hogar en donde se esté llevando a cabo el acogimiento residencial,...a los guardadores de hecho”⁵¹⁶ y al defensor judicial.

Finalmente, el sujeto protector del menor será la Entidad Pública que en el territorio de cada CCAA tenga encomendada dicha función, de conformidad con lo prescrito en la disposición final 22 LOPJM⁵¹⁷. A su vez, cada Entidad designará el órgano encargado de ejercer la tutela del niño/a, labor que generalmente realizan las oficinas de servicios sociales de las Consejerías (o instituciones de similar naturaleza) de las autonomías.

2.1.2 El desamparo como concepto jurídico indeterminado

El concepto desamparo ha permanecido inmutable desde su incorporación en el artículo 172.1 CC mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en los siguientes términos: “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa

⁵¹⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵¹⁶ Sevilla Bujalance, J., *El menor abandonado y su protección jurídica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002, p. 68.

⁵¹⁷ “Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

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”⁵¹⁸.

Al leer el artículo anterior vemos que el CC no otorga una definición precisa del desamparo, más bien, le confiere el carácter de concepto jurídico indeterminado al no explicar qué ha de entenderse por “privación de la necesaria asistencia moral o material” del niño/a.

Recordemos que un concepto jurídico indeterminado “...es el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho (...). La ventaja de estos conceptos para la función legislativa es clara: basta fijarse en su gran capacidad de abarcar situaciones, sin necesidad de determinar claramente sus detalles o en qué consisten. De ese modo se consigue que las normas que los usan sean flexibles y duraderas, precisamente por el carácter impreciso de su enunciado, sin dejar de indicar, a la vez, suficientemente lo esencial de su *ratio*: la función del concepto indeterminado es, precisamente, expresar lo que el legislador intenta cuando ello puede darse de distintas maneras, algunas incluso desconocidas en el momento de dictar la ley”⁵¹⁹.

Así concebido, ante las múltiples causas de desprotección en las que lamentablemente pueden verse inmiscuidos los infantes, el legislador creó una definición abierta del desamparo capaz de abarcar tantos supuestos como sea dable⁵²⁰.

No obstante, la amplitud de esta institución genera cierta complejidad interpretativa ya que se debe analizar caso por caso para determinar si una situación es de riesgo o de desamparo, pudiéndose presentar eventos en los que circunstancias semejantes son afrontadas en modo diverso. Sumado a ello, el diferente tratamiento que las leyes

⁵¹⁸ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última revisión 1 de octubre de 2021.

⁵¹⁹ Miras, J., “Concepto jurídico indeterminado”, en Otaduy Guerin, J., Viana Tomé, A. y Sedano Rueda, J. (coordinadores), *Diccionario general de derecho canónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Vol. 2, 2012, p. 346.

⁵²⁰ “El concepto de desamparo es indeterminado porque el menor cae en él a consecuencia de una situación fáctica, ya que lo importante es que el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material”. SAP Alicante 159/2008, de 15 de abril, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eada3029c8f0486c/20080904>, última consulta 1 de octubre de 2021.

autonómicas dan a las situaciones de desprotección del menor es otro inconveniente a la hora de construir una definición uniforme de esta figura.

Al respecto, la SAP de Palma de Mallorca 111/2005, de 11 de marzo, estimó que: “El desamparo es un concepto jurídico relativamente indeterminado, que ha de integrarse mediante juicios de valoración, atendiendo básicamente a criterios de la legislación precedente de protección de menores,...**confiriéndose así al órgano encargado la posibilidad de una más amplia interpretación y predominio del interés del menor**” (negrita propia)⁵²¹.

Justamente, la Entidad Pública como responsable de la protección del niño/a cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de evaluar si en un caso se dan los presupuestos para la constitución del desamparo o no. En síntesis, es la mentada Entidad la que, a fin de cuentas, ajusta el concepto abstracto de desamparo a una determinada realidad⁵²².

A primera vista, esa facultad de la Administración da una sensación de inseguridad sobre todo en el marco de un sistema de derecho continental como el español. Sin embargo, las coyunturas por las que atraviesan los menores en las sociedades occidentales modernas son tan variadas que intentar encasillarlas en conceptos jurídicos cerrados resultaría una tarea imposible de desarrollar que, en todo caso, necesitaría de una constante actualización.

Empero, ante tal panorama las actuaciones de las entidades encuentran su freno en el marco común de aplicación del principio del ISM que debe primar por encima de cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, y para cuya valoración y ponderación el artículo 2.2 y 3 LOPJM plasma unos criterios y elementos generales de interpretación y aplicación, que han de ser colocados en una balanza por parte de los operadores

⁵²¹ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6eb5dbaf07ea8ffb/20050414>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵²² En relación con este asunto, la SAP de Málaga 202/2003, de 4 de abril, manifestó: “...**para apreciar la situación de desamparo se han de examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto, tendiendo fundamentalmente al interés del menor**, sin desconocer, la necesaria protección de la institución familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución...” (negrita no original). Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f315bdcb678023b6/20031113>, última consulta 1 de octubre de 2021.

jurídicos y de las administraciones públicas o instituciones privadas al decidir sobre un caso particular.

En esencia, al ser el desamparo un concepto jurídico indeterminado es necesario que sea concretado por las Entidades Públicas en la resolución mediante la que se decreta la situación y, por los Tribunales, cuando se pronuncien acerca de si la intervención de la Administración estuvo acorde o no con el principio del ISM⁵²³. En este último caso, como acabamos de mencionar y conforme a lo plasmado en la STS 407/2015, de 9 de julio⁵²⁴, no se podrán evaluar los hechos que dieron lugar a la declaración del desamparo, sino si tal decisión fue contraria o no al mentado principio.

2.2 Elementos del concepto de desamparo

Tanto la doctrina como la jurisprudencia afirman que el desamparo es una situación de hecho que, para su constitución, necesita de la concurrencia de tres elementos (también llamados presupuestos, requisitos, notas distintivas, etc.), que son:

i) *Elemento causal*: conformado por el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, contemplados en el artículo 154.1 CC (velar por el niño/a, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral).

Desglosando lo prescrito en el artículo 172.1 CC, este incumplimiento debe ser realizado por parte de los progenitores o responsables legales del menor, pudiendo adoptar diferentes grados. Así las cosas, se entenderá que hay un incumplimiento *total* cuando el niño/a se halle completamente abandonado, es decir, cuando carezca de personas que ejerzan su guarda.

⁵²³ Díez García, H., “Comentarios al artículo 172 CC”, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Dir.), *Las Modificaciones al Código Civil...*, óp. cit., p. 471.

⁵²⁴ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1f6981d4acbd1596/20150717>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Asimismo, tal incumplimiento será *inadecuado* si los deberes de protección son ejercidos de manera parcial o defectuosa; y se entenderá que es *imposible* cuando obedezca a una actitud culposa de los progenitores o ajena a su voluntad.

ii) *Elemento de resultado*: que comprende la privación de la necesaria asistencia moral o material del infante. Este requisito ha sido conocido como la parte objetiva del desamparo teniendo en cuenta que sin su existencia la configuración de la situación estaría incompleta; es decir, sino se produce el perjuicio o daño en la vida del menor (privación) la Administración debe aplicar medidas distintas al desamparo para apoyarlo, por ejemplo, declararlo en situación de riesgo.

Igualmente, de tal presupuesto deviene la indeterminación del concepto de desamparo, comoquiera que el legislador no profundiza en qué consiste la falta de asistencia moral (afectividad, relaciones personales) o material (alimentos en sentido amplio).

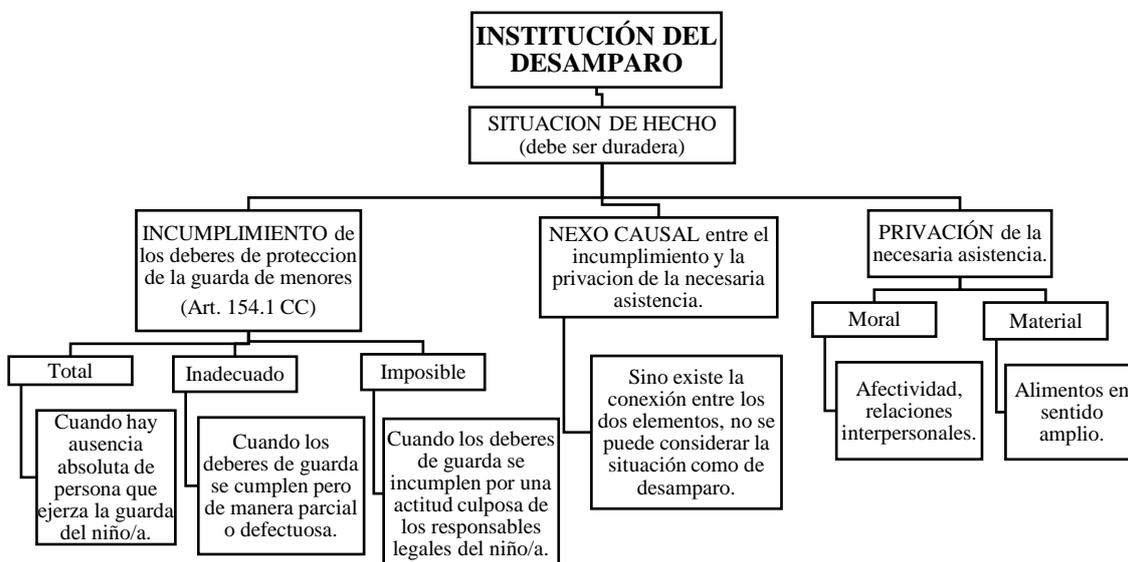
iii) *Nexo causal*: Tal requisito demanda que la privación de la necesaria asistencia moral o material del niño/a (elemento de resultado) haya sido consecuencia directa del incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección por parte de sus guardadores (elemento causal). De ese modo, si no se da una relación entre los dos elementos iniciales, es decir, si la desprotección del infante no puede atribuirse inequívocamente al incumplimiento de los responsables de su cuidado, no estaríamos ante una situación de desamparo.

La SAP Almería 14/2014, de 29 de enero, describe someramente los elementos arriba mencionados, como sigue:

“...[el desamparo] se define sustancialmente por tres notas: a) el incumplimiento de los deberes de protección, requisito que abarca no sólo los casos de un abandono absoluto del menor, carente de personas que se hagan cargo de los deberes de guarda, sino que comprende también aquellos supuestos en que los guardadores incumplen de hecho, ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevar a cabo aquellos deberes; b) la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor, tanto si incide en la esfera material (alimentos) como en la esfera moral (afectividad, relaciones personales);

y c) un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes tuitivos y la privación de la asistencia al menor⁵²⁵.

En el siguiente esquema se puede observar con más claridad la manera en que se interrelacionan los presupuestos a los que estamos haciendo mención, así:



A su turno, antes de pasar a examinar detenidamente cada uno de los requisitos del desamparo, debemos apuntar que el mismo es una situación que se produce *de hecho*. Lo anterior significa que el menor cae innegablemente en una circunstancia fáctica de desprotección, que ponderada conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad

⁵²⁵ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a7acb06795569f59/20140331>, consultado el 1 de octubre de 2021.

Frente al particular la SAP de Santander 52/2003, de 4 febrero, dijo: “...el desamparo es una situación de hecho caracterizada por dos notas esenciales: una, por un resultado, la falta de asistencia moral o material del menor, de suerte que pueda afirmarse que no está siendo debidamente atendido en sus necesidades mínimas en esos ordenes conforme a niveles común y socialmente exigibles; otra, causal, que consiste en que esa situación sea consecuencia del incumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes de protección, regulados en los arts. 154 y 269 del CCivil (...). Cuando se da un incumplimiento o un inadecuado cumplimiento de estos deberes, voluntario o no o incluso meramente negligente de estos deberes, provocado aquel resultado, esto es, que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material, puede afirmarse que se da la situación de desamparo, estando entonces la entidad pública encargada de la protección de los menores no solo autorizada sino legalmente obligada a declararlo así asumiendo la tutela automática del menor en aras a su debida protección”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/489cf0ae7aacbf32/20030711>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Otros pronunciamientos que hablan del tema son: SAP de Pontevedra 528/2012, de 18 de octubre; SAP de Cuenca 165/2009, de 3 de julio; AAP de Almería 49/2008, de 11 de junio; SAP de Cádiz 310/2007, de 14 de junio; SAP de Cádiz 21/2000, de 15 de febrero. En igual sentido se manifestó el Tribunal Constitucional en sentencias 143/1990, de 26 de septiembre; y 298/1993, de 18 de octubre.

Además, si se quiere encontrar alguna referencia doctrinal léase a: Benavente Moreda, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 15, 2011, pp. 21-22.

es lo suficientemente grave como para requerir su separación del núcleo de convivencia habitual.

Que tal institución esté así concebida entraña que para su determinación las Entidades Públicas no han de tener en cuenta las condiciones subjetivas que rodean a la familia del menor, o las intenciones de sus guardadores. Por el contrario, lo relevante para la Administración es el hecho de que el niño/a está en un estado de desprotección sin perjuicio de las razones que lo han llevado hasta ahí.

Además, pese a que el desamparo es una situación que existe por sí misma (*de facto*) es imprescindible que la Entidad Pública lo declare formalmente a través de una resolución motivada para que se produzcan los efectos de asunción de la tutela automática y suspensión de la patria potestad enunciados en el artículo 172.1 CC.

2.2.1 Elemento causal: incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores

a) Del incumplimiento en sentido amplio

Este elemento se caracteriza, *grosso modo*, porque los guardadores del niño/a no le prestan la asistencia debida. Para que se dé no es imperativo que el menor se encuentre completamente solo (abandonado) sino que, aun existiendo físicamente personas a su lado, aquéllas incumplan de hecho con los deberes de protección; los lleven a cabo de manera equivocada o inadecuada; o directamente se hallen imposibilitados para ejercerlos.

Ahora bien, apegándonos a la literalidad del artículo 172.1 CC, el incumplimiento puede presentarse en tres grados: total, inadecuado o imposible. El primero de dichos grados no presenta problemas para su concreción dado que ocurre cuando el niño/a se halla en un estado de abandono; en ese caso, su simple condición es prueba suficiente para demostrar que carece de la asistencia apropiada.

Cosa distinta ocurre al momento de definir las otras dos categorías, al ser conceptos jurídicos abiertos que pueden encerrar una mayor cantidad de supuestos de

hecho. Así pues, al hablar de un incumplimiento inadecuado, o tal y como lo dice el texto del artículo, de un “inadecuado ejercicio de los deberes de protección”, aludimos a aquellos eventos en los que los guardadores del menor cumplen con los citados deberes, pero de una forma defectuosa.

En este grado se encasillan los casos de los niños/as que, o bien son atendidos irregularmente en las dos dimensiones de la asistencia (moral y material), o son debidamente cuidados en un ámbito pero no en el otro. Podríamos citar como ejemplo el de los padres que alimentan adecuadamente a sus hijos/as (asistencia material) y a la par los someten a un maltrato psicológico continuado perjudicial para el normal desarrollo de su personalidad (asistencia moral).

Entretanto, un factor clave en este grado de incumplimiento es el de la voluntariedad del sujeto activo. Es decir, se asumirá que un guardador está ejercitando inadecuadamente sus deberes de protección cuando discrecionalmente presente “...comportamientos que sean contrarios a los sentimientos éticos de la sociedad (conductas asociales o delictivas) y aquellos otros que, produciéndose en el estricto ámbito familiar, supongan un peligro para la integridad, física o moral, del menor...”⁵²⁶.

En resumidas cuentas, el inadecuado ejercicio implica que hay un cumplimiento parcial de los deberes de protección (reflejado en que los menores reciben algún tipo de cuidado), pero la asistencia prestada por los guardadores no llega a ser lo suficientemente adecuada como para evitar que se generen perjuicios graves en la vida de éstos. Es precisamente ese cumplimiento incompleto el causante de la declaración de desamparo.

Por otra parte, en lo que concierne al incumplimiento imposible, o al “imposible ejercicio de los deberes de protección”, diremos que acontece cuando hay “...una vulneración forzosa de los deberes integrantes de la esfera personal de la patria potestad...inimputable al sujeto productor del mismo...”⁵²⁷.

En términos más simples se trata de la ausencia de cumplimiento de los deberes de guarda por causas ajenas a la voluntad de los progenitores, tales como la falta de

⁵²⁶ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., p. 135.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 138.

recursos económicos o el padecimiento de enfermedades físicas o mentales que impiden que éstos lleven a cabo su función protectora.

Sobre el particular, en la STS 384/2005, de 23 de mayo, el Tribunal denegó el recurso de casación incoado por los padres de una menor declarada en situación de desamparo, alegando que la aludida declaración estuvo ajustada a derecho comoquiera que se fundó en la imposibilidad de la madre para cumplir con sus obligaciones parentales, fruto de la enfermedad mental que aquélla padecía y que la incapacitaba para hacerse cargo de su hija⁵²⁸.

En modo semejante se pronunció la AP de Málaga en sentencia núm. 808/2015, de 21 de diciembre, argumentando que:

“...la imposibilidad del padre de ejercer las funciones de guarda está acreditada en todos los informes aportados a las actuaciones, siendo el propio progenitor el que solicita la intervención de la Administración ante la imposibilidad de dar el tratamiento adecuado a la enfermedad del hijo y procurar su escolarización. Con dicha argumentación olvida la recurrente que la situación de desamparo se produce cuando los menores estén privados de la necesaria asistencia moral o material, no solo a causa del incumplimiento en el ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, sino **también cuando ese cumplimiento sea inadecuado o imposible, circunstancia que concurre en el caso enjuiciado**” (negrita propia)⁵²⁹.

En este punto es primordial recordar que el desamparo parte de la situación de hecho de desprotección en la que se encuentra el menor, para cuya valoración no se tiene

⁵²⁸ En el mismo caso también se demostró que existió un “...Inadecuado cumplimiento de las obligaciones parentales por parte del padre, al delegar el cuidado de la menor en la Administración, mostrando desinterés e incapacidad en la resolución de la problemática familiar...”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/18c147b1433f1730/20050623>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵²⁹ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7b47c857b7641650/20160830>, última consulta 1 de octubre de 2021. Además, nos parece interesante transcribir lo expuesto también por la AP de Málaga, en sentencia núm. 1035/2020, de 30 de octubre, así: “No debemos olvidar que la declaración de desamparo no gravita solo cuando nos encontramos en casos de un abandono absoluto del menor, carente de personas que se hagan cargo de los deberes de guarda, sino que comprende también aquellos supuestos en que los guardadores incumplen de hecho, ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevar a cabo aquellos deberes, produciéndose la desprotección del menor de edad, prescindiendo de las causas que hayan producido aquel resultado de privación de la necesaria asistencia moral o material, llegándose a tal situación por actuación voluntaria o involuntaria de los progenitores en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de carencias de los padres, aun manteniendo el deseo de proteger y educar a los hijos no existe garantías que de hecho lo lleven a cabo con la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e239a10ca34c0f8f/20210219>, última consulta 1 de octubre de 2021.

en cuenta la intencionalidad de los progenitores, ni se estudia si el incumplimiento de los deberes de guarda fue imposible o no.

Recalcamos lo anterior, en la medida en que para algunos doctrinantes la declaración objetiva del desamparo era percibida como una especie de sanción a los progenitores que omitían realizar bien sus funciones. No obstante, pese a que pueda dar esa sensación, sobre todo en los casos de cumplimiento imposible, la intervención administrativa no se ejecuta con la finalidad de sancionar a los padres sino con el propósito de proteger a sus hijos/as.

En tal virtud, el carácter objetivo del desamparo descansa sobre el derecho que le asiste al niño/a o adolescente de ser protegido por la Administración cuando falla el ejercicio de la patria potestad por parte de sus encargados legales.

Aun así, el tema de la objetividad del desamparo ha sido uno de los más discutidos desde que el legislador reguló el concepto en 1987, puesto que se consideraba que su declaración “...sin tener en cuenta las circunstancias subjetivas que pueden haberlo ocasionado, conlleva una alta dosis de riesgo. Tengamos en cuenta a estos efectos la solución que el ordenamiento jurídico le conecta, esto es, la tutela *ex lege*, la cual conlleva implícitamente la suspensión de la patria potestad. Criterio mucho más equilibrado es a nuestro parecer, que se indague acerca de la raíz de aquella situación de desamparo, siendo imprescindible en este orden un análisis de la conducta de los padres o guardadores respecto del menor que tienen encomendado”⁵³⁰.

Hasta cierto punto podemos compartir el anterior argumento, ya que inclina la balanza hacia el principio de permanencia del niño/a en su medio de origen. De ese modo, si la Administración analiza la culpabilidad en la conducta de los familiares puede adoptar medidas de apoyo distintas a la declaración de desamparo, evitando la separación del núcleo familiar.

Sin embargo, para que ello sea así, es decir, para que las Entidades Públicas no recurran al decreto del desamparo, lo ideal sería que todos los casos de desprotección de

⁵³⁰ Sevilla Bujalance, J., *El menor abandonado y su protección jurídica*, óp. cit., p. 154.

menores pasaran por el estadio primigenio de la situación de riesgo. Nivel este caracterizado por la prevención, detección y reparación, en el que se intenta ofrecer un apoyo integral a la familia y a los menores.

Lamentablemente, en la realidad son muchos los casos en los que la prevención y detección fallan y para cuando la Administración tiene conocimiento de un caso particular, la desprotección del niño/a ya se ha materializado, al punto de ser procedente declarar el desamparo.

Con todo, aún en los casos de vulnerabilidad más extremos en los que decretar el desamparo no sería desproporcionado, el legislador otorga a las Entidades Públicas medidas alternativas tales como la guarda administrativa provisional plasmada en los artículos 172.4 CC y 14 LOPJM. La citada guarda se caracteriza por ser un modo de intervención rápido que permite a la Entidad de protección prestar asistencia inmediata al menor mientras constata, en un plazo breve, la situación real de desamparo, siempre bajo la supervisión del Ministerio Fiscal⁵³¹.

Conforme a lo esgrimido, desde una perspectiva práctica, no tendría por qué ser motivo de preocupación el carácter objetivo de esta figura si se tiene en cuenta la graduación de las situaciones entre riesgo y desamparo; la opción de hacer uso de la guarda administrativa provisional; así como la posibilidad de que los servicios sociales presten apoyo inmediato al menor en los casos de urgencia (artículo 14 bis LOPJM). Además, al ser el desamparo el último recurso con el que cuenta la Administración, es comprensible que su configuración legal sea más estricta.

Desde otro ángulo, la objetividad del desamparo también encuentra respaldo en uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, como es el del ISM. Al respecto, el artículo 2.4 LOPJM dice: “En caso de

⁵³¹ Tal guarda tiene un carácter cautelar; en cuanto a su procedimiento y características la doctrina ha entendido que se sigue el trámite previsto para la guarda voluntaria del artículo 172 bis CC; y entre sus efectos no está el de producir la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria como sí ocurre con la declaración de desamparo.

Ahora bien, aunque el artículo 172.5 CC establece que esta guarda cesa por las mismas causas que la tutela automática lo cierto es que no aparece referencia a su plazo máximo de duración. El artículo 172.4 CC dispone que una vez decretada las diligencias para constatar la situación real de desamparo del menor deben realizarse en el plazo más breve posible, esto es, un plazo fijado discrecionalmente por la Entidad Pública de acuerdo con su criterio y respetando el ISM.

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”⁵³².

Pese a que en la redacción del precepto anterior se hace mención al deseo del legislador de respetar los intereses de todas las personas en juego, al final el principio tiende hacia la supremacía de los intereses de los menores por encima de los demás que puedan concurrir. Partiendo desde tal perspectiva es entendible que para decretar el desamparo no se realice un análisis profundo de las intenciones de los guardadores, tanto como se busque la salvaguarda suprema de la vida de los niños/as.

Cosa distinta ocurriría si los principios rectores predominantes en el sistema de protección español fueran los de permanencia del niño/a en su medio de origen, o el de protección integral a la familia, habida cuenta que allí no se podría desligar la atención al infante de las medidas de apoyo dispuestas para el resto de integrantes de su círculo de convivencia habitual. Empero, para bien o para mal, esos no son los cimientos predominantes del sistema nacional.

Es más, el artículo 11.2.b LOPJM al ocuparse del principio de permanencia del niño/a en el medio familiar lo supedita al del ISM, estableciendo que el primero será aplicable “...salvo que no sea conveniente para su interés [el del niño/a], en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”. Dicho lo cual, se justifica todavía más la caracterización objetiva del desamparo.

En igual sentido, la SAP de Málaga 1035/2020, de 30 de octubre, hizo hincapié en la jerarquía de principios antes enunciada al hablar acerca de las condiciones que deben darse para que se produzca el retorno del niño/a al medio de origen, como sigue: “...no

⁵³² Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

obstante se exige no sólo la constatación de una evolución positiva de los padres biológicos, ni del propósito o deseo de desempeñar el rol paterno o materno adecuadamente [análisis de intenciones], sino que es necesario también que esta evolución sea suficiente para restablecer una unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor o menores, cuyo interés es el de prioritaria tutela, atribuyendo el legislador superior jerarquía a la conservación del interés del menor que al principio o derecho de reinserción en la propia familia”⁵³³.

Como comentario final, traemos a colación lo expuesto en la STS 315/2014, de 6 de junio, que expresa: “...La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por sus padres de sus deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, **se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue**”⁵³⁴ (negrita no original).

De lo anterior se desprende que al ser el incumplimiento, en cualquiera de sus tres grados, el requisito causal del desamparo, se presume que éste se da durante todo el tiempo que se halle en vigor la declaración respectiva. De manera que, en estos casos, la carga de la prueba para demostrar que las circunstancias que originaron la adopción de la medida han cesado recae en los titulares de la patria potestad.

b) *Del incumplimiento en sentido estricto: las causas del desamparo del artículo 18.2 LOPJM*

Hasta antes de la reforma de 2015, no existía en el ordenamiento jurídico español una norma de rango nacional que sirviera de marco orientador acerca de las posibles causas del desamparo; por el contrario, las Entidades Públicas tenían que apelar a la legislación autonómica, al criterio jurisprudencial de nuestros Tribunales y a su propia

⁵³³ Óp. cit., p. 5, FJ. 2.

⁵³⁴ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f15efc1c5b724804/20140613>, última revisión 1 de octubre de 2021.

discrecionalidad para evaluar si en un caso concreto se producía el incumplimiento de los deberes de protección o no.

Por esa razón, el legislador incluyó en el artículo 18.2 LOPJM una serie de hechos, acciones u omisiones, denominadas técnicamente “circunstancias”, que pueden ser causantes de la declaración de desamparo, con el fin de complementar la definición de la institución prevista en el CC⁵³⁵. Eso sí, debido al reparto constitucional de competencias entre el Estado y las CCAA, tal precepto constituye legislación supletoria de la normativa autonómica dictada en materia de asistencia social (disposición final 21 LOPJM).

Así pues, el aludido artículo 18.2 (apartado primero) LOPJM dispone: “En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor”⁵³⁶.

Partiendo del artículo precitado observamos que las circunstancias de desamparo pueden ser acumulativas o no, es decir, tanto vale que suceda una de ellas como que concurren varias. Igualmente, tienen que ser graves, lo suficiente como para representar una amenaza para la integridad física o mental del menor.

Adicionalmente, la intensidad de la circunstancia/s (su mayor o menor gravedad) debe ser valorada por la Entidad Pública mediante un juicio de ponderación conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad⁵³⁷. Precisamente, ese grado de intensidad es el que traza la línea divisoria entre las situaciones de riesgo y desamparo.

⁵³⁵ Cardona Guasch, O., “Comentario al artículo primero. Once”, en Lledó Yagüe, F., et al. (directores), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio...*, óp. cit., p. 278.

⁵³⁶ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵³⁷ “...para comprobar si una determinada actuación de los poderes públicos supera el principio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple las tres condiciones siguientes: a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, **necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)**...”. STC 89/2017, de 4 de julio, disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/25412>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Puntualizado lo anterior, advertimos que artículo 18.2 (letras a-h) LOPJM enlista ocho circunstancias que pueden conllevar al incumplimiento de los deberes de protección por parte de los guardadores del niño/a y, por ende, a la apreciación del desamparo, así:

i) *El abandono del menor (art. 18.2.a)*: hemos señalado que, de manera general, este estado se presenta “...cuando las necesidades básicas del menor no son cubiertas por ninguna persona responsable de su cuidado, con independencia de la naturaleza de las causas que provocan tal situación”⁵³⁸.

Lo destacable del artículo 18.2.a LOPJM es que amplía la percepción del concepto de abandono, al entender que un menor estará en este estado “...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”⁵³⁹.

Hilando delgado en la redacción del precepto descubrimos que las frases “no quieran ejercerla” y “no puedan ejercerla”, constituyen una referencia indirecta al incumplimiento inadecuado e imposible de los deberes de protección del artículo 172.1 CC, en su orden. De ese modo, una vez más el legislador aprovecha la oportunidad legal brindada por la reforma de 2015, para interconectar y armonizar las disposiciones de la LOPJM con las del CC.

ii) *El transcurso del plazo de guarda voluntaria (art. 18.2.b)*: Como ya hemos mencionado, esta clase de guarda ocurre cuando los progenitores voluntariamente delegan en la Administración el cuidado personal de sus menores hijos/as, al hallarse en circunstancias graves y transitorias que les impiden atenderlos (artículo 172 bis CC). Según lo estipulado en el artículo 19.2 LOPJM, dicha medida tiene una duración máxima

⁵³⁸ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., p. 137.

⁵³⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021. Al respecto, la STS 1275/2001, de 31 de diciembre, indicó: “La sentencia recurrida considera como hechos probados que, en el mes de agosto de 1991, fue constituida la tutela de los menores...por la Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid, en base a una detectada situación de abandono físico de los mismos, en cuanto carentes de persona adulta que asumiera su cuidado, no siendo ajenos a dicho estado determinados trastornos padecidos por doña María Antonieta, madre de aquellos, quién, el 28 de agosto de 1991, en comparecencia ante la Comisión demandada, manifestó su conformidad en que la Comunidad Autónoma asumiera el cuidado de los menores por carecer de medios económicos para hacerse cargo de ellos la misma madre y por existir una sospecha de drogadicción de los niños”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1ec305169145d8e7/20030808>, última consulta 1 de octubre de 2021.

de dos años, excepto que el ISM aconseje su prórroga por ser previsible el pronto retorno del niño/a a su familia.

Tal guarda desemboca en desamparo si al agotarse su plazo legal, los responsables del niño/a cuentan con las condiciones para reasumir su cuidado pero no quieren hacerlo, o bien cuando, deseando hacerse cargo de aquél, no reúnen las condiciones idóneas para tal efecto. En este último evento es fundamental que la Entidad Pública evalúe la situación global de la familia, la actitud de los progenitores, su disposición para someterse a la intervención profesional, etc., para que, de ser procedente, opere la prórroga de la guarda antes que el decreto del desamparo.

iii) *El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor (art. 18.2.c):* la incorporación de esta circunstancia, que abarca multitud de situaciones, va en armonía con lo plasmado en el artículo 15 CE que expresa: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”⁵⁴⁰.

Una de las características esenciales del riesgo al que hace mención este apartado es su “gravedad”, es decir, debe existir una probabilidad real y fuerte de que si el menor permanece en su medio de origen padecerá algún tipo de daño físico o incluso la muerte⁵⁴¹. Asimismo, en esta categoría pueden enmarcarse los hechos productores de violencia contra los menores descritos en el artículo 1.2 LPIFV, que explica:

“En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar”⁵⁴².

⁵⁴⁰ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵⁴¹ La AP de Burgos en sentencia 66/2016, de 1 de marzo, trató este tema al mantener el desamparo de dos menores, entre otras causas, por la convivencia de la madre con un condenado por delitos sexuales; consideró esa Audiencia que tal relación conllevaba a un riesgo para la integridad física de los niños/as y por ende era imposible acceder al retorno al medio familiar y a la revocación del desamparo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2ac95688bd56566/20160401>, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁵⁴² Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Precisado lo anterior, tenemos que el artículo 18.2.c LOPJM enuncia algunas conductas específicamente generadoras de ese riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, así:

- Los malos tratos físicos graves: el maltrato físico puede ser definido como “...aquél acto intencionado o no accidental, por parte de los padres o cuidadores del menor, que produce o puede provocar daños físicos en éste. Se habla expresamente, de magulladuras o maratonas, quemaduras, fracturas de cualquier tipo, torceduras o dislocaciones, heridas o raspaduras, señales de mordeduras humanas, cortes o pinchazos, lesiones internas, asfixia o ahogamiento...”⁵⁴³.

- Abusos sexuales: esta conducta supone “...contacto o interacción entre un menor y un adulto. Se distingue entre abusos sexuales con contacto físico (tocamientos, etc.) y sin contacto físico (utilización de menores para pornografía, exhibicionismo, etc.)...”⁵⁴⁴. En términos generales se incluyen dentro de esta categoría no sólo las conductas propias de abuso, sino también las que constituyen agresiones, accesos carnales, constreñimiento del niño/a a presenciar actos de carácter sexual y demás semejantes contempladas en los artículos 183 a 183 quater CP.

- 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: entendemos por acciones negligentes todas las que impliquen ausencia o retraso en la prestación de los cuidados necesarios para la buena salud física del niño/a⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., pp. 136-137. Sobre este tema consúltese la SAP de la Rioja (sección 1ª) núm. 210/2016, de 14 de septiembre.

⁵⁴⁴ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., pp. 136-137.

⁵⁴⁵ Ejemplo de esta negligencia lo encontramos en la sentencia de la AP de Oviedo 332/2015, de 18 de diciembre, cuyas consideraciones decían: “En diciembre de 2.011 debió iniciarse un expediente de protección debido a la situación de riesgo en que los dos menores se encontraban, entre otros motivos por deficiencias en la alimentación y malas condiciones de habitabilidad e higiene en el domicilio donde vivían..., poniéndose de relieve que la madre no era consciente de los problemas de sus hijos ni tan siquiera de que pasaban hambre...”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/854fe901a7a0c0b5/20160216>, última consulta 1 de octubre de 2021.

También, la SAP de Logroño 444/2020, de 5 de noviembre, expresaba como causas del desamparo las siguientes: “Viviendas mal acondicionadas con cortes de luz y continuos traslados de domicilios y de ciudades. Negligencia en la alimentación de los menores..., en los hábitos de higiene..., en la supervisión..., en la atención sanitaria. Utilización de castigos físicos por parte de la pareja de la madre hacia el niño. Y maltrato psicológico a éste y la hija mayor”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/346e3ff240e16fcc/20210127>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Identificación del niño/a como víctima de trata de seres humanos, existiendo conflicto de intereses con sus progenitores, tutores y guardadores⁵⁴⁶.

- “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”⁵⁴⁷.

- Perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal⁵⁴⁸.

iv) *El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad (art. 18.2.d)*: Así como en los casos del artículo 18.2.c LOPJM lo que se protege es la esfera física de desarrollo del niño/a, en esta letra se busca salvaguardar al menor de los posibles daños que pueda sufrir en el ámbito psicológico o interno. Por consiguiente, entre los hechos generadores de este tipo de riesgo aparecen:

- El maltrato psicológico continuado: “...en el que se incluyen actuaciones como la hostilidad verbal crónica (insultos, deprecio, amenaza de abandono, etc.) y el bloqueo constante de las iniciativas de interacción infantil”⁵⁴⁹.

- La falta de atención grave y crónica de las necesidades afectivas o educativas del menor por parte de sus progenitores, tutores o guardadores: en estos supuestos, como comentamos en otro acápite de la tesis, la ausencia de tratamiento por parte de los responsables del menor que padecen un trastorno mental grave, consumen habitualmente sustancias con potencial adictivo o presentan otras conductas adictivas habituales se valora como indicador de desamparo⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Al respecto véase el artículo 177 bis CP y la sentencia de la AP de Toledo 691/2020, de 9 julio.

⁵⁴⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021. Frente al particular se pronunció la STS 1275/2001, de 31 de diciembre.

⁵⁴⁸ Sobre el tema consúltense los artículos 157 y 158 CP, en los que se tipifica el delito de lesiones al feto.

⁵⁴⁹ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., p. 138. Consúltense además la SAP de San Sebastián 212/2015, de 27 noviembre.

⁵⁵⁰ Al respecto véanse la SAP de Navarra 436/2016, de 29 de septiembre (la madre de los menores padecía desequilibrios emocionales); STS 658/2001, de 2 de julio, SAP de León 50/2021, de 16 febrero y SAP de Jaén 371/2016, de 2 de junio (en todas uno de los padres de los menores era consumidor de sustancias con

Sobre el tema, el preámbulo de la LMSPIA aclaró que “...a los efectos del apartado d), que establece como causa de desamparo el consumo habitual de sustancias con potencial adictivo por parte de progenitores, tutores o guardadores, se entiende como habitual los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia, según las definiciones de la Organización Mundial de la Salud [OMS] o de la Asociación Americana de Psiquiatría”⁵⁵¹.

Por otro lado, aunque la LOPJM no lo diga literalmente, en esta categoría se integran las situaciones en las que los niños/as quedan desatendidos porque la persona que ostenta la patria potestad es víctima de violencia de género.

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 1.3 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*⁵⁵², la violencia de género “...comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad...”, realizado sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o parejas ligadas a ellas por relación de afectividad análoga a la conyugal, aun sin convivencia.

potencial adictivo y/o alcohol); STS 60/2012, de 17 de febrero (la madre de los menores padecía un trastorno mental grave y rechazaba el tratamiento ofrecido por la Administración); SAP de Alicante 159/2008, de 15 de abril (ambos padres padecían trastornos psíquicos que desembocaban en situaciones de violencia perjudiciales para el menor).

⁵⁵¹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>, última consulta 1 de octubre de 2021. La OMS define los tres comportamientos citados en el preámbulo, así:

“- **Abuso:** ...el abuso de sustancias psicoactivas...se define como...un modelo desadaptativo de uso de una sustancia psicoactiva caracterizado por un consumo continuado, a pesar de que el sujeto sabe que tiene un problema social, laboral, psicológico o físico, persistente o recurrente, provocado o estimulado por el consumo o consumo recurrente en situaciones en las que es físicamente peligroso. (...)

- **Consumo perjudicial:** Patrón de consumo de una sustancia psicoactiva que causa daño a la salud. El daño puede ser físico (p. ej., hepatitis por inyección de drogas) o mental (p. ej., episodios depresivos secundarios a una ingestión masiva de alcohol). El consumo perjudicial comporta a menudo, aunque no siempre, consecuencias sociales adversas. (...)

- **Dependencia:** ...Aplicado al alcohol y otras drogas, el término implica una necesidad de consumir dosis repetidas de la droga para encontrarse bien o para no sentirse mal..., la dependencia se define como un grupo de síntomas cognitivos, fisiológicos y del comportamiento que indican que una persona presenta un deterioro del control sobre el consumo de la sustancia psicoactiva y que sigue consumiéndola a pesar de las consecuencias adversas”. Organización Mundial de la Salud, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Centro de publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2008, pp. 11, 26-27 y 29, disponible en: https://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁵⁵² BOE Núm. 313/2004, de 29 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>, consultada el 1 de octubre de 2021.

Tal tipología de violencia también abarca las acciones que, con el propósito de causar daño a la víctima, se llevan a cabo sobre sus familiares o allegados menores de edad. En ese orden de ideas, sólo se podrá decretar el desamparo por esta causa si el menor queda privado de la necesaria asistencia moral y material como consecuencia de la situación de violencia de género en la que se encuentra su madre⁵⁵³.

De lo contrario, es decir, cuando no se produce la desatención del niño/a, el artículo 12.3 LOPJM ordena que las actuaciones de las Entidades Públicas estén orientadas a garantizar el apoyo pertinente para que los menores permanezcan al lado de la víctima, así como su protección, atención especializada y recuperación.

v) *El incumplimiento de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares (art. 18.2.e)*: en primer lugar, el deterioro al que hace alusión esta letra no debe concebirse únicamente como la carencia de los medios o bienes requeridos para la subsistencia física del infante, habida cuenta que la situación de pobreza de los progenitores no es motivo para la apreciación del desamparo.

Más bien, la Ley se refiere a las circunstancias, comportamientos y demás actitudes íntimas de los miembros de la unidad familiar que, desarrolladas en el interior del hogar, perjudican el desarrollo del niño/a o su salud mental. Verbigracia, los comportamientos violentos o contrarios a los valores sociales por parte de los padres; el trato agresivo entre los integrantes de la familia (discusiones, gritos, inestabilidad emocional, etc.) y cualquiera otro que, fruto de la interacción personal inapropiada entre sus parientes, sea dañino para el menor.

A raíz de lo anterior, también podrá declararse el desamparo de los menores que, pese a estar sometidos a una medida de acogimiento, en la práctica se hallan desprotegidos porque las condiciones de convivencia en el centro residencial o en la familia acogedora no son las adecuadas⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Sobre este tema, en la SAP de Bilbao 199/2014, de 21 de marzo, se decretó el desamparo de dos menores al entender que los mismos estaban sufriendo daños psicológicos graves al ver como su madre era maltratada por sus dos parejas. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ed43372a11f1f3/20140708>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵⁵⁴ Sobre el particular consúltese la STSJ de Cataluña 46/2013, de 25 de julio (recurso 32/2013).

vi) *La inducción del menor a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o a cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza y gravedad (art. 18.2.f).*

vii) *La ausencia de escolarización o la inducción al absentismo escolar (art. 18.2.g):* aquí se integran los casos en los que hay ausencia de escolarización; falta de asistencia reiterada y no justificada al centro educativo en el que el menor se halla inscrito; la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria y demás conductas que pongan en peligro la satisfacción del derecho a la educación del niño/a⁵⁵⁵.

viii) *Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor (art. 18.2.h):* aunque la normativa estatal o autonómica intenta dar un listado de las situaciones que pueden ocasionar la declaración de desamparo, lo cierto es que al ser un concepto indeterminado siempre podrán ocurrir eventos no contemplados en la Ley que, en razón al incumplimiento de los deberes de protección, provoquen la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor. Precisamente, a este sentir obedece la incorporación de esta cláusula general abierta con la que el legislador cierra el listado de circunstancias contemplado en el artículo 18.2 LOPJM.

A guisa de conclusión señalamos que, por lo general, el incumplimiento de los deberes de guarda es producido por la concurrencia de varias circunstancias. No podemos olvidar que un ambiente familiar desestructurado es el medio propicio para que surjan todo tipo de situaciones perjudiciales para el desarrollo del menor, por lo que, en raras ocasiones, el decreto del desamparo obedece a una única causa⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Consúltense la SAP de Granada 250/2005, de 7 abril.

⁵⁵⁶ La STS 84/2011, de 21 de febrero, es un claro ejemplo de la concurrencia de varias circunstancias para la declaración de desamparo, teniendo en cuenta que: “...los antecedentes del padre señalaban que era drogadicto, había sido condenado por hurtos, tenía una minusvalía reconocida del 67% provocada por diversas enfermedades producidas por el consumo de drogas y había protagonizado episodios de malos tratos a la madre;...los antecedentes de la madre...demostraban que no había estado nunca escolarizada; que no conocía la forma y cuidados que debían proporcionarse a un recién nacido; tenía una minusvalía de 71’5% debida a una deficiencia mental, agravada por su déficit cultural, por lo que precisaba una supervisión continuada de su conducta; había tenido una hija en 1990, que había dado en adopción y había permanecido durante 9 años en el sanatorio Marítimo de Gijón...”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0ced7fe234d20c29/20110310>, última consulta 1 de octubre de 2021.

c) *De los deberes de protección propios de la guarda de menores*

En los términos del artículo 154 CC, la patria potestad como conjunto de obligaciones que la Ley impone a los padres en relación con sus hijos/as menores no emancipados, comprende la protección de aquéllos en los ámbitos personal, patrimonial, de representación legal y de elección de su lugar de residencia⁵⁵⁷.

Pese a lo anterior, esto es, a que la patria potestad abarca la salvaguarda del niño/a en diversas esferas, la situación de desamparo acontece principalmente cuando los progenitores incumplen con los deberes de protección “...establecidos por las Leyes para la guarda de los menores”.

Deberes de guarda que, conforme a lo expresado por la AP de Palma de Mallorca en sentencia 111/2005, de 11 de marzo, no son otros que “...los relativos a la esfera personal del menor, que integran el contenido moral de la patria potestad...”⁵⁵⁸ y que aparecen enlistados en el artículo 154.1 CC, de la siguiente forma:

i) *Velar por el menor*: “...esta obligación comporta dar a los hijos toda clase de cuidados y atenciones, procurar su bienestar y actuar en su beneficio”⁵⁵⁹. Tarea que entraña que los padres han de hacer todo lo que esté a su alcance para asegurar el adecuado desarrollo de la personalidad de sus hijos/as, brindándoles los cuidados requeridos a nivel material, intelectual, afectivo, etc.

Además, este deber de vigilancia “...es consecuencia directa de la filiación y subsiste aunque los padres no tengan atribuida la custodia, no ejerzan la patria potestad o

⁵⁵⁷ “(...) La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado el 1 de octubre de 2021.

⁵⁵⁸ SAP de Palma de Mallorca 111/2005, de 11 de marzo, óp. cit., p. 4, FJ. 3.

⁵⁵⁹ Solé Resina, J. y Gete-Alonso y Calera, M. del C., *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 125.

incluso estén privados de la [misma]...”⁵⁶⁰. Así lo dispone el artículo 92.1 CC, al manifestar que “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”⁵⁶¹.

En igual línea, el artículo 103.1 CC establece que admitida la demanda en los procesos de separación, nulidad y divorcio, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez podrá adoptar la medida de determinar “...con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos...y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos **podrá cumplir el deber de velar por éstos** y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía” (negrita no original)⁵⁶².

Por último, dada la generalidad de este deber, en cuanto agrupa todos los ámbitos de desarrollo de la personalidad de los hijos/as, consideramos que es la base de los restantes deberes personales inherentes a la patria potestad.

ii) *Tener en su compañía al niño/a*: función que se refleja en el derecho del menor a convivir con ambos padres o, en caso de separación, a mantener contacto estrecho con el progenitor no conviviente. En sentido estricto, supone la guarda y custodia personal de los hijos/as.

iii) *Alimentar al menor*: en principio, tal mandato comprende el sustento, habitación, vestido y asistencia médica que los padres deben proveer a sus hijos/as con independencia de la filiación (por naturaleza o adoptiva) de éstos. Igualmente, es una responsabilidad que trasciende el plano material e incluye “...los medios de subsistencia indispensables para la existencia y desarrollo físico, intelectual y moral, en cuanto persona, del hijo menor. Se traduce en la obligación de asumir los gastos que deben realizarse para lograr la finalidad del desarrollo completo del menor”⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Linacero De La Fuente, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia, aspectos sustantivos: Procedimiento. Jurisprudencia. Formularios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 451.

⁵⁶¹ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado el 1 de octubre de 2021.

⁵⁶² *Ibidem* (recurso electrónico).

⁵⁶³ Solé Resina, J. y Gete-Alonso y Calera, M. del C., *Filiación y potestad parental*, óp. cit., p. 128.

Debido a ese carácter integral, los alimentos propios de la patria potestad no pueden confundirse con la obligación de alimentos entre parientes prescrita en los artículos 142 a 153 CC. A saber, los primeros constituyen un deber de naturaleza unilateral que solamente puede exigirse de los progenitores para con sus hijos/as; mientras que, la pensión de alimentos es de naturaleza recíproca y se halla sujeta a la concurrencia de ciertas circunstancias de necesidad padecidas por un familiar que reclama el auxilio de otro⁵⁶⁴.

iv) *Educar y procurar la formación integral del niño/a*: primeramente, el artículo 27.2 CE confiere a la educación el rango de derecho fundamental e indica que ésta “...tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”⁵⁶⁵.

A raíz de ello, este deber conlleva una demanda para los padres desde dos vertientes. Por un lado, tienen que educar personalmente a sus hijos/as tanto a nivel académico (hasta donde les sea posible de acuerdo con su propio nivel de conocimiento), como en los valores y principios necesarios para que aquéllos se desenvuelvan en sociedad.

Por otra parte, han de asegurarse que sus hijos/as asistan a las instituciones escolares correspondientes, prestándoles apoyo de todo tipo a lo largo de su formación y colaborando con sus maestros y tutores⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Al respecto la STC 57/2005, de 14 de marzo, aduce que: “Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes..., su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria...de los parientes con derecho a percibirlos - cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos...-, se abona sólo ‘desde la fecha en que se interponga la demanda’..., y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos (...).

Tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión: si en la de alimentos a los parientes ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista..., ya hemos dicho que la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad.

Finalmente, tampoco la forma de determinación es la misma, pues si la pensión a otros parientes se determina en función de lo que éstos necesiten estrictamente para subsistir..., los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a ‘las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento’...hasta el punto de financiar no sólo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario...”. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/ES/Resolucion/Show/5317>, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁵⁶⁵ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵⁶⁶ Solé Resina, J. y Gete-Alonso y Calera, M. del C., *Filiación y potestad parental*, óp. cit., p. 128.

Finalmente, como característica común a todos los deberes personales de la potestad parental, la STS 315/2014, de 6 de junio, sostiene que su incumplimiento ha de ser constante, grave y peligroso para los menores, al punto que la privación de dicha potestad, o su suspensión en el caso del desamparo, sea ineludible⁵⁶⁷.

2.2.2 Elemento de resultado: privación de la necesaria asistencia moral y material

Interpretando exegéticamente este elemento advertimos que la palabra “privación” denota la condición de vulnerabilidad por la que atraviesa el niño/a; dicho de otro modo, es el verbo que se usa para designar la situación jurídica en la que se encuentra el infante (estado de desprotección).

Por su parte, la “necesaria asistencia” acoge los elementos mínimos requeridos para el adecuado desarrollo del menor, es decir, los recursos físicos y humanos indispensables para que pueda crecer normalmente⁵⁶⁸. En términos jurisprudenciales, la necesaria asistencia involucra el hecho de que el niño/a sea atendido conforme a la “conciencia social más común” o de acuerdo con el “mínimo ético aceptado socialmente”⁵⁶⁹.

El pilar constitucional de dicha asistencia se haya en el artículo 39.3 CE, que asevera: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ “...la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo...”. STS 315/2014, de 6 de junio, óp. cit., p. 3, FJ. 2.

⁵⁶⁸ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., p. 142.

⁵⁶⁹ “...así se acredita con la prueba documental obrante en autos, **que el menor no sólo no es atendido conforme a la conciencia social más común, de hecho, ni la vivienda reúne las condiciones mínimas exigibles de salubridad, sino que, incluso, debido a las conflictivas relaciones entre los padres que incluyen denuncias de la madre al recurrente por malos tratos, sufre peligro su propia vida...**” (negrita no original). SAP de Málaga 202/2003, de 4 de abril, óp. cit., p. 3, FJ. 2.

⁵⁷⁰ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

A su turno, el artículo 172.1 CC especifica que la privación de la necesaria asistencia puede ser moral o material, esto es, las carencias por las que atraviesa el infante se pueden dar en alguna de esas dos áreas o en ambas.

Dentro del ámbito material la norma incluye los “...aspectos de la esfera personal de la patria potestad (o tutela) que tienen un sentido externo o de apariencia; así, se referiría a los deberes de alimento, habitación, vestidos, higiene, vigilancia, etc.”⁵⁷¹. Partiendo de ello, básicamente se asumirá que un niño/s se halla desasistido materialmente cuando no vea satisfechas sus necesidades primarias.

Por el contrario, la esfera moral presenta mayores dificultades para su delimitación, por lo que, a grandes rasgos, entendemos que esta clase de asistencia presenta las siguientes dos caras:

i) Teniendo en cuenta que el legislador al definir el desamparo utilizó la preposición “o” dentro de la frase “privados de la necesaria asistencia moral o material”, se colige que la asistencia moral se orienta a la protección de la parte interna de la persona del menor, que resulta contrapuesta a la parte material o física de su existencia.

Así concebido, el cuidado moral que los padres, tutores o guardadores deben propiciarle al niño/a comprende el cariño, atención, afecto, educación, estabilidad emocional y demás elementos que incidan en el campo psico-afectivo y emocional de su desarrollo personal.

Un poco de luz en torno a este asunto emerge al recordar algunas de las “circunstancias” generadoras de desamparo del artículo 18.2 LOPJM. En la letra d) de ese precepto se consagra como causa de desamparo el riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad. Ahí, la intención del legislador es la de salvaguardar ese componente inmaterial de la personalidad del niño/a que puede verse afectado por las conductas inapropiadas de sus cuidadores.

⁵⁷¹ Serrano Ruiz-Calderón, M., *Abandono y desamparo de menores...*, óp. cit., p. 143.

Asimismo, las letras e) y f) en las que se mencionan como causas de desamparo la inducción a la mendicidad y al absentismo escolar aluden a las carencias cognitivas o perjuicios que se producen internamente en el menor, si no adquiere las competencias educativas requeridas para desenvolverse en la sociedad de acuerdo con su edad y madurez (crear buenas relaciones interpersonales, formar una familia, aprender una profesión u oficio, etc.).

En resumidas cuentas, la correcta asistencia moral pasa por evitar que, en razón a los comportamientos de terceros, se produzcan daños psicológicos o emocionales en la persona del menor.

ii) Paralelo a lo enunciado, la asistencia moral también comporta la obligación que tienen los progenitores de educar al menor en el respeto por los principios de la moral pública. Para explicar lo anterior indicaremos que la moral, como concepto general, puede ser definida desde dos perspectivas.

Por una parte, es “...entendida como el conjunto de principios y convicciones que una persona tiene en su fuero interno para, haciendo uso de su conciencia, juzgar y valorar sus propios actos y cuanto le rodea en orden a calificarlos por su bondad o maldad [moral personal]. Y, por otra, como la moral establecida por el Ordenamiento Jurídico a la que asigna carácter público y que, junto a otros elementos que la misma ley cita, constituye el llamado orden público [moral pública]”⁵⁷².

La moral personal es individual y subjetiva; mientras que, la moral pública se compone, principalmente, por “...aquellos valores y principios que han sido específicamente incorporados al texto constitucional”⁵⁷³. En el caso de los menores, también integran la moral pública los valores contenidos en las leyes promulgadas específicamente para su protección⁵⁷⁴, tales como las que desarrollan el ejercicio de sus derechos fundamentales (educación, salud, protección contra la violencia, libertad de expresión, entre otros).

⁵⁷² Sevilla Bujalance, J., *El menor abandonado y su protección jurídica*, óp. cit., p. 81.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 89.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 91.

Ahora, en una sociedad organizada el ejercicio de la moral personal de cada sujeto encuentra su límite en la moral pública. Por consiguiente, se entenderá que un menor carece de la necesaria asistencia moral y, por ende, que se halla en desamparo, cuando a raíz del incumplimiento de los deberes de guarda se advierta que no ha recibido formación en cuanto al contenido de la moral pública o, ha sido enseñado en conductas claramente contrarias a los principios que orientan dicha moral⁵⁷⁵.

Dicho esto, las Entidades Públicas no podrán juzgar las creencias o modo de entender la vida y sociedad de los progenitores de un infante. Más bien, su intervención tendrá lugar cuando por causa de esas convicciones se genere en el niño/a un desconocimiento de la moral pública, de forma que su conducta transgreda o pueda llegar a transgredir las normas jurídicas.

En síntesis, la privación de la necesaria asistencia moral del niño/a ocurrirá porque a raíz del incumplimiento de los deberes de guarda por parte de sus responsables legales, se demuestre que aquél tiene una formación deficiente sobre los elementos de la moral pública, o porque se observe que posee carencias en la esfera psíquica o interna de su desarrollo.

De cualquier manera, tal y como sucede en el elemento causal del desamparo, la privación de la necesaria asistencia (elemento de resultado) rara vez se da en uno sólo de los ámbitos, ligándose los daños psicológicos a los físicos.

a) *El desamparo y la guarda de hecho*

Para responder al interrogante acerca de ¿cuándo se puede considerar desamparado al menor que está siendo cuidado por un guardador de hecho?, la jurisprudencia planteó dos tesis contrapuestas: “...la objetiva y la subjetiva. Para la primera, el desamparo se contempla como una situación de hecho en la que lo que prima es la desasistencia del menor; de forma que si alguien lo atiende no existe situación de desamparo. Por contra, la tesis subjetiva mantiene que si el menor no se encuentra

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 82.

atendido por las personas que ostentan la patria potestad o la tutela, existe situación de desamparo, aunque tengan cubierta su asistencia por un guardador de hecho”⁵⁷⁶.

Históricamente, la corriente subjetiva tuvo su mayor auge durante la vigencia de la Ley 7/1970, de 4 de julio, habida cuenta que lo importante era impedir que los padres que abandonaban a sus hijos/as, entregándolos a un tercero, perjudicaran la constitución de la adopción de los infantes.

En ese entonces, se diferenciaba entre la adopción de los menores abandonados y la de los que no lo eran. Para la primera no era necesario recabar el asentimiento de los padres o del tutor del niño/a bastando solamente con su audiencia, mientras que, para la segunda era imperioso obtener el mentado asentimiento.

Así pues, el legislador consideraba que si los padres no suplían personalmente las necesidades de sus hijos/as, por mucho que existiera un guardador de hecho, no había razón de peso para concederles el “privilegio” de oponerse al trámite de adopción, como una sanción por el abandono que habían provocado.

Posteriormente, con la introducción en nuestro ordenamiento de la institución del desamparo y la eliminación del abandono, las sentencias de las Audiencias Provinciales comenzaron a aplicar indistintamente la vertiente subjetiva y objetiva, generándose una disparidad de criterios a nivel jurisprudencial⁵⁷⁷.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Supremo mediante la ya citada STS 582/2014, de 27 de octubre, sentó doctrina en torno a esta materia al indicar que “...cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas

⁵⁷⁶ STS 582/2014, de 27 de octubre, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6de9fe6eafd70102/20141107>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵⁷⁷ Para la tesis objetiva véanse: SAP de Cádiz 183/2004, de 23 de diciembre y SAP de Pontevedra 376/2013, de 15 de octubre. Para la tesis subjetiva consúltese: SAP de Burgos 491/2012, de 28 de diciembre y SAP de Cantabria 52/2003, de 4 de febrero.

al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”⁵⁷⁸.

El Alto Tribunal explicó que la guarda de hecho, al ser una institución en la que una persona asume el cuidado de un menor voluntariamente y sin que medie ninguna obligación jurídica, debe tener un carácter transitorio. Por ello, previamente a declarar el desamparo lo correcto es evaluar las circunstancias de cada caso y, en particular, las intenciones de los guardadores.

Decía la sentencia que si estudiando un caso a la luz del ISM, se comprueba que los guardadores reúnen las condiciones de idoneidad para atender al menor y, además, forman parte de su familia extensa, antes que declarar el desamparo hay que pensar en la adopción de una medida más estable como por ejemplo el acogimiento. Por el contrario, si al ponderar las circunstancias particulares del caso se demuestra que los guardadores persiguen deseos reprochables o económicos con el cuidado del niño/a, la declaración de desamparo resulta más que procedente.

Inferimos de lo expuesto que la doctrina del Tribunal Supremo no se centró en decir si lo correcto era aplicar la vertiente objetiva o subjetiva de la guarda de hecho, sino en condicionar el decreto del desamparo al análisis ponderado de los hechos específicos de cada caso, siguiendo los criterios de evaluación y aplicación del ISM.

Posteriormente la LMSPIA, y recientemente la Ley 8/2021, de 2 de junio, intentaron solventar el vacío legal en torno a este tema, al especificar en el actual artículo 237.2 CC (antes 303 CC) que “**Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia [la guarda de hecho], se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172.** 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” (negrita propia)⁵⁷⁹.

En ese orden de ideas, hoy por hoy la declaración de desamparo de un menor cuidado por un guardador de hecho no procede de manera automática (vertiente

⁵⁷⁸ STS 582/2014, de 27 de octubre, óp. cit., p. 8, FJ. 10.

⁵⁷⁹ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

subjetiva), sino que es deber de las Entidades Públicas verificar si, a la par de la guarda de hecho, se da el requisito de resultado de privación de la asistencia (vertiente objetiva). De no producirse la aludida privación, en principio, no sería viable el decreto del desamparo.

Ahora, a pesar de que el artículo favorece la aplicación de la tesis objetiva de la guarda de hecho, tal precepto debe ser interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial. Por esa causa, los jueces y la Administración pueden apartarse de esa objetividad cuando en el examen ponderado de las circunstancias del caso concreto descubren que, pese a que el menor está debidamente asistido, la medida de guarda de hecho contraviene su interés superior⁵⁸⁰.

2.3 La actuación administrativa luego de la declaración de desamparo

El procedimiento para efectuar la declaración de desamparo es de naturaleza administrativa. Conforme a lo estipulado en el artículo 13.1 LOPJM: “Toda persona o autoridad, especialmente aquellas que por su profesión, oficio o actividad detecten una situación de riesgo o posible desamparo de una persona menor de edad, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”⁵⁸¹.

Así las cosas, el aludido procedimiento inicia cuando un particular, otro organismo o directamente sus propios trabajadores, informan a la Entidad Pública acerca de la potencial situación de desprotección en la que se halla un infante residente en su territorio.

⁵⁸⁰ Por ejemplo, en la STS 747/2016, de 21 de diciembre, se declaró en desamparo a una menor sometida a guarda de hecho al comprobarse que, aunque aquélla se hallaba debidamente asistida, su entrega al guardador había sido realizada en modo ilícito. El Tribunal relató que: “En el caso se reconoce y se acredita la desatención moral y material de la madre hacia su hija desde su nacimiento y la entrega de la niña a una persona que nunca estuvo en el seguimiento previo al parto de la madre por parte de los servicios de la Junta y que se hace cargo inicialmente de la niña (‘de un modo ilícito, si no penalmente si al menos civilmente’, como reconoce la sentencia), a espaldas de la Administración, garante por ministerio de la ley del interés superior del menor, a la que se hurta de la posibilidad de evaluar la idoneidad de la persona a cuyo cargo se pone, según el artículo 22.2 de la LO 1/1996...”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8e72dae7f0c7c60f/20170102>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵⁸¹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Recibido el aviso correspondiente, la mentada Entidad debe realizar las actuaciones pertinentes para comprobar si, en efecto, se cumplen los presupuestos para el decreto del desamparo. De ser así, aquélla debe emitir una resolución administrativa en la que aprecie la situación.

Al respecto, la ya citada SAP de Alicante 159/2008, de 15 de abril, aclaró que “...la declaración de la situación de desamparo, con la consiguiente constitución de la tutela ex lege y la adopción de las medidas de protección necesarias para la guarda del menor precisa de una resolución administrativa, recaída en un procedimiento de esta clase en el curso del cuál, y comprobado el desamparo, la entidad pública competente emitirá el correspondiente acto administrativo. Tal procedimiento habrá de acomodarse a las disposiciones dictadas en la materia por las distintas Comunidades Autónomas o, de no existir normativa, a las reglas generales del procedimiento administrativo”⁵⁸².

En lo que atañe a la comunicación y notificación de la mentada resolución, la LMSPIA no se alejó sustancialmente de lo ya establecido en la LOPJM. Así pues, reformó el texto del artículo 172.1 CC en el sentido de ordenar a la Entidad Pública que comunicara dicha resolución, además de al Ministerio Fiscal, al Juez que hubiera acordado la tutela ordinaria.

También, incluyó al menor afectado, cuando tuviere suficiente madurez y fuere mayor de doce años, dentro del listado de personas que tenían que ser notificadas de tal acto administrativo (progenitores, tutores o guardadores). En cuanto al tiempo para practicar la notificación, se mantuvo el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a su expedición.

Preferiblemente, la notificación ha de hacerse en forma presencial, brindándole a los sujetos intervinientes información clara, comprensible y en formato accesible y, en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez.

A su vez, la resolución de desamparo tiene que contener, por lo menos, una indicación de la normativa aplicable, de las causas que dieron lugar a la intervención

⁵⁸² SAP de Alicante 159/2008, de 15 de abril, óp. cit., p. 2, FJ. 1.

administrativa, de los efectos de la misma, de los recursos legales que contra ella proceden, de las medidas adoptadas en relación con el menor y del modo en que se ejercerá la guarda del niño/a (acogimiento familiar o residencial).

Sumado a ello, cuando sea procedente, tal acto administrativo debe regular cómo se llevará a cabo el régimen de visitas del niño/a con sus familiares. Por regla general, los hijos/as menores gozan del derecho a relacionarse con sus padres, pese a que éstos no ejerzan la patria potestad.

No obstante, acorde con lo prescrito en el artículo 160 CC, dicho derecho puede ser limitado por el juez o por la Entidad Pública competente en materia de protección de menores. Así, el artículo 158.6 CC asevera que el Juez está facultado para suspender cautelarmente el régimen de visitas con la única finalidad de “...apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”⁵⁸³.

Por su parte, el artículo 161 CC sostiene que “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, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal...”⁵⁸⁴.

Adicionalmente, ese artículo señala que el menor, sus familiares o el Ministerio Fiscal podrán oponerse a la resolución por medio de la que se decida suspender el aludido régimen, siguiendo las reglas fijadas en la LEC⁵⁸⁵.

⁵⁸³ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵⁸⁴ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁵⁸⁵ El Tribunal Supremo en sentencia 321/2015, de 18 de junio, fijó como doctrina jurisprudencial que: “La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/647f3afcfef6bbc/20150626>, última consulta 1 de octubre de 2021. Al respecto véase también la STS 286/2016, de 3 de mayo, recurso 1357/2015.

Ahora bien, una vez que se ha emitido y notificado en legal forma la resolución de desamparo, el artículo 19 bis LOPJM (añadido por el 1.13 LMSPIA) encarga a la Entidad Pública la tarea de elaborar un “plan individualizado de protección”, en el que se marcaran los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención que se llevaran a cabo con el menor y su familia.

Si del pronóstico de la situación se advierte la opción de que niño/a retorne a su medio de origen, en el aludido plan se incorporará, además, un programa de reintegración familiar. Para tales efectos, el artículo 19 bis.3 LOPJM estipula cuales son las condiciones que deben acontecer para que se produzca el citado retorno, como sigue:

“Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado **una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar**, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. **En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno**, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. (...)” (negrita no original)⁵⁸⁶.

En igual línea, el artículo 19 bis.4 LOPJM dispone que “Cuando se proceda a la reunificación familiar, la Entidad Pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor”⁵⁸⁷.

Explicado lo anterior, inferimos que el espíritu del artículo 19 bis LOPJM fue el de respetar el principio de prioridad de la familia natural. Con ese fin el legislador impuso a la Entidad Pública la obligación de diseñar el plan individualizado de protección y, de

⁵⁸⁶ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, revisado el 1 de octubre de 2021.

⁵⁸⁷ *Ibidem* (recurso electrónico). Un ejemplo de ese apoyo posterior de la Entidad Pública lo encontramos en la STS 84/2011, de 21 de febrero, en la que luego de declarar el desamparo de un menor, se revocó dicha resolución y se otorgó la custodia a su padre bajo la vigilancia de la Administración. Específicamente, el Tribunal manifestó: “A estos efectos hay que recordar que en la sentencia: a) se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; b) la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada...; c) el art. 172.4 CC considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y d) **y seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación**” (negrita propia). Óp. cit., p. 4, FJ. 4.

ser procedente, el programa de reintegración familiar y los apoyos posteriores a la reunificación.

En igual modo, tal precepto también se erigió como un mecanismo para asegurar que, si redundaba en interés del niño/a, la Entidad Pública realice un trabajo integral y conjunto con éste, sus progenitores y demás familiares en pro de conseguir el regreso al núcleo de convivencia habitual.

Con todo, son comunes los eventos en los que los progenitores se muestran reticentes, con causa o sin ella, a cumplir con las responsabilidades a ellos asignadas en los planes individualizados de protección, provocando el fracaso de la intervención sociofamiliar trazada por la Administración. En esas circunstancias, la Entidad Pública deberá adoptar medidas estables y duraderas para proteger al niño/a, tales como la guarda con fines de adopción, el acogimiento permanente o, en casos más severos de falta de asistencia, la propuesta de adopción⁵⁸⁸.

Un respaldo de lo anterior, esto es, de la necesidad de adoptar una medida permanente de protección tras el fracaso de los planes de intervención familiar, aparece en el artículo 12.1 LOPJM, que expresa: “En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, **las estables frente a las temporales** y las consensuadas frente a las impuestas” (negrita propia)⁵⁸⁹.

Conforme a lo transcrito, si de la situación particular del caso se previene que el retorno a la familia de origen devendrá imposible, las Entidades Públicas han de evitar que los niños/as demoren demasiado tiempo sometidos a medidas de asistencia

⁵⁸⁸ Las siguientes sentencias muestran ejemplos de casos en los que se dio un fracaso de los planes de intervención familiar:

- SAP de Logroño 444/2020, de 5 de noviembre: “No se acredita que las deficiencias, asistenciales educacionales y de todo orden apreciadas en relación con la atención de los menores, puedan ser superadas por los progenitores, dado el nulo éxito de los planes de intervención por los Servicios Sociales realizados respecto a los mismos, según el expediente administrativo unido al procedimiento...”. Óp. cit., p. 6, FJ. 3.

- SAP de Málaga 1035/2020, de 30 de octubre: “...no sólo antes sino también después de la declaración de desamparo...y la declaración de acogimiento familiar temporal del menor se ha llevado a cabo una intervención sociofamiliar tendente precisamente a la reintegración del menor con sus padres biológicos, que no ha dado los frutos deseados..., [los padres incumplieron]...no acudiendo a citas, no abriendo la puerta en las visitas domiciliarias, no acudiendo al centro a pedir información sobre el proceso, no cumpliendo el régimen de relaciones personales establecido con el menor desde el Servicio de Protección de Menores...”. Óp. cit., p. 10, FJ. 3.

⁵⁸⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, revisado el 1 de octubre de 2021.

transitorias, como las que se suelen adoptar durante el transcurso de los planes de intervención familiar, habida cuenta de su derecho a crecer en el seno de un núcleo familiar definitivo, seguro e idóneo.

2.4 La revocación del desamparo y el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

2.4.1 Disposiciones generales

En un acápite previo de la tesis explicamos que la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, adicionó al artículo 172 CC los apartados 7 y 8, que incorporaron dos figuras con las cuales era dable atacar la firmeza de la resolución del desamparo: la revocación y la oposición. Tras la reforma de 2015, el legislador mantuvo ambas figuras dentro del ordenamiento jurídico, con la salvedad de que ahora forman parte de los apartados 2 y 3 de ese precepto.

La diferencia principal entre la revocación y la oposición radica, en palabras de Benavente Moreda, en que la primera “...implica que la causa de desamparo existió, pero las circunstancias han cambiado..., [mientras que] la segunda supone que la Administración erró en su apreciación, que la causa nunca existió como tal”⁵⁹⁰.

Al respecto la STS 800/2011, de 14 de noviembre, explicó que el artículo 172.2 CC “...contiene dos reglas que abarcan dos posibilidades distintas: a) la recuperación de la patria potestad suspendida, por la sobrevenida de nuevas circunstancias [revocación], y b) la oposición a cada una de las medidas que la administración tome en relación a los menores desamparados, sin que ello comporte la recuperación de la patria potestad. Estas dos acciones no son incompatibles porque se refieren a supuestos distintos”⁵⁹¹.

Puntualizado lo anterior, en lo relativo a la revocación la LMSPIA siguió previendo que, “Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución

⁵⁹⁰ Benavente Moreda, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores...”, óp. cit., p. 45.

⁵⁹¹ STS 800/2011, de 14 de noviembre, óp. cit., p. 4, FJ. 3.

administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida..., o los tutores que...tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela”⁵⁹².

Como novedad en torno a este aspecto, tenemos que la LMSPIA incluyó al tutor suspendido en el ejercicio de la tutela dentro de las personas legitimadas para deprecar la citada revocación. Igualmente, el artículo 172.3 CC también se refirió a esta figura al manifestar que “La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal”⁵⁹³.

Así las cosas, comprendemos que la figura de la revocación cuenta con dos posibilidades de ejercicio; por un lado, es un mecanismo con el que cuentan los progenitores o el tutor para, en el plazo de dos años, pedir la recuperación de la patria potestad y la finalización de la declaración de desamparo. Por otro lado, transcurridos esos dos años, la opción de que se retrotraiga la decisión de desamparo y se devuelva la patria potestad a los interesados continua en vigor, pero con la salvedad de que sólo la Entidad Pública podrá hacer uso de ese derecho, si y solo si entiende que es lo más conveniente para el ISM⁵⁹⁴.

Enfocándonos en la figura de la oposición, el artículo 172.2 CC aduce que “durante el mismo plazo [2 años] podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor”⁵⁹⁵. Observamos de lo transcrito que la LMSPIA no

⁵⁹² Artículo 172.2 CC, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁵⁹³ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁵⁹⁴ La revocación oficiosa por parte de la Entidad Pública, “...sería aplicable a esos casos recuperables en los que fuera necesario un programa de colaboración entre la Administración y los progenitores, destinado a su rehabilitación, pero cuyo periodo de duración excediera los dos años. Así, se respetaría el derecho del menor a su familia natural, puesto que se devolvería con todas las garantías, al tiempo que los poderes públicos cumplirían su función protectora manteniendo el desamparo durante el tiempo necesario hasta que se superaran las causas que lo provocaron”. Boccio Serrano, M., *El derecho del niño a la familia natural...*, óp. cit., p. 382.

⁵⁹⁵ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

hizo cambios sustanciales sobre dicha figura, conservando las estipulaciones del antiguo artículo 172.7 CC.

Análogamente, tampoco sufrió alteración alguna la prescripción de que, una vez agotado el plazo de dos años, decaería el derecho de los progenitores o el tutor para solicitar u oponerse a las decisiones o medidas tomadas respecto de los niños/as; sin embargo, el artículo 172.2 CC les concedió la oportunidad de facilitar información a la Entidad Pública o al Ministerio Fiscal sobre cualquier mutación en las causas que fundaron la declaración de desamparo, por fuera del mentado lapso.

La alternativa de proporcionar información al Ministerio Fiscal atiende al hecho de que, pasados los dos años, únicamente dicho ente “...estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública”⁵⁹⁶. En tal virtud, siendo ese órgano el vigilante de la situación del niño/a, los interesados pueden acudir al mismo para intentar retrotraer la decisión administrativa por fuera del plazo de caducidad.

A su turno, el interés en dispensar información a la Entidad Pública acerca de la mejora en las condiciones de los interesados, reposa en la facultad oficiosa para revocar su propia resolución de desamparo, a la que ya hemos hecho alusión.

Ahora bien, como puntos comunes a la revocación y a la oposición señalamos que la presentación de cualquiera de estas dos acciones, no interrumpe la ejecutoria del acto administrativo mediante el que se decreta el desamparo; a raíz de ello, las medidas tomadas respecto del menor deberán llevarse a cabo aunque los progenitores o el tutor no las compartan⁵⁹⁷.

Asimismo, el plazo de dos años para que los legitimados ejerciten las citadas acciones, no es impedimento para que la Entidad Pública decrete las medidas de

⁵⁹⁶ Artículo 172.2 CC. *Ibidem* (recurso electrónico).

⁵⁹⁷ “...puesto que, por tratarse de un acto administrativo, el mismo está revestido de la presunción de legalidad con la consiguiente ejecutividad. Incumbe, por tanto, a los afectados por la resolución de la entidad pública, la carga de impugnarla a posteriori ante la jurisdicción civil, sin que ello obste, desde luego, a la ejecutividad del acto venciendo incluso la resistencia que pudieran oponer los padres o guardadores en orden a obstaculizar la medida de protección acordada e, interviniendo de inmediato si hubiere peligro para la vida e integridad del menor o se vulneraran gravemente sus derechos y solicitando, en su caso, de la autoridad judicial, la adopción de las medidas precisas para hacer efectiva la decisión administrativa”. SAP de Alicante 159/2008, de 15 de abril, óp. cit., p. 2, FJ. 1.

protección que más convengan al niño/a, incluso, la propuesta de adopción. El artículo 172.2 CC explica que si al ponderar la situación del menor existe un pronóstico fundado de no retorno a la familia de origen, pueden seleccionarse medidas de protección duraderas sin que ello atente contra el derecho de los progenitores o el tutor a contradecir el acto administrativo de desamparo.

2.4.2 Las fases del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

El procedimiento de oposición contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores se encuentra regulado en los artículos 779 y 780 LEC. Primeramente, el artículo 779 LEC expresa que tales procesos tienen un carácter preferente, por lo que “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”⁵⁹⁸.

La determinación del anterior plazo, introducido en la LEC por la disposición final 9ª LPIFV, surgió como respuesta al problema de la falta de celeridad que suele caracterizar estos asuntos. Antes de la reforma de 2021 era común que los procedimientos de oposición se extendieran en el tiempo, y para cuando se dictaba la sentencia correspondiente, la reintegración familiar tornaba imposible.

Así, se daban casos en los que el tribunal resolvía en modo favorable la oposición incoada por los demandantes, pero por el transcurso del tiempo no resultaba conveniente para el interés del menor desestimar la adopción, el acogimiento familiar permanente o cualquier otra medida adoptada en favor de éste. Por consiguiente, aunque se reconocía que las Entidades Públicas habían fallado al apreciar el desamparo, ya no era dable rebobinar el *statu quo* debido a que el niño/a estaba plenamente integrado en otro núcleo familiar.

⁵⁹⁸ Al respecto, el artículo 753.3 LEC señala: “Los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad con medidas judiciales de apoyo en las que se designe un apoyo con funciones representativas, o esté en situación de ausencia legal”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Siguiendo con el estudio, el citado artículo 779 LEC manifiesta que la competencia para el conocimiento de estos procesos recae en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de adopción, en el Tribunal del domicilio del adoptante.

El criterio de asignar la competencia territorial según el domicilio de la Entidad Pública, se viene usando en nuestro ordenamiento jurídico desde que el artículo 6º de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificara el 63.16 de la entonces vigente LEC-1881. De ese modo, tal distribución competencial ha perdurado a lo largo de los años, trasladándose de una ley rituaría a otra.

Por su parte, en lo relacionado con la legitimación activa, el artículo 780.1 LEC complementa lo dispuesto en el artículo 172.2 CC, al exponer que podrán oponerse a las resoluciones administrativas, siempre que tengan interés legítimo y directo en el proceso, tanto los padres como los menores afectados, tutores, guardadores, acogedores, el Ministerio Fiscal y demás personas a las que se les otorgue tal legitimación (abuelos, tíos, un guardador de hecho, etc.)⁵⁹⁹.

Cuando se trate de la intervención del menor, el artículo 780.1 LEC precisa que éste deberá formar parte y ser oído en el proceso conforme a los parámetros de la LOPJM, es decir, respetando las pautas del artículo 9 y demás relacionados con esa norma. En igual forma, su participación se realizará por medio de sus representantes y, si existen intereses contrapuestos entre aquéllos y el niño/a, a través del defensor judicial legalmente designado para el efecto.

Por el contrario, la legitimación pasiva corresponderá la Entidad Pública de protección de menores, por ser aquella la que dicta las resoluciones objeto de impugnación⁶⁰⁰. Paralelamente, en este tipo de procesos la intervención del Ministerio Fiscal será preceptiva al estar implicadas personas menores de edad (artículo 749.2 LEC).

⁵⁹⁹ Sobre el tema véase la SAP de Soria 109/2016, de 10 de octubre, en la que se concede a la abuela de tres menores la legitimación para oponerse a la resolución administrativa mediante la que los servicios sociales rechazaban su ofrecimiento para convertirse en guardadora de sus nietas. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f3cbeb673e6b968/20161122>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁰⁰ Aunque la Ley no lo exprese textualmente, puede entenderse que algunas de las resoluciones administrativas que pueden ser atacadas mediante este proceso son: "...la que declara al menor en situación

En lo referente al término con que cuentan las partes para formular la oposición, la LMSPIA unificó en dos meses el citado plazo (artículo 780.1 LEC) eliminando la diferenciación prevista en la LAI, que concedía tres meses para oponerse a la resolución que decretaba el desamparo y dos meses para el resto de resoluciones.

Aquí hemos de realizar una precisión. En la práctica forense se produjo una confusión entre el término de dos meses estipulado en la LEC para formular la oposición contra las resoluciones relacionadas con menores, y el plazo general de dos años prevenido en el artículo 172.2 CC. Ello fue así, porque este último artículo después de explicar lo atinente a la acción de revocación, sostiene que “durante el mismo plazo [los interesados] podrán **oponerse** a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor” (negrita propia)⁶⁰¹.

Dicho lo cual, se llegó a creer que los progenitores, el tutor y demás legitimados contaban con el plazo de dos años para incoar la oposición respectiva. Empero, la jurisprudencia se encargó de aclarar la aparente contradicción del legislador argumentando que existen dos tipos de acciones de impugnación, así:

“a) Las que, con la terminología legal, cabe denominar acciones de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Dentro de ellas cabe subdistinguir la acción de oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela por ministerio de la ley, a ejercitar en el plazo de tres meses [actualmente dos] contados desde la notificación de la resolución..., y la acción de oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores, a ejercitar en el plazo de los dos meses siguientes a su notificación (...).

b) La acción de recuperación del pleno ejercicio de la patria potestad y extinción de la tutela legal de la Entidad Pública, que tiene por objeto solicitar la revocación de la declaración de desamparo y extinción de la tutela legal, el cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad (acordada ‘ex’ art. 172,1...CC) y la atribución de la custodia del menor a uno o ambos progenitores. El plazo para el ejercicio de esta acción (art. 172,7 CC), es el de caducidad de 2 años”⁶⁰².

de desamparo, la...denegatoria de la solicitud de que se deje sin efecto la tutela asumida por la Administración, la...que deniega la petición de cese de la tutela administrativa, la...que deniega la petición de cese de la guarda voluntaria, la...denegatoria de la petición de modificación del régimen de visitas, la...que deniega la petición de cesación del acogimiento familiar, la...que acuerda la reducción o supresión del régimen de visitas del menor acogido o la resolución administrativa en la que se acuerde cualquier medida educativa con la que se discrepe”. Boccio Serrano, M., *El derecho del niño a la familia natural...*, óp. cit., pp. 322-323.

⁶⁰¹ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁰² SAP de Pontevedra 503/2012, de 5 de octubre, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5bd9e987bdff1425/20121127>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Relatado lo anterior queda claro que el término de dos años opera para la acción de revocación, y que el plazo de dos meses se aplica a la acción de oposición contra las resoluciones administrativas concernientes a la protección del menor, entre las que aparece la que decreta el desamparo.

Sin embargo, cuando el artículo 172.2 CC expresa que el derecho de los progenitores para solicitar u oponerse a las medidas adoptadas en relación con el menor decae transcurridos dos años, lo que intenta decir es que después de ese plazo general ya no podrán impetrar ninguna de las dos acciones de impugnación establecidas en la Ley, ni la revocación, ni la oposición⁶⁰³.

Imaginemos el caso de un progenitor que pretende oponerse a la resolución mediante la que se decreta el acogimiento permanente de su menor hijo/a. si ese acto administrativo le fue notificado dentro del lapso de dos años desde la notificación de la resolución de desamparo, aquél tendrá dos meses para formular la oposición respectiva. Por fuera de ese término, ya no se podrá oponer a ninguna medida adoptada sobre el menor⁶⁰⁴.

Pasando al análisis netamente procesal, tenemos que el artículo 780.2, 3 y 4 LEC señala que el procedimiento de oposición está compuesto por las siguientes etapas:

i) *Escrito inicial y testimonio del expediente administrativo*: frente a este tema, el artículo 780.2 y 3 LEC explica lo siguiente:

⁶⁰³ “La distinción entre ambos tipos de acciones de impugnación ha sido reflejada por el legislador en el inciso inicial del art. 172,7...CC [hoy 172.2 CC] al decir: ‘Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor’. El derecho de solicitud hay que entenderlo referido al cese de la suspensión aludida en el mismo art. 172,1...[revocación], y la oposición, en una interpretación lógica y sistemática con las demás disposiciones del art. 172 CC, al recurso contra las resoluciones administrativas en materia de protección [oposición]”. *Ibidem*, p. 4, FJ. 3.

⁶⁰⁴ “Ahora bien, pasados esos dos años y aunque los progenitores sigan ostentando la patria potestad, no sólo decae la posibilidad de revocar el desamparo, sino que además, jamás podrán oponerse a ninguna decisión que tome la Administración en relación a sus hijos (art. 172. 2...C.c.), solamente pueden facilitar información a la Entidad pública y al Fiscal, de los cambios de circunstancias que se hayan producido en relación a las causas que provocaron el desamparo”. Boccio Serrano, M., *El derecho del niño a la familia natural...*, óp. cit., p. 373.

“2. El proceso de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores se iniciará mediante la presentación de un escrito inicial en el que el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone.

En el escrito consignará expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa y manifestará si existen procedimientos relativos a ese menor.

3. El Letrado de la Administración de Justicia reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de diez días.

La entidad administrativa, podrá ser requerida para aportar al Tribunal antes de la vista, las actualizaciones que se hayan producido en el expediente del menor”⁶⁰⁵.

En primer lugar, estos procesos empiezan no con la presentación de una demanda formal, sino con la radicación de un escrito sucinto para el que apenas se prevén requisitos. El motivo de ello es que, normalmente, por ser actuaciones reservadas en las que se cuida el derecho a la intimidad de los menores, los actores no suelen poseer acceso al expediente administrativo en que se fundamenta la declaración de desamparo o la resolución con la que estén en desacuerdo.

En ese sentido, ante la limitada información con la que aquéllos cuentan, mal habría actuado el legislador al exigirles la formulación de una demanda con pretensiones detalladas y específicas.

Por esa causa, la Ley determina que “Una vez presentado el escrito inicial ante el órgano competente, éste deberá admitirlo siempre que se refiera a una resolución administrativa en materia de protección de menores y se haya presentado dentro del plazo..., a través de [un] auto...cuyo contenido no se agota solamente en acordar la incoación del procedimiento sino que traerá consigo además la remisión de un oficio a la Entidad administrativa para que aporte a los autos un testimonio del expediente administrativo...”⁶⁰⁶.

La reclamación del testimonio del expediente administrativo subsana la carencia de información de los actores, permitiéndoles redactar posteriormente una demanda con

⁶⁰⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁰⁶ González Pillado, E., “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *InDret: revista para el análisis del derecho*, Núm. 2, 2008, p. 28, disponible en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/124250/172223>, última consulta 1 de octubre de 2021.

todas las formalidades legales⁶⁰⁷. Además, considerando que los actores en estos procesos generalmente son personas en riesgo de exclusión social y con bajos niveles educativos, resulta razonable que inicien el trámite de una manera sencilla para luego, con toda la documentación pertinente y asesorados por profesionales⁶⁰⁸, incoar correctamente la demanda.

ii) *Presentación de la demanda y contestación*: el artículo 780.4 LEC dispone que “Recibido el testimonio del expediente administrativo, el Letrado de la Administración de Justicia, en el plazo máximo de cinco días, emplazará al actor por diez días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753”⁶⁰⁹.

A su vez, el citado artículo 753.1 LEC dice que: “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405”⁶¹⁰.

De lo transcrito se desprende que, en lo no regulado específicamente por la Ley, el procedimiento de oposición seguirá las reglas del juicio verbal. Por ende, para saber los extremos que ha de contener la demanda hay que remitirse al artículo 437.1 LEC que enuncia: “El juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario, siendo también de aplicación lo dispuesto para dicho juicio en materia de preclusión de alegaciones y litispendencia”⁶¹¹.

En consecuencia, la demanda en los procesos de oposición contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores seguirá las pautas del artículo 399

⁶⁰⁷ “Así, siendo consciente el legislador de que el actor no podrá fundamentar debidamente su pretensión si no cuenta con todos los documentos incorporados al expediente administrativo, se prevé que el proceso se inicie mediante un escrito no fundamentado para que después, una vez conocido el expediente administrativo, se presente la demanda ya con la fundamentación necesaria”. *Ibidem*, p. 26.

⁶⁰⁸ El artículo 750.1 LEC sostiene que en estos procesos las partes actuarán con asistencia de abogado y representadas por procurador.

⁶⁰⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶¹⁰ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁶¹¹ *Ibidem* (recurso electrónico).

LEC, que trata acerca del contenido de este escrito en el juicio ordinario, por remisión expresa de los artículos 753.1 y 437.1 LEC.

Por su parte, el precitado artículo 753.1 LEC al hablar de la contestación de la demanda hace referencia al artículo 405 de dicha Ley, en el cual se detalla cómo debe ser la forma de la contestación de la demanda dentro del juicio ordinario.

De suerte que los actores deberán interponer la demanda acorde con lo prescrito en el artículo 399 LEC y; los demandados, el Ministerio Fiscal y las demás personas que conforme a la Ley deban ser parte en el procedimiento, habrán de realizar el escrito de contestación según lo preceptuado en el artículo 405 y ss. LEC, referidos ambos como hemos ilustrado al juicio ordinario.

iii) *Celebración de la vista y sentencia*: presentadas la demanda y su contestación el proceso seguirá a trámite con arreglo a las reglas del juicio verbal, es decir, con la fijación de fecha y hora para el acto de la vista.

No obstante, el artículo 438.4 LEC indica que “El demandado, en su escrito de contestación, deberá pronunciarse, necesariamente, sobre la pertinencia de la celebración de la vista. Igualmente, el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación. Si ninguna de las partes la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites”⁶¹².

Atendiendo a lo anterior, si las partes están de acuerdo y el Tribunal lo avala es posible que los procesos de oposición a las resoluciones relacionadas con menores puedan ser resueltos en un plazo breve, pasando de la etapa de alegaciones iniciales a dictar sentencia.

Aun así, el segundo apartado del citado artículo 438.4 LEC previene que bastará con que una de las partes lo solicite o así lo disponga el tribunal, para que el Letrado de

⁶¹² *Ibidem* (recurso electrónico).

la Administración de Justicia señale día y hora para la celebración de la vista⁶¹³. Y, aunque este precepto propende por el respeto al principio de celeridad procesal, lo cierto es que por tratarse de asuntos en los que se debate sobre derechos de personas menores de edad, en los que suelen haber intereses contrapuestos entre las partes (por ejemplo, progenitores y adoptantes o acogedores) rara vez se prescinde de la práctica de ese acto procesal.

Puntualizado lo anterior, el artículo 440.1 LEC manifiesta que cuando haya de celebrarse la vista, el Letrado de la Administración de Justicia citará a las partes dentro de los cinco días siguientes (a la contestación de la demanda o a la solicitud de celebración de la vista hecha conforme al artículo 438.4 LEC) para tal fin. La vista tendrá que llevarse a cabo en el plazo máximo de un mes.

Para el desarrollo de ese acto se seguirán las reglas del artículo 443 LEC que, en resumen, dice que aquél iniciará con su apertura por parte del Tribunal y la correspondiente comprobación de si subsiste pleito entre las partes; una invitación a la mediación; el pronunciamiento del Tribunal sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y termino del proceso; el traslado de la palabra a las partes para que realicen aclaraciones y fijen los hechos del proceso sobre los que exista contradicción; y la proposición de pruebas y la práctica de las que resulten admitidas.

Además, para estos procesos el artículo 753.2 LEC agrega una regla especial, así: “En la celebración de la vista de juicio verbal..., una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones, siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433”⁶¹⁴.

En ese orden de ideas, volviendo a hacer eco del principio de celeridad procesal, la LEC permite que antes de finalizar el acto de la vista en los procesos de oposición las partes formulen sus conclusiones finales. Así pues, agotada esa etapa, el tribunal deberá dictar sentencia dentro de los 10 días siguientes a su culminación.

⁶¹³ El artículo continúa exponiendo que: “...en cualquier momento posterior, previo a la celebración de la vista, cualquiera de las partes podrá apartarse de su solicitud por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones meramente jurídicas. En este caso se dará traslado a la otra parte por el plazo de tres días y, transcurridos los cuales, si no se hubieren formulado alegaciones o manifestado oposición, quedarán los autos conclusos para dictar sentencia si el tribunal así lo considera”. *Ibidem* (recurso electrónico).

⁶¹⁴ *Ibidem* (recurso electrónico).

Por último, en el artículo 780.6 LEC el legislador promueve la acumulación de los procesos relacionados con menores estableciendo como regla general que cuando “...el Ministerio Fiscal, las partes o el Juez tuvieren conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición respecto de resoluciones administrativas referidas a un mismo niño/a, pedirán los primeros y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo”⁶¹⁵.

Un detalle a resaltar en este aspecto aparece en la modificación que la LPIFV hizo al artículo 779.1 LEC, en el que se consigna que la acumulación procesal no puede suspender el plazo máximo de tres meses prevenido para realizar tales procesos. De ahí que, sin importar el estado en que se encuentren los mismos, la acumulación no puede retrasar su resolución dado que ello contravendría la esencia de dicha figura.

2.5 La declaración de desamparo y el principio de prioridad de la familia natural

Normalmente cuando se decreta el desamparo de un menor entran en colisión dos principios jurídicos: el del ISM y el de prioridad de la familia natural. Este último comporta el derecho del niño/a “...a ser educado por sus padres naturales, lo que exige a las autoridades judiciales la previa comprobación de si se ha producido o intentado la integración de aquél en su propia familia, siempre que redunde en su interés”⁶¹⁶.

Precisamente, velando por el respeto a tal principio, la jurisprudencia ha establecido que la Entidad Pública debe aplicar una interpretación restrictiva a la hora de valorar la existencia de la situación de desamparo. Al respecto, la SAP de Málaga 202/2003, de 4 de abril, explica que:

⁶¹⁵ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁶¹⁶ SAP de Málaga 1035/2020, de 30 de octubre, óp. cit., p. 4., FJ. 2.

Sobre el tema, el artículo 9.1 CDN manifiesta: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, fecha de consulta 1 de octubre de 2021.

“...la situación fáctica de desamparo **ha de merecer una interpretación restrictiva**, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que **sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común**, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación” (negrita propia)⁶¹⁷.

Conforme a lo anterior, el decreto de desamparo ha de ser una medida subsidiaria o de último recurso a la que debe acudir la Administración, en los casos en los que “...la desatención que sufre el menor es ya patente y no ha podido evitarse con medidas de menor calado y repercusión tanto para el menor como para su familia. Se trata de supuestos que no pueden solucionarse sin una intervención directa de la Administración en el núcleo familiar, que suponga separar al menor de su familia de origen. Son circunstancias en que la Administración se ve obligada a intervenir de modo drástico, por tratarse de situaciones insostenibles que causan un grave daño al menor”⁶¹⁸.

Adicionalmente, este principio de prioridad de la familia natural conserva su eficacia aun después de la declaración de desamparo, habida cuenta que por mandato legal la Administración tiene que intentar aplicar medidas que propicien el retorno del menor a su medio de origen. Solamente cuando el regreso es a todas luces inviable, la Entidad Pública deberá buscar la integración del niño/a en otra familia a través del acogimiento o la adopción.

Ahora bien, desde que la Ley 21/1987 introdujo en nuestro ordenamiento la institución del desamparo, una de las cuestiones más discutidas ha sido la de la reintegración del niño/a en su familia biológica. Tanto así que a través de la STS 565/2009, de 31 de julio, el Tribunal Supremo sentó doctrina frente al tema, en el siguiente sentido:

“A) Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC [hoy 172.2 CC], contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en

⁶¹⁷ SAP de Málaga 202/2003, de 4 de abril, óp. cit., p. 2, FJ. 1. Para mayor información véase la SAP de Valencia 247/2005, de 20 abril, recurso 201/2005; y las SSTC 143/1990, de 26 de septiembre; y 298/1993, de 18 de octubre.

⁶¹⁸ Boccio Serrano, M., *El derecho del niño a la familia natural...*, óp. cit., p. 184.

que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

B) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico⁶¹⁹.

El criterio plasmado en la letra A) surgió para unificar las posturas contradictorias que, hasta ese momento, imperaban en las sentencias de las audiencias provinciales. Algunos jueces consideraban que en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas relacionadas con menores únicamente se debían valorar las circunstancias existentes al momento en el que se produjo la declaración de desamparo, es decir, si la misma resultaba o no ajustada a derecho teniendo en cuenta los hechos en los que se fundó⁶²⁰.

A la inversa había quienes pensaban que al decidir si debía mantenerse o revocarse el decreto del desamparo, lo correcto era apreciar no sólo las circunstancias que dieron lugar a la medida sino también las modificaciones posteriores en la situación de la familia biológica del menor (evolución positiva). De esa manera, era dable que una resolución que inicialmente se halló ajustada a derecho, más adelante fuera revocada porque uno de los progenitores o ambos poseían condiciones adecuadas para retomar la guarda de su hijo/a⁶²¹.

⁶¹⁹ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/350046174dc1f53f/20091015>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁶²⁰ “Pero olvida el apelante que en estos procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de menores la cognición del juez se limita a la resolución impugnada para lo cual es preciso tomar en consideración la situación tal cual ésta se presentaba en el momento en que se adoptó la decisión de protección y asunción de la tutela administrativa. Los hechos posteriores, la evolución de la madre en cuanto a su capacidad para volver a asumir el pleno ejercicio de sus responsabilidades parentales, la prospección o el diagnóstico futuro no pueden ser tomados en cuenta para determinar si la intervención administrativa fue, cuando se produjo, ajustada o no a derecho”. SAP de Palma de Mallorca 111/2005, de 11 de marzo, óp. cit., p. 4, FJ. 4.

⁶²¹ Véase la SAP de Valencia 633/2002, de 29 de noviembre; SAP de León 25/2008, de 30 de enero; SAP de Castellón 138/2008, de 25 de noviembre, entre otras.

Ante tal discrepancia, el Tribunal Supremo acogió la segunda postura y determinó que en los procesos de oposición a la resolución de desamparo se puede examinar el posterior cambio favorable del entorno familiar⁶²². A nuestro parecer, la posición opuesta contravenía el principio de prioridad de la familia natural en tanto desechaba los esfuerzos hechos por los progenitores para mejorar su situación, después de haber sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

A su turno, la doctrina sentada en la letra B) aclaró que, si bien estaba permitido contemplar las condiciones actuales de los padres, la simple evolución positiva no daba pie a que se ordenara el retorno del niño/a a su medio de origen. El Alto Tribunal explicó que conforme al artículo 172 ter.2 CC (antes 172.4 CC)⁶²³, el principio de prioridad de la familia natural debe ceder frente al del ISM.

En consecuencia, aunque los progenitores varíen sus circunstancias siempre habrá que analizar si la reintegración resulta conveniente bajo el prisma del ISM. Para ello, en cada caso habrá que realizar un juicio de ponderación teniendo en cuenta el paso del tiempo, la integración del niño/a en la familia de acogida, si el pequeño/a mantiene referencias parentales con la familia biológica, etc.⁶²⁴

Ahora, pese a que la anterior es la doctrina vigente en nuestros Tribunales, debemos preguntarnos ¿qué pasa en los supuestos en los que las Entidades Públicas no valoran bien la situación y decretan precipitadamente el desamparo?, dicho de otro modo, ¿qué principio debe prevalecer cuando se demuestra que la apreciación del desamparo fue errada y que, por eso, el menor nunca debió ser separado de sus padres?

A *priori* parece que constatado un yerro en la estimación del desamparo lo procedente es retrotraer el estado de cosas y ordenar la reintegración familiar; sin embargo, son escasos los casos en los que los Tribunales se pronuncian de esa manera. Lamentablemente, para cuando se agota el trámite procesal y los jueces tienen la oportunidad de dictar la sentencia dentro del proceso de oposición correspondiente, han

⁶²² Sobre el tema véanse la STS 416/2015, de 20 de julio; y la SAP de Málaga 1035/2020, de 30 de octubre.

⁶²³ “Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia”, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶²⁴ Artículo 19 bis.3 LOPJM.

transcurrido tantos años que apartar al menor de sus acogedores le supondría traumas mayores a los que vivió tras la separación inicial de su familia biológica⁶²⁵.

Justamente, ese paso del tiempo entre la resolución original de desamparo y la sentencia de casación del Tribunal Supremo (si la parte recurrente agota todas las instancias procesales a nivel nacional) es el que hace que medidas transitorias, como el acogimiento familiar de urgencia o temporal acordados inmediatamente después de la declaración de desamparo, se conviertan en definitivas (acogimiento permanente o adopción).

A saber, para cuando el Tribunal debe analizar el caso concreto el menor ha podido estar cuatro o cinco años conviviendo con sus acogedores lo que, considerado la percepción particular del tiempo para los niños/as y su tendencia natural a desarrollar apego con las personas que los rodean, hace imposible el retorno familiar.

Otra de las circunstancias que dificulta la reintegración es la de las condiciones personales y económicas que reúne la familia acogedora, en comparación con las de la familia natural. A la relación afectiva que el niño/a crea con sus acogedores se suma el hecho de que, por mucho que los progenitores biológicos evolucionen positivamente, es probable que no lleguen a alcanzar la misma estabilidad de los acogedores⁶²⁶.

A modo de conclusión diremos que, a la hora de brindar la asistencia debida al menor desprotegido, las Entidades Públicas deben optar por aplicar medidas como la guarda administrativa provisional (artículo 172.4 CC) o la atención de urgencia (artículo

⁶²⁵ Entre las sentencias que niegan el retorno al medio de origen se encuentran: SAP de Zamora 462/2020, de 20 noviembre; SAP de Palma de Mallorca 346/2020, de 19 agosto; SAP Ourense 178/2020, de 15 junio. Entre las sentencias que ordenan la reintegración familiar están: STS 535/2007, de 2 de octubre; y SAP de Madrid 995/2020, de 10 noviembre.

⁶²⁶ “...la limitación intelectual que la madre presenta (65%) y la discapacidad que el padre en un 45% también presenta desde agosto de 2016, a lo que se une las familias ciertamente desestructuradas de las que provienen, en un entorno social en el que se destaca la ausencia de apoyo familiar y social y si bien es cierto que los progenitores han acudido a las visitas con el menor en las que muestran signos de apego y han acondicionado la vivienda, lo que sin duda viene a ser un reflejo de su evolución positiva, estimamos que, sin desconocer los esfuerzos y la progresión positiva de la parte apelante, no podemos concluir que quede acreditado la consolidación de las circunstancias de estabilidad personal, social y familiar necesarias para el ejercicio adecuado del rol parental,...considerando adecuada la situación actual del acogimiento familiar en la que se encuentra el menor, estando atendido, disponiendo la familia de acogida de habilidades necesarias para la educación y manteniendo vínculos seguros para el menor sin que exista indicio alguno que permita dudar de la idoneidad de los acogedores...”. SAP de Málaga 1035/2020, de 30 de octubre, óp. cit., p. 12, FJ. 3.

14 bis LOPJM), antes que decretar el desamparo. Lo anterior, considerando que el desamparo *per se* es una medida difícil de retrotraer con la que, en no pocas ocasiones, se vulnera el principio de prioridad de la familia natural y los derechos de los progenitores.

2.6 La situación de riesgo

2.6.1 Delimitación conceptual de la situación de riesgo tras la Ley 26/2015, de 28 de julio; y LO 8/2021, de 4 de junio

Mediante el artículo 1.10 LMSPIA se reformó el 17 LOPJM regulador de la situación de riesgo. Una de las causas que motivaron la aludida modificación fue la de crear una definición de dicha situación aplicable a nivel estatal, pero que fuera respetuosa de las competencias específicas asignadas a las CCAA en materia de asistencia social (artículo 148.1.20 CE y disposición final 21 LOPJM)⁶²⁷.

También se aducía la necesidad de que tal situación se declarara por medio de un acto administrativo motivado, en el que se explicara a los progenitores, tutores o guardadores cuáles eran las consecuencias jurídicas derivadas de la misma; así como la conveniencia de que el legislador fijara el procedimiento administrativo a seguir en tales casos⁶²⁸.

Atendiendo a lo anterior, el actual artículo 17.1 LOPJM define la situación de riesgo como “...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

⁶²⁷ El preámbulo de la LMSPIA sostiene que: “En relación con la situación de riesgo, y mediante la reforma del artículo 17, se desarrolla de forma integral esta figura y su procedimiento, cuestiones ambas que no estaban reguladas a nivel estatal. La intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se torna de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave, y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶²⁸ Frente al particular, el informe Núm. I-545/2010, de 17 de noviembre, publicado por la Comisión Especial del Senado para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, aconsejaba: “Sería conveniente que en una futura modificación de la Ley [LOPJM] se recogiera una figura de resolución administrativa que dejara claros los parámetros que habría que valorar en una situación de riesgo, con los mismos criterios para todas las administraciones y profesionales, así como cuáles serían los programas y las medidas que deberían aplicarse...”. Óp. cit., p. 40.

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”⁶²⁹.

Por consiguiente, a diferencia de lo que sucede con el desamparo en donde lo vital es establecer medidas definitivas para corregir el estado de desprotección en el que indudablemente está el niño/a; en la situación de riesgo se aplican medidas preventivas encaminadas a eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor y a su familia, intentando paliar dentro de su propio medio de origen los efectos nocivos que tales dificultades producen en su desarrollo integral⁶³⁰.

A su turno, en lo referente a los hechos calificados como indicadores de la situación de riesgo, el artículo 17.1 (final) LOPJM únicamente mencionaba como tales el tener un hermano en dicha situación o atravesar por circunstancias o carencias materiales. Por esa causa, la disposición final 8.5 LPIFV modificó el citado precepto e incluyó en su apartado segundo un listado amplio de indicadores de riesgo, así:

“2. Serán considerados como indicadores de riesgo, entre otros:

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.

⁶²⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶³⁰ - Aunque la situación de riesgo presenta muchas similitudes con el desamparo, “...la diferencia fundamental es que en el caso de la situación de riesgo, ese incumplimiento [de los deberes de protección] no se ha producido del todo, es decir, no se ha completado. El menor, aunque de manera provisional y precaria, mantiene cubiertas sus necesidades mínimas, no se ha producido la desprotección”. Serrano Ruiz-Calderón, M., “Las nuevas instituciones de protección del menor”, en Serrano Ruiz-Calderón, M. (Dir.), *Protección de menores en el derecho civil español*, óp. cit., p. 214.

- “...en esta situación [la de riesgo] no existe desatención del niño en sentido estricto [elemento de resultado], aunque sí que ha de existir un peligro cierto de que ésta pueda llegar a producirse; peligro materializado por la detección de un perjuicio real del menor en sus derechos, en su dignidad o en su derecho al libre desarrollo de su personalidad..., cualquiera que sea la causa u origen del mismo. Incluso, aunque esa causa no hunda su raíz en la propia familia del menor, sino en las circunstancias del propio niño o de su entorno social o escolar”. Díez García, H., “Comentarios al artículo 172 CC”, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Dir.), *Las Modificaciones al Código Civil...*, óp. cit., p. 464.

- 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.
- 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 adolescente⁶³¹.

⁶³¹ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Con la enumeración de los anteriores indicadores, el legislador complementó la revisión del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia iniciada a través de las Leyes de 2015. En ese sentido, las Entidades Públicas ahora cuentan con un conjunto de circunstancias orientadoras para trazar la línea divisoria entre las situaciones de riesgo y desamparo, consagradas en los artículos 17.2 y 18.2 LOPJM.

De igual forma, la descripción de dichos indicadores también respondió al ejercicio legislativo de armonizar el contenido de la LOPJM con el de algunas leyes autonómicas de protección a la infancia que, previamente a la entrada en vigor de la LPIFV, ya contenían un listado de supuestos categorizados como situaciones de riesgo⁶³².

Pasando a otro tema advertimos que el artículo 17.9 LOPJM (modificado por la LMSPIA) reguló lo concerniente a la situación de riesgo prenatal del concebido no nacido, entendiéndose por tal “...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”⁶³³.

De ese modo, cuando hay razones fundadas para creer que se está en presencia de una posible situación de riesgo prenatal la Administración Pública competente, en colaboración con los servicios de salud respectivos, deberá intervenir adoptando las medidas adecuadas para evitar que con posterioridad al nacimiento se declare la situación del riesgo o desamparo del recién nacido.

En este punto aclaramos que previamente al nacimiento no es posible declarar formalmente al niño/a en situación de riesgo o desamparo, comoquiera que “...el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica, ni está aún sujeto a potestad alguna, por lo que malamente puede ésta haberse incumplido o ejercido inadecuadamente. Además, todavía

⁶³² Al respecto véase la Ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, *de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia*, artículo 45 (Navarra); Ley 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*, artículo 102 (Cataluña); Ley 9/2019, de 19 de febrero, *de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears*, artículo 104 (Islas Baleares); entre otras.

⁶³³ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, revisado el 1 de octubre de 2021.

estrictamente no está privado de la necesaria asistencia moral y/o material si no ha nacido”⁶³⁴.

Esa es la razón por la que, aunque en los casos de probable riesgo prenatal la intervención de los servicios sociales suele realizarse antes del parto, haya que esperar hasta después de ese momento para que la Entidad Pública competente expida la resolución mediante la que declare al niño/a en situación de riesgo o desamparo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para tal efecto.

Por otra parte, el artículo 17.10 LOPJM manifiesta que igualmente constituye situación de riesgo la negativa de los padres, tutores, guardadores o acogedores a prestar su consentimiento para la realización de los tratamientos médicos precisados para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor.

Como comentario explicativo precisamos que no deben confundirse los indicadores de la situación de riesgo (artículo 17.2 LOPJM), que no son más que hechos que la administración debe tener en consideración a la hora de calificar o no la situación; y las circunstancias puntuales a las que el artículo 17.9 y 10 LOPJM otorga la categoría de situaciones de riesgo *per se*, es decir, el riesgo prenatal y la negativa de los responsables legales en los procedimientos médicos requeridos por el menor.

2.6.2 *La actuación administrativa luego de la declaración de la situación de riesgo*

Por mandato del artículo 17.3 LOPJM, la competencia para intervenir en las posibles situaciones 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”⁶³⁵.

⁶³⁴ Díez García, H., “Comentarios al artículo 172 CC”, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Dir.), *Las Modificaciones al Código Civil...*, óp. cit., p. 466.

⁶³⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, revisado el 1 de octubre de 2021.

Usualmente los programas de prevención, apoyo y seguimiento a los menores en riesgo y a sus familias son coordinados por los ayuntamientos, mediante las oficinas o centros de servicios sociales existentes en cada localidad⁶³⁶.

En cuanto al procedimiento a seguir ante el posible riesgo de un niño/a, el artículo 17.4 LOPJM indica que la simple valoración de que existe un peligro para el infante dará lugar a que se elabore y ponga en marcha 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...”⁶³⁷.

En tal proyecto, conforme a sus posibilidades, han de participar los progenitores, tutores, guardadores, acogedores y demás personas obligadas legalmente a prestar asistencia al menor.

Precisamente, la diferencia entre el proyecto de intervención social y educativo familiar que se diseña en las situaciones de riesgo y el plan individualizado de protección que se pone en marcha luego de la declaración de desamparo radica en que, el primero, suele ser elaborado de común acuerdo entre las partes y la Administración; por el contrario, en el segundo es la Entidad Pública la que escoge cuáles son las medidas adecuadas para reparar la situación de desprotección que padece el infante, pudiendo incluso limitar el contacto con sus familiares si la salvaguarda de su superior interés así lo aconseja.

Continuando con el análisis, si una vez transcurridos los plazos fijados en el citado proyecto de intervención y evaluadas las circunstancias personales del niño/a no se advierte mejoría en su condición, o si las partes intervinientes en el mismo incumplen con las responsabilidades a ellos asignadas (artículo 17.5 LOPJM), la administración pública

⁶³⁶ Los entes locales son los primeros encargados de brindar asistencia a los menores, juegan un papel primordial ya que son con quienes se establece la primera toma de contacto. Al respecto la Ley 7/1985, de 2 de abril, *Reguladora de las Bases del Régimen Local*, establece en su artículo 25.2.e que el municipio ejercerá competencias propias, entre otras materias, en las referidas a la “Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”. En similar sentido se pronuncian los artículos 26.1.c, 27 y 37 de esa misma Ley. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1985/04/02/7/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶³⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, revisado el 1 de octubre de 2021.

competente expedirá una resolución administrativa declarando formalmente la situación de riesgo, según lo plasmado en el artículo 17.6 LOPJM que dice:

“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. 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. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”⁶³⁸.

Declarada la situación de riesgo podrá ocurrir que en los términos del artículo 12.1 LOPJM, se llegue a la suscripción de un convenio entre la Administración y los responsables legales del niño/a, que habrá de constar por escrito, en el que se pacten las acciones a las que voluntariamente se comprometen las partes intervinientes para hacer desaparecer el riesgo del menor.

Si no es dable optar por la salida consensuada, será la Administración la que unilateralmente escoja las medidas apropiadas para corregir la situación de riesgo del niño/a, teniendo la facultad de imponer deberes a los encargados legales de éste e incluso acudir al artículo 158 CC, para que por vía judicial se dicten las medidas oportunas.

Como era de esperarse, la administración pública local podrá proponer a la Entidad Pública competente que proceda a decretar la situación de desamparo del menor si se evidencia que: los progenitores, tutores, guardadores o acogedores han incumplido con las tareas a ellos encomendadas al punto que no es posible garantizar la adecuada asistencia moral y material del infante; la situación de desprotección en que se halla el niño/a aconseja su separación del entorno familiar; a pesar de los esfuerzos hechos por las partes no se han alcanzado los objetivos marcados en el proyecto de intervención o en el convenio correspondiente, entre otras circunstancias similares⁶³⁹.

⁶³⁸ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁶³⁹ “Se regula pues un sistema de protección que ante la desprotección del menor se articula en tres fases en función de la gravedad del caso: 1ª. Fase de valoración de la situación de riesgo, en la que se propone un proyecto de intervención ofreciendo la posibilidad de que sea consensuado por las partes intervinientes; 2ª. Fase de declaración de riesgo, derivada del incumplimiento del deber de colaboración que corresponde a los diferentes sujetos intervinientes; 3ª. Fase de declaración de desamparo”. Sánchez Hernández, C., “El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm.

Por regla general, la situación de riesgo es decretada por una administración pública distinta de la Entidad Pública habilitada para declarar el desamparo, de modo que si el ente local considera que se configura el desamparo deberá dar traslado del expediente a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal para que sea la primera la que decida lo que en derecho corresponda.

A pesar de lo anterior, puede suceder que la Entidad Pública de protección considere que no hay lugar a la declaración de la situación de desamparo; en ese caso, el artículo 17.8 de la LOPJM prevé que es deber del Ministerio Fiscal realizar “...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”⁶⁴⁰.

CAPÍTULO 3. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: LA TUTELA AUTOMÁTICA DE LA ENTIDAD PÚBLICA

Dos son los efectos principales de la declaración de desamparo: el primero es la suspensión de la patria potestad⁶⁴¹ y el segundo es la asunción de la tutela automática (también denominada legal o *ex lege*) del niño/a por parte de la Entidad Pública⁶⁴².

3.1 Antecedentes de la tutela automática

Al indagar acerca de la génesis legislativa de la tutela *ex lege* debemos remontarnos a la escritura original del artículo 212 CC, en el que se otorgaba a los jefes de las entonces casas de expósitos la tutela de los niños/as recogidos y educados en ellas.

3.ter, diciembre, 2015, p. 189, disponible en: <http://www.revista-aji.com/revista-numero-3-ter/>, última consulta 28 de abril de 2021.

⁶⁴⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁴¹ A este efecto ya hicimos referencia en el acápite de la tesis referido a la regulación de la situación de desamparo tras la Ley 1/1996, de 15 de enero.

⁶⁴² “En resumen, los efectos de la declaración de desamparo consisten en que la Administración asume, de forma automática o por ministerio de la Ley, la tutela del menor, como consecuencia de lo cual se le retira a los padres la función de guarda y, a su vez, se le suspende la patria potestad. Dado que los menores han pasado a la tutela de la Administración, es ésta quien se encarga de ejercer la guarda y custodia mediante la figura del acogimiento en sus distintas modalidades. No resulta suspendida la obligación alimenticia de los progenitores hacia sus hijos menores de edad. Al mismo tiempo, y siempre que ello no sea perjudicial para los menores, se establece un régimen de relaciones personales entre los menores y sus familiares...”. Boccio Serrano, M., *El derecho del niño a la familia natural...*, óp. cit., p. 294.

Asimismo, el artículo 303 inicial CC manifestaba que “La administración de cada establecimiento de beneficencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos todas las facultades que corresponden a los tutores y al consejo de familia”⁶⁴³.

De lo dicho se desprende que la tendencia predominante en el CC era la de traspasar la tutela de los infantes abandonados a los directores de las instituciones en las cuales eran atendidos, con independencia de si la naturaleza jurídica de esos entes era pública o privada.

Posteriormente, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, cambió el lineamiento jurídico imperante al configurar la norma de manera tal que solamente a los regentes de las entidades de auxilio con carácter público, entre las que se incluían las dependientes del gobierno central y de las comunidades autónomas, se les podría otorgar la citada tutela.

Al respecto el artículo 229 CC enunciaba quiénes eran las personas obligadas por Ley a promover la constitución de la tutela, indicando que además de los parientes y la persona bajo cuya guarda se hallara el menor o incapacitado, también serían llamados a esta tarea los sujetos enumerados en el artículo 239 del mismo Código. A su vez, este último artículo expresaba que: “Si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al director del establecimiento”⁶⁴⁴.

Ya hemos relatado en varias oportunidades que la tramitación de las adopciones privadas solía seguir un cauce irregular, habida cuenta que los administradores de las entidades particulares acostumbraban hacer la entrega de los niños/as con base en criterios monetarios. Por esa razón, con la reforma legislativa efectuada por medio de la Ley 13/1983 se buscó limitar el poder de actuación de los aludidos directores para que, sin que el establecimiento dejara de desarrollar su objeto social, desapareciera la opción que éstos tenían de adquirir la guarda de los pequeños/as.

Sumado a lo expuesto y centrándonos en la finalidad de la norma, diremos que fue pensada para los casos de los niños/as pobres, carentes de contacto con sus familiares o que, manteniendo algún tipo de relación con sus parientes, vivían en los

⁶⁴³ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁴⁴ *Ibidem* (recurso electrónico).

establecimientos públicos. En el supuesto de los menores internados, los principios de efectividad e inmediatividad de la tutela hacían aconsejable que se nombrara como tutor/a al director de la institución en la que aquéllos residían⁶⁴⁵.

No obstante, la tutela del jefe de la entidad de socorro solamente podría ser efectiva si tal lugar contaba con los recursos físicos y humanos suficientes para ofrecer una atención personalizada al niño/a; de lo contrario, aunque tuviera asignado un tutor *ope legis* se mantenía *de facto* su situación de desprotección.

Además, la citada tutela del artículo 239 CC era de índole potestativa, a saber, quedaba supeditada al arbitrio del juez o a la petición que en tal sentido elevara o no el administrador del ente asilar público.

Luego, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se ocupó de la tutela de los menores desamparados al indicar en el artículo 172.1 CC lo siguiente: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo”⁶⁴⁶.

Paralelamente, el artículo 222.4 CC reiteraba que podían estar sometidos a tutela los menores que se hallaran en situación de desamparo; y el artículo 239 CC exponía que: “La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”⁶⁴⁷.

La inclusión de la expresión “corresponde por Ley” en el citado artículo 239 CC significaba que dicha tutela operaba de manera automática, esto es, no era necesaria intervención judicial para su constitución. Con ello, la facultad que antes poseían los directores de los establecimientos públicos para pedir que se les designara tutores de los

⁶⁴⁵ Ogayar Ayllón, T. y Lete del Río, J., “Comentarios al artículo 239 del Código Civil”, en Albaladejo García, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, óp. cit. (recurso electrónico).

⁶⁴⁶ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado por última vez el 1 de octubre de 2021.

⁶⁴⁷ *Ibidem* (recurso electrónico).

menores allí internados, paso a ser una potestad *ope legis* atribuida a las entidades públicas encargadas de la protección de la infancia desamparada.

Es importante resaltar lo anterior ya que mediante las disposiciones precitadas el legislador tendió hacia el fortalecimiento de la tutela institucional, optando por otorgarle un carácter automático o por ministerio de la Ley y suprimiendo el elemento facultativo que la distinguía⁶⁴⁸.

Igualmente, al prever que la misma fuera ejercida por la mentada Entidad Pública agrupó en cabeza de un único organismo autonómico el cuidado de los niños/as desamparados; eliminando la pluralidad de titulares de la tutela que era permitida bajo la Ley 13/1983, de 24 de octubre⁶⁴⁹.

Posteriormente, el artículo 239 CC fue modificado por la LMSPIA que dividió su contenido en tres apartados⁶⁵⁰ y, recientemente, el artículo 2.21 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, cambió la rúbrica y el contenido del Libro I, título IX del CC, traspasando sin modificaciones relevantes las disposiciones del antes artículo 239 CC al actual 222 de ese mismo Código.

Dicho lo cual, el vigente artículo 199.1 CC (que vino a reemplazar el anterior 222.4 CC) expresa que estarán sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo. De igual forma, el artículo 222 CC expone que:

⁶⁴⁸ Al respecto el preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, aducía que “Como complemento del acogimiento familiar y de la adopción y como paso previo para la regulación más clara de ambas instituciones, la presente Ley da normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados. **Cambiando el criterio a que respondía el anterior artículo 239, se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática** a cargo de la Entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de los menores” (negrita no original), disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, consultado el 1 de octubre de 2021.

⁶⁴⁹ La tutela de los niños/as podía estar en cabeza de tantos directores como establecimientos públicos de protección a la infancia funcionaran dentro de una comunidad autónoma.

⁶⁵⁰ “1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública.

2. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste.

En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso.

3. Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado por última vez el 1 de octubre de 2021.

“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.

Estarán legitimados para ejercer las acciones de privación de patria potestad, promover la remoción del tutor y solicitar el nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela”⁶⁵¹.

De lo transcrito se colige que, aunque el artículo 222.1 CC señala que la tutela de los menores en situación de desamparo corresponde por ministerio de la Ley a la Entidad Pública, en su apartado 2 se decanta por el establecimiento preferente de la tutela ordinaria sobre tales niños/as cuando existen personas que por las relaciones que mantienen con ellos están dispuestas a cuidarlos.

Así pues, observamos que con la nueva norma la tutela *ex lege* adquiere carácter subsidiario considerando que el legislador legitima a la Entidad Pública para que, por encima de su derecho, pida que la tutela del niño/a se atribuya a otra persona⁶⁵².

3.2 Naturaleza jurídica y modo de constitución de la tutela *ex lege*

Desde la inclusión de esta figura en el CC se han generado dudas acerca de cuál es su naturaleza jurídica, es decir, si la misma es “...una auténtica tutela, concebida como una potestad familiar de Derecho Privado, o si por el contrario, [es] una mera medida de protección asistencial, que se mueve dentro del Derecho Público y que, en consecuencia, es compatible con las instituciones de Derecho Civil”⁶⁵³.

⁶⁵¹ *Ibidem* (recurso electrónico).

⁶⁵² “En lo que se refiere a la regulación de la tutela de los menores en situación de desamparo, se establece en primer lugar una opción clara por la tutela civil ordinaria, cuando existan personas idóneas que puedan ejercerla y una regulación subsidiaria de la tutela administrativa *ex lege* a favor de la Entidad Pública que con carácter territorial sea competente en la materia”. Urrutia Badiola, A., “Comentario al artículo segundo. Veintiséis”, en Lledó Yagüe, F., et al. (directores), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio...*, óp. cit., p. 721.

⁶⁵³ Fernández González-Regueral, M., “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de

Aquéllos que defienden la naturaleza administrativa de la tutela *ex lege* se basan, entre otras razones, en que: i) para la constitución de la tutela civil se precisa de un acto de delación y de una resolución judicial mediante la que se nombre al tutor, requisitos que no se dan en la constitución de la tutela automática; y ii) “La guarda atribuida a la Administración se refiere sólo a la persona del menor, no a sus bienes que siguen confiados al titular de la patria potestad o de la tutela ordinaria (...). Por tanto, la tutela legal no es auténtica tutela, pues si la Administración tuviese la tutela, no se explica por qué los padres o el tutor ordinario siguen ostentando la representación legal de los bienes del menor”⁶⁵⁴.

A los anteriores argumentos se suma el de quienes consideran que la tutela *ex lege* no es más que una potestad administrativa conferida a las Entidades de protección, para cumplir con la prestación del servicio público de asistencia social a los menores desamparados y, en tanto servicio público, regido por las normas de esa rama del derecho⁶⁵⁵.

En contraposición, los que apuestan por la naturaleza civil de esta tutela apelan a que por su regulación dentro del CC (artículos 172.1, 199.1 y 222); por su capacidad para modificar la situación personal del menor y por los efectos que produce (suspensión de la patria potestad y ejercicio de la guarda por parte de la Entidad Pública) se enmarca dentro de la órbita del derecho privado.

Eso sí, esta corriente entiende que se trata de una tutela civil especial, de “...alcance más limitado que la tutela ordinaria, por su constitución y por su relación con la patria potestad (...). Precisamente ello explicaría que la patria potestad no se extingue y que solamente queda en suspenso. De manera que patria potestad y tutela legal coexisten, aunque son incompatibles en su ejercicio, que se atribuye íntegramente a la entidad pública...”⁶⁵⁶.

protección a la infancia y a la adolescencia. Sentido y alcance de los arts. 239 y 239 bis del código civil”, en O’Callaghan Muñoz, X. y Fernández González, M. (coordinadores), *La reforma del derecho de la persona y de la familia: jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, p. 262.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 263.

⁶⁵⁵ Sainz-Cantero Caparros, M., “Comentario al artículo segundo. Trece”, en Lledó Yagüe, F., et al. (directores), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio...*, óp. cit., pp. 587-588.

⁶⁵⁶ Fernández González-Regueral, M., “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 de 28 de julio...”, óp. cit., p. 264.

Sobre este tema se pronunció la AP de Alicante en sentencia núm. 159/2008, de 15 de abril, en el sentido de ratificar que la tutela *ex lege* es una figura civil, así:

“...la Administración Pública está bajo la esfera del Derecho Administrativo en lo que se refiere a organización de medios para atender a las necesidades del menor,[pero]...cuando inicia actividades de investigación y tratamiento de supuestos de desamparo con significación jurídica, se encuentra sometida al Derecho Civil..., sin perjuicio, desde luego, de las importantes potestades ‘tuitivas’ que se atribuyen a la Administración y las especiales modalidades al ser desempeñadas por sujetos públicos, pero sin olvidar que las instituciones asistenciales (tutela automática, guarda, etc...) están dentro del campo del Derecho Privado, **de forma que la frecuente intervención administrativa en la materia no hace decaer su carácter eminentemente civilístico, siendo así la tutela pública una función social de Derecho Privado orientado a satisfacer necesidades familiares.** Por ello las resoluciones y procedimientos previos de la Administración estarán sometidos al Derecho Administrativo, pero el producto de esa actividad lo están al Derecho Civil con plena sumisión a las normas del Código Civil y de Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos preceptos no pueden modificar, y a los que las Comunidades Autónomas se tienen que supeditar, con frecuentes remisiones a su articulado, sirviendo de complemento o especificación de sus preceptos” (negrita fuera del texto)⁶⁵⁷.

De ese modo, pese a que el procedimiento para declarar al menor en situación de desamparo siga las reglas del derecho administrativo e, incluso, la tutela *ex lege* sea consecuencia de una resolución dictada en el curso de un procedimiento de esa índole; queda claro que su función es la de guardar y proteger a la persona del menor y, por lo tanto, la automaticidad en su constitución no desnaturaliza su esencia civil.

El anterior argumento se refuerza en el hecho de que dentro de la resolución de constitución de dicha tutela se debe: i) acordar la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria; ii) adoptar las medidas de protección a que haya lugar; y iii) indicar el modo en el que la Entidad Pública pasará a ejercer la guarda personal del niño/a (acogimiento familiar o residencial), acciones todas estas que evidentemente afectan a la esfera personal y privada de la vida del menor.

3.3 Características de la tutela ex lege y principales diferencias con la tutela civil ordinaria

Sin ánimo de ofrecer una lista exhaustiva, pasaremos a estudiar aquellas características de esta figura que consideramos más relevantes para su comprensión, como sigue:

⁶⁵⁷ SAP de Alicante 159/2008, de 15 de abril, óp. cit., p. 2, FJ. 1.

i) *Provisionalidad*: ya que perdura hasta el momento en el que cesan las circunstancias que la originaron. Aquí hay que tener presente que según lo plasmado en el artículo 12.1 LOPJM, cuando los poderes públicos despliegan su actuación protectora sobre los menores han de propender por la adopción de medidas estables frente a las temporales.

Lo anterior conlleva a que la tutela legal subsista como una herramienta transitoria entre tanto se consigue aplicar alguna de esas medidas estables, tales como el retorno del niño/a al medio de origen, la constitución de un acogimiento permanente, el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias (artículo 222.2 CC) o la adopción⁶⁵⁸.

Ahora bien, a pesar de que la provisionalidad es uno de los rasgos distintivos de la tutela *ex lege*, ocurren casos en los que lamentablemente perdura hasta la mayoría de edad de los niños/as, por ejemplo, si es necesario constituir sobre los mismos el acogimiento familiar permanente del que habla el artículo 173 bis.c CC.

Conforme a tal precepto, esa clase de acogimiento “...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”⁶⁵⁹.

De acuerdo con lo anotado, la Entidad Pública cuenta con la opción de pedir al Juez que asigne a los acogedores permanentes facultades tutelares, sin que, en ningún caso, esté obligada a realizar tal petición. Si ello sucede, esto es, si tal Entidad no se

⁶⁵⁸ “Ni la guarda ni la tutela *ex lege* pueden ser indefinidas en el tiempo. Sólo se prolongan lo estrictamente necesario para acabar con las causas que motivaron la declaración de desamparo. Esta tiene como fin mediato la búsqueda de la reinserción social del menor en su propia familia, o su inserción en otro ámbito familiar, mediante la figura jurídica del acogimiento...o la adopción”. Sainz-Cantero Caparros, M., “Comentario al artículo segundo. Trece”, en Lledó Yagüe, F., et al. (directores), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio...*, óp. cit., p. 593.

⁶⁵⁹ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado por última vez el 1 de octubre de 2021.

desprende de sus potestades tuitivas, continúa ostentando la tutela del niño/a durante todo el tiempo en que se desarrolla el acogimiento permanente, medida que puede extenderse hasta que aquél alcance la mayoría de edad.

ii) *Automaticidad*: esta característica nace de la objetividad propia de la definición de desamparo; a saber, siendo una situación de hecho en la que participa un elemento de resultado (privación de la necesaria asistencia moral o material), la tutela tiene la función de buscar la protección inmediata del menor.

iii) *Es delegable en su ejercicio*: que el artículo 172.1 CC otorgara la tutela del menor desamparado a una persona jurídica (la Entidad Pública) generó críticas basadas en que la titularidad de una institución tan personalísima no reposara sobre un sujeto físico determinable. Por lo tanto, parecía paradójico que la disposición sobre la vida del menor estuviera en cabeza de un ente con el que, por obvias razones, no podía convivir en el modo en que lo ordena el artículo 228 CC.

Pensando en ello, el legislador dispuso en el artículo 172 ter CC que el ejercicio de la tutela automática, es decir, la guarda personal del infante, sería encargada a los acogedores o al director del centro en el que aquél residiera. En tal virtud, pese a que la titularidad de la tutela está en cabeza de dicha Entidad, la crianza del niño/a se delega en personas físicas determinadas (acogedores) con las que puede interactuar y relacionarse⁶⁶⁰.

iv) *Subsidiariedad*: según lo preceptuado en el artículo 222.2 CC, siempre que existan personas idóneas para hacerse cargo de un niño/a desamparado se deberá nombrar tutor conforme a las reglas ordinarias; por ende, la tutela automática ocupa una posición subsidiaria ya que cede ante la posibilidad de constituir una tutela civil propiamente dicha. Asimismo, esta característica se despliega del carácter de último recurso de la declaración de desamparo comoquiera que, por las consecuencias que ocasiona, tanto su decreto como la tutela que origina han de ser medidas secundarias.

⁶⁶⁰ Además, para desarrollar la función de guarda la Entidad suele designar un equipo pluridisciplinar encargado de revisar la situación del menor y supervisar el desempeño del acogimiento.

Pasando a otro tema, las diferencias fundamentales entre la tutela civil ordinaria y la tutela *ex lege* comienzan en su modo de constitución, de manera que, para la primera se requiere declaración judicial en los términos del artículo 208 CC⁶⁶¹ y la segunda opera de forma automática.

A su vez, en una se necesita formar el inventario de bienes⁶⁶² y en la otra, dada la condición de desamparo del menor, es muy probable que éste carezca de peculio. La tutela civil ordinaria puede ser retribuida (artículo 229 CC) mientras que en la automática no se prevé contraprestación para la Entidad Pública. El artículo 206 CC⁶⁶³ enuncia un listado de personas llamadas a promover la constitución de la tutela civil ordinaria, mientras que la tutela *ex lege* nace por ministerio de la Ley, sin necesidad de que ningún sujeto solicite su formación.

A su turno, como característica común a ambas tutelas aparece la de su inscripción en el Registro Civil. El artículo 300 CC expresa que las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares deberán ser inscritas en el Registro Civil, precepto que se aplica tanto a la tutela *ex lege* como a la ordinaria. Análogamente, el artículo 4.13 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil* (en adelante LRC)⁶⁶⁴, manifiesta que será inscribible en el aludido Registro “La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado”, sin hacer separación entre las dos clases de tutela.

Acerca de este aspecto aclaramos que, en un principio, se creía que la tutela automática no resultaba inscribible dado su carácter provisional⁶⁶⁵. Empero, el artículo 75 LRC determina que: “Se inscribirá en el registro individual del menor en situación de

⁶⁶¹ “La autoridad judicial constituirá la tutela mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites previstos legalmente”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado por última vez el 1 de octubre de 2021.

⁶⁶² De acuerdo con el artículo 224 CC “Serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela” en lo referido a su ejercicio. Debido a tal remisión se comprende que si el artículo 285 CC manda que los curadores con facultades representativas hagan inventario del patrimonio de la persona con discapacidad a la que prestan apoyo, lo mismo es aplicable al tutor del menor en los casos en los que éste requiera representación (véase el artículo 225 CC).

⁶⁶³ “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado por última vez el 1 de octubre de 2021.

⁶⁶⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>, revisado el 1 de octubre de 2021.

⁶⁶⁵ Díez García, H., “Comentarios al artículo 172 CC”, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Dir.), *Las Modificaciones al Código Civil...*, óp. cit., p. 482.

desamparo la sujeción a la tutela por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores por la legislación que resulte aplicable⁶⁶⁶, con lo cual se solventan las dudas doctrinales producidas frente al tema.

3.4 *Causas de terminación de la tutela ex lege*

A diferencia de lo que ocurría en las normas precedentes (Ley 21/1987, de 11 de noviembre y LOPJM), el artículo 172.5 CC modificado por la LMSPIA y por la LPIFV especificó las causas por las cuales se daba por terminada la tutela *ex lege* de la Entidad Pública, así:

“5. La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.
- b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, 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.

La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela⁶⁶⁷.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, la tutela automática se extingue cuando: i) cesan las causas que la originaron, esto es, las que dieron lugar a la declaración de desamparo; ii) acaece alguno de los supuestos previstos en el CC para la extinción de la tutela ordinaria; y iii) se comprueba fehacientemente la existencia de alguna de las circunstancias mencionadas en las letras a) a c) de ese artículo.

⁶⁶⁶ El artículo 48.1 de esa misma Ley refuerza tal mandato al prescribir: “1. Las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir”. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>, revisado el 8 de abril de 2021.

⁶⁶⁷ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado por última vez el 8 de septiembre de 2021.

En primer lugar, la terminación de la tutela cuando desaparecen las razones que fundaron el decreto del desamparo es, a todas luces, la ideal. Ello significaría que se ha logrado el retorno del menor a su medio de origen y que la intervención de la administración produjo el fruto de brindar asistencia integral al núcleo familiar.

En el segundo lugar y, en virtud de la reforma que la Ley 8/2021, de 2 de junio, hizo al CC, la referencia contenida en el artículo 172.5 CC a los artículos 277 y 276.1 de ese Código, ha de entenderse hecha al actual artículo 231 CC que es el precepto en el que se narran los supuestos de terminación de la tutela ordinaria.

Al respecto, el mencionado artículo 231 CC previene que la tutela se extingue: “1.º Por la mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor. 2.º Por la adopción del menor. 3.º Por muerte o declaración de fallecimiento del menor. 4.º Cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de esta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercitarla de hecho”⁶⁶⁸.

Personalmente creemos que las causales de extinción nombradas en la primera parte del artículo 172.5 CC y en el 231.4 CC se conjugan en una sola: la tutela se extingue cuando se han superado los hechos en los que se basó la apreciación de la situación de desamparo, lo que igualmente ocasiona el cese de la suspensión de la patria potestad.

En tercer lugar, a las causas ya descritas se suman aquellas que el artículo 172.5 CC enumera en modo explícito. En el caso del traslado del menor a otro país (artículo 172.5.a), por remisión a lo dicho en el artículo 18.5 LOPJM, consideramos que la Entidad Pública no debe declarar la extinción de la tutela inmediatamente tiene conocimiento de la salida del niño/a o adolescente del territorio nacional.

Si bien la norma guarda silencio en cuanto al término que ha de transcurrir para que la aludida Entidad Pública pueda expedir la resolución administrativa ordenando la extinción, lo lógico es pensar que ha de dejar pasar un tiempo razonable en procura de verificar que el traslado del menor tiene vocación de permanencia. A nuestro criterio, el

⁶⁶⁸ *Ibidem* (recurso electrónico).

término de doce meses propuesto en el artículo 172.5.c, para los casos en los que el menor abandona voluntariamente el centro de protección, podría ser extrapolable a los eventos de la letra a.⁶⁶⁹

Por su parte, a todas las causas previstas en el artículo 172.5 CC hay que agregar otras que, en la práctica, provocan la terminación de la tutela *ex lege*. Por ejemplo, cuando se nombra tutor/a con arreglo las reglas ordinarias; si la Entidad Pública revoca unilateralmente la declaración de desamparo (artículo 172.3 CC); o si se dicta sentencia judicial accediendo a la petición de revocación o de oposición al decreto del desamparo impetrada por los progenitores o el tutor/a (artículos 779 y 780 LEC).

Por último, para ordenar la extinción de la tutela automática la Entidad Pública debe realizar el correspondiente procedimiento administrativo, encaminado a demostrar fehacientemente la concurrencia de alguno de los supuestos de cesación enunciados en el artículo 172.5 CC o cualesquiera otros que razonadamente conlleven a su terminación.

Aunque la norma no lo establece asumimos que tal procedimiento podrá ser iniciado de oficio o a petición de parte, hallándose legitimadas para solicitarlo todas aquellas personas que tengan interés directo en el asunto (artículo 780.1 LEC). El trámite concluirá mediante la expedición de una resolución motivada que deberá notificarse a los interesados y al Ministerio Fiscal, comoquiera que contra la misma se puede presentar oposición según lo previsto en el ya citado artículo 780 LEC.

3.5 Breve referencia a la derogada tutela automática de los incapaces

Mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de*

⁶⁶⁹ Sobre los fundamentos en los que se basó el legislador para incluir esta causal de extinción de la tutela, Díez García afirma: "...todo apunta a que, en estos casos, se dispensa a la Entidad Pública de realizar esfuerzos que se consideran que sobrepasan un ejercicio normal de la tutela tratando de localizar al menor o requiriendo su retorno a un Estado extranjero, incluso judicialmente. De paso, se autoriza, como puede apreciarse, una cierta dejación de funciones de la Entidad Pública en su deber de vela y de cuidado y, a nadie se le escapa y ésta es la razón fundamental del nuevo apartado 5 en este punto, esta tutora queda exenta de toda responsabilidad civil o de toda responsabilidad patrimonial por los daños que pueda causar el menor cuando ha escapado de su efectivo control". Díez García, H., "Comentarios al artículo 172 CC", Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Dir.), *Las Modificaciones al Código Civil...*, óp. cit., pp. 483-484.

*Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*⁶⁷⁰, se adicionó un apartado final al artículo 239 CC, en el que se hizo mención a la situación de desamparo y a la tutela automática de los entonces incapaces, así:

“La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. 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 que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”⁶⁷¹.

Conforme a tal precepto, la Entidad Pública podía asumir la tutela del incapaz en dos supuestos: cuando ninguna de las personas mencionadas en el entonces artículo 234 CC era nombrada tutora, o cuando el incapaz se encontraba en situación de desamparo.

No obstante, al leer el citado artículo surgían dos preguntas. De una parte, no quedaba claro si el “incapaz” que podía ser tutelado por la Administración tenía que haberse sometido previamente a un proceso judicial de incapacitación o si, *a contrario sensu*, podía tratarse de un incapaz natural que, por encontrarse efectivamente desamparado, pasaba directamente a estar bajo la tutela de la Entidad correspondiente⁶⁷².

Por otro lado, se presentaban problemas a la hora de interpretar la frase “por ministerio de la ley” incorporada en el artículo, en la medida en que no se especificaba si la tutela de la Entidad Pública era una auténtica tutela automática, al punto que en cualquiera de los dos supuestos aquella asumía *ope legis* el cuidado del incapaz; o si solamente se trataba de una tutela automática cuando el incapaz estaba en situación de desamparo, requiriéndose en el otro caso (cuando no se conseguía nombrar tutor según el artículo 234 CC) que fuera el Juez quien hiciera la designación respectiva.

En resumen, el artículo no precisaba cuál era la condición que tenía que reunir el sujeto pasivo de la tutela (incapaz natural o incapacitado), ni si la tutela de la Entidad Pública era automática o no.

⁶⁷⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁷¹ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado por última vez el 1 de octubre de 2021.

⁶⁷² Fernández González-Regueral, M., “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 de 28 de julio...”, óp. cit., p. 270.

Posteriormente, la LMSPIA dividió en dos el antiguo artículo 239 CC, pasando aquél a encargarse de lo referente a la tutela automática de los menores desamparados; y el 239 bis a organizar lo relativo a la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente, en particular, las que estaban en situación de desamparo. Este último artículo 239 bis CC era del siguiente tenor literal:

“La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor⁶⁷³.

Con el anterior artículo el legislador despejaba las inquietudes surgidas alrededor de esta temática, al señalar que únicamente cabía “...la asunción de la tutela por la Entidad Pública cuando el sujeto esté judicialmente incapacitado, tanto si la tutela se asume por no existir persona a quien atribuir la tutela ordinaria..., como si se asume en caso de situación de desamparo⁶⁷⁴”; de suerte que los incapaces naturales quedaban por fuera de la regulación del artículo 239 bis CC.

De igual forma, los apartados 1 y 2 del precepto bajo estudio explicaban que el Juez designaría a la Entidad Pública tutora de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando no fuera posible nombrar tutor/a de acuerdo con los parámetros del artículo 234 CC⁶⁷⁵.

⁶⁷³ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado por última vez el 1 de octubre de 2021.

⁶⁷⁴ Fernández González-Regueral, M., “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 de 28 de julio...”, *óp. cit.*, p. 272.

⁶⁷⁵ “Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3.º A los padres. 4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del

Por su parte, si el incapacitado estaba en situación de desamparo la Entidad Pública ostentaba su tutela automáticamente, debiendo simplemente comunicarle tal hecho al Juez que conoció del proceso de incapacitación. La inclusión de la frase “por ministerio de la Ley” en el artículo 239 bis.2 CC no daba lugar a una interpretación distinta.

En síntesis, bajo el imperio de la LMSPIA, la citada Entidad Pública poseía un lugar subsidiario tratándose de la constitución de la tutela ordinaria sobre los declarados incapaces mediante sentencia, y una posición privilegiada (tutela *ope legis*) si dichos sujetos se hallaban desamparados.

Ahora bien, mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, se reformó todo el sistema de incapacitación vigente en el CC, dando paso a un régimen jurídico basado en el respeto por la voluntad de la persona con discapacidad. La mencionada Ley nació con el fin de adecuar el ordenamiento interno a las disposiciones de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006⁶⁷⁶.

El artículo 12.2 y 3 de la citada Convención sostiene que los Estados partes “...reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida..., [por lo que] adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”⁶⁷⁷.

Así pues, en procura de prestar el apoyo del que habla el artículo antes referenciado a las personas con discapacidad, mediante el artículo 2.23 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se redactó nuevamente el Libro I, título XI del CC.

Por consiguiente, se derogó el antiguo proceso de modificación de la capacidad, en el que reinaba la sustitución de la voluntad del sujeto incapacitado/a y, en reemplazo, se instauró un proceso de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con

tutor”. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021. Actual artículo 213 CC.

⁶⁷⁶ Disponible en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁷⁷ *Ibidem* (recurso electrónico).

discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, centrado en asistir al discapacitado en la toma de las decisiones que le afecten, respetando su opinión y preferencias.

Ante tal cambio, la tutela automática de los incapaces fue retirada del ordenamiento jurídico (disposición derogatoria única de la Ley 8/2021, de 2 de junio), reservándose tal figura únicamente para los casos de los menores declarados en situación de desamparo.

CAPÍTULO 4. LA VULNERABILIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO JURÍDICO DE PROTECCIÓN AL MENOR DESAMPARADO

En el presente capítulo estudiaremos la vulnerabilidad humana, su definición y clases; así como algunas Declaraciones internacionales que, desde un punto de vista bioético, han otorgado cierto peso jurídico a dicha categoría. Todo ello con el fin de demostrar que la vulnerabilidad humana debería formar parte del catálogo de principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con el menor desamparado.

4.1 Del concepto vulnerabilidad humana

La vulnerabilidad se ha entendido desde varios sentidos, “Etimológicamente, la palabra se refiere a la especial aptitud de alguien o de algo (más bien de alguien) para recibir heridas...(vulnerabilidad como potencialidad de ser herido, como especial predisposición a quedar dañado)...”⁶⁷⁸. Así pues, en su noción más simple la vulnerabilidad hace referencia al riesgo que tiene cualquier persona de ser lastimado o lesionado.

Y aunque la anterior percepción es la más común, el concepto vulnerabilidad engloba otros significados, así: “One meaning of ‘vulnerable’ is to be susceptible to something, a bad something naturally, such as disease or infection...A second

⁶⁷⁸ Sarteá, C., “La dignidad del vulnerable no tiene precio. Lo que puede hacer el bioderecho para salvarnos de la trampa economicista”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXVIII, Núm. 92, enero-abril, 2017, p. 104, disponible en: <http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-on-line/2017/n%C2%BA-92-enero-abril.html>, última consulta 1 de octubre de 2021.

meaning...is to be capable of being physically or emotionally wounded...A third meaning of ‘vulnerable’ is to be capable of being persuaded or tempted...And a fourth meaning is to be liable to increased penalties”⁶⁷⁹.

Partiendo de las definiciones precitadas, vemos que la vulnerabilidad humana es una categoría transversal que abarca *il corpo* del ser humano y, en una medida equivalente, su *psique*.

De ese modo, no sólo se limita a la posibilidad de que el hombre o la mujer padezcan daños externos sobre su cuerpo (enfermedades, accidentes, etc.); sino que incluye la probabilidad de que seamos heridos en el aspecto interno de nuestra personalidad, por ejemplo, cuando somos constreñidos a comportarnos de una manera o de otra, si somos *tentados* a cometer actos ilícitos, si nuestras acciones son juzgadas más duramente de acuerdo al lugar que ocupamos dentro de la sociedad⁶⁸⁰, etc.

En este orden de ideas, podemos afirmar que una característica de la vulnerabilidad es su universalidad, es decir, es una condición que forma parte de la antropología del ser humano. Todos/as estamos expuestos a los riesgos, a lo mejor ocurren sucesos inesperados, o nos alcanza la muerte prematuramente o quizás otra persona nos causa un perjuicio; en síntesis, el ser vulnerables es una cualidad que nos acompaña a lo largo de nuestra vida⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ “Un significado de ‘vulnerable’ es el de ser susceptible de algo, algo naturalmente malo, como una enfermedad o una infección...Un segundo significado...es el de ser capaz de ser herido física o emocionalmente...Un tercer significado de ‘vulnerable’ es el de ser capaz de ser persuadido o tentado...Y un cuarto significado es el de ser propenso a recibir sanciones mayores” (traducción propia). Hoffmaster, B., “What Does Vulnerability Mean?”, *The Hastings Center Report*, Vol. 36, Núm. 2, marzo-abril, 2006, p. 38, disponible en: https://www.jstor.org/stable/3528401?seq=1#metadata_info_tab_contents, fecha de revisión 1 de octubre de 2021.

⁶⁸⁰ En este punto, se afirma que las personas en posiciones de autoridad o de gobierno (políticos, maestros, padres, dirigentes, etc.) son vulnerables en la medida en que sus actos afectan directa o indirectamente a los sujetos que están bajo su influencia. Su vulnerabilidad está dada por el hecho de que a quien más poder se le da, más responsabilidades se le exigen.

⁶⁸¹ “Los seres humanos son vulnerables a una gran cantidad de aflicciones diversas y la mayoría padece alguna enfermedad grave en uno u otro momento de su vida. La forma como cada uno se enfrenta a ello depende sólo en una pequeña parte de sí mismo. Lo más frecuente es que todo individuo dependa de los demás para su supervivencia, no digamos ya para su florecimiento, cuando se enfrenta a una enfermedad o lesión corporal, una alimentación defectuosa, deficiencias y perturbaciones mentales y la agresión o negligencia humanas”. MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. Beatriz Martínez de Murguía, Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, p. 15.

Sin embargo, la tradición cultural más cercana a la defensa del individualismo, la autonomía y la independencia ha tratado de ubicar a la vulnerabilidad en un segundo plano⁶⁸², asimilándola a la debilidad.

Esta visión de la vulnerabilidad como desventaja, ha creado una especie de muro de separación entre los vulnerables y los fuertes, entre los que poseen unas características que los sitúan dentro del rango de la normalidad y entre quienes, por tener atributos diferenciadores o vivir en determinados entornos sociales, no pertenecen a la media de lo que es considerado común en la dinámica social.

El profesor Sarteau explica mejor este punto de vista, al indicar que “Quienes no aceptan la vulnerabilidad como consecuencia directa de nuestra misma condición mortal, es decir, como manifestación típica de humanidad, muy ingenuamente llegan hasta dividir el mundo entre los unos y los otros, entre ellos y los demás: los sanos y los enfermos, los capacitados y los discapacitados, los adultos y los menores, los jóvenes y los viejos, los conscientes y los inconscientes”⁶⁸³, etc.

De suerte que, el primer giro que debe hacer la filosofía del derecho para percibir la verdadera riqueza conceptual que se esconde detrás de la vulnerabilidad humana, parte de eliminar el excesivo peso que tradicionalmente ha tenido su enfoque negativo.

Para desvirtuar esa postura negativa hay que ser conscientes de que una parte esencial de dicha categoría la constituyen las relaciones humanas, de manera que no se puede ir más allá en el análisis de la vulnerabilidad a partir del universo del individualismo. La vulnerabilidad involucra el hecho de mantener contacto y desarrollar vínculos (físicos o emocionales) con los demás seres humanos.

⁶⁸² Feito, L., “Vulnerabilidad”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Vol. 30, Núm. Extr. 3, 2007, p. 8, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181268>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁸³ Sarteau, C., “La dignidad del vulnerable no tiene precio...”, *Cuadernos de Bioética...*, óp. cit., p. 105. Al respecto, el profesor MacIntyre indica: “Cuando se habla en los libros de filosofía moral de los enfermos o de quienes padecen alguna lesión o sufren alguna discapacidad, se les trata casi exclusivamente como individuos que pueden ser objeto de benevolencia por parte de los agentes morales, quienes aparecen, en cambio, como sujetos continua y constantemente racionales, con buena salud y que no padecen alteración alguna. De ese modo, al reflexionar sobre la discapacidad, se invita a pensar en los ‘discapacitados’ como ‘ellos’ diferentes de ‘nosotros’, como un grupo de personas distintas y no como individuos como nosotros, en cuya situación nos hemos visto alguna vez, o nos vemos ahora o probablemente nos veremos en el futuro”. MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, óp. cit., p. 16.

Aquí es importante precisar que tales relaciones no se refieren sólo a aquellas denominadas de “profundidad”, a saber, las que entablamos con los miembros de nuestro círculo más cercano⁶⁸⁴; sino que para distinguir el carácter fundamental que la vulnerabilidad juega en la mecánica social es menester asimilar que aunque el *otro* no sea mi *cercano*, es tan vulnerable como yo.

Para resumir, la vulnerabilidad es una condición que disfruta de universalidad; demanda la existencia de conexiones entre los seres humanos y, además de un sentido negativo (capacidad de ser dañados), también posee un aspecto positivo.

4.1.1 *El sentido positivo de la vulnerabilidad*

La dimensión positiva de la vulnerabilidad se centra en visibilizar nuestra propia fragilidad para lograr reconocernos en la de los demás; es decir, la percepción de los otros inicia en el auto reconocimiento de nuestro yo vulnerable. Tal cara positiva abarca acciones específicas en favor de todas esas personas que, siendo diferentes a mí, comparten un rasgo conmigo: el de ser vulnerables.

Cuando reflexionamos así somos impulsados a colocar nuestras capacidades al servicio de los demás con la intención de menguar o sanear su fragilidad que, en resumidas cuentas, es la nuestra. Dicho de otro modo la situación de peligro del otro, directa o indirectamente, es también la mía.

La riqueza de la vulnerabilidad reposa sobre esa realidad, la de que tenemos un deber de solidaridad con los seres humanos que nos rodean con independencia de si poseemos relaciones estrechas con ellos o de si son unos completos desconocidos. Todos/as nos debemos protección por el hecho de que todos/as estamos expuestos⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ La familia, los compañeros de trabajo o de la escuela, los amigos o las personas que forman parte del entorno en el que nos desenvolvemos diariamente.

⁶⁸⁵ “Los individuos logran su propio bien sólo en la medida en que los demás hacen de ese bien un bien suyo, ayudándole durante los períodos de discapacidad, para que él a su vez se convierta...**en la clase de ser humano que hace del bien de los demás su propio bien** (...) Para formar parte de la red de relaciones de reciprocidad como lo exigen las virtudes, hay que entender que es posible que uno tenga que dar mucho más de lo que ha recibido, desproporcionadamente, y que podría ser que no recibiera nada de aquellos a quienes está obligado a dar. También es necesario comprender que **el cuidado que se procure a los demás ha de ser en buena medida incondicional, puesto que lo que se requiere de una persona está determinado fundamentalmente...por las necesidades de los demás**” (negrita no original). MacIntyre,

Por consiguiente, aunque la regla general es que los humanos/as “...somos seres concretos y enraizados, limitados, sin control absoluto de la situación; [estamos]...llenos de posibilidades reales”⁶⁸⁶. En consecuencia, el aspecto activo de la vulnerabilidad nos lleva a ofrecer a las otras personas garantías efectivas para que dichas posibilidades se cumplan, a utilizar todas nuestras capacidades para que los demás se desarrollen.

Entonces, “...sia nel senso negativo (ogni *vulnus*, ogni ferita, è arrecata da qualcun altro), sia nel senso positivo (la risposta al *vulnus* è la cura: l’intervento benefico di un altro soggetto capace di apportare guarigione o almeno lenimento)”⁶⁸⁷, la vulnerabilidad se convierte en un principio universal que tiene un tronco común, la propia naturaleza humana.

Así concebida esta condición, lejos de ser un factor de separación como tradicionalmente se ha entendido por parte de quienes defienden posturas individualistas, se convierte en un “... ‘puente’ entre comunidades diversas y plurales pues aunque somos distintos en ideas y creencias, todos somos ‘igualmente vulnerables’”⁶⁸⁸.

Ahora, nadie niega que percibir la vulnerabilidad de esta manera genera una especie de miedo, en otras palabras, “We fear vulnerability most immediately because of the particular harms we seek to avoid. But we fear vulnerability most profoundly because of the power we seek to retain”⁶⁸⁹. Es como si pensarnos vulnerables nos exigiera perder el derecho a autodeterminarnos al entrar en una zona de no seguridad.

A., *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, óp. cit., pp. 128-129.

⁶⁸⁶ De la Torre Díaz, F., “Vulnerabilidad. La profundidad de un principio de la bioética”, *Perspectiva Teológica*, Vol. 49, Núm. 1, enero-abril, 2017, p. 164, disponible en: <http://faje.edu.br/periodicos/index.php/perspectiva/article/view/3695/3782>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁶⁸⁷ “...sea en el sentido negativo (cada *vulnus*, cada herida, es causada por alguien más), sea en el sentido positivo (la respuesta al *vulnus* es la cura: la intervención en beneficio de algún otro sujeto capaz de aportar sanidad o por lo menos alivio)” (traducción propia). Sarteau, C., “Da Oviedo a Parigi: la vulnerabilità prima e dopo l’autonomia”, *Medicina e Morale*, Vol. 66, Núm. 6, 2017, p. 789, disponible en: <https://www.medicinaemorale.it/index.php/mem/article/view/520>, última revisión 1 de octubre de 2021.

⁶⁸⁸ De la Torre Díaz, F., “Vulnerabilidad. La profundidad de un principio de la bioética”, *Perspectiva Teológica*, óp. cit., p. 156.

⁶⁸⁹ “Tememos a la vulnerabilidad de manera más inmediata, debido a los daños particulares que buscamos evitar. Pero tememos a la vulnerabilidad con más profundidad debido al poder que buscamos retener” (traducción propia). Hoffmaster, B., “What Does Vulnerability Mean?”, *The Hastings Center Report...*, óp. cit., p. 41.

Sin embargo, la vulnerabilidad no nos reclama que entreguemos un poder, más bien, nos pide asimilar que desde nuestra concepción hemos convivido con ella. Lograr reconocer que la vulnerabilidad es parte de nosotros y de los otros, es la base para crear ese nosotros común que resulta vital para la convivencia pacífica dentro de las sociedades.

4.2 De los distintos tipos de vulnerabilidad

A su turno, habiendo dado una definición aproximada del concepto de vulnerabilidad y dando por cierto el hecho de que todos somos frágiles, surge la pregunta acerca de si hay o no distintos tipos de dicha categoría.

Hemos definido genéricamente al vulnerable como “...aquel cuya autonomía, dignidad o integridad pueden ser amenazadas”⁶⁹⁰, pero la universalidad de tal descripción no implica que todos/as padezcamos los mismos riesgos o necesitemos igual clase de acciones positivas por parte de los demás.

Para comprender esta idea hay que enfocarse en la realidad socio económica en la que vivimos. Dentro de las sociedades hay “espacios de vulnerabilidad”, es decir, lugares donde se es más propenso a sufrir daño. Por ejemplo, “Todos los niños son vulnerables a la enfermedad pero si viven en contextos de falta de higiene la vulnerabilidad aumenta. Todos somos vulnerables a la violencia pero si vivimos en un barrio violento con altos niveles de violencia nuestra vulnerabilidad aumenta”⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Feito, L., “Vulnerabilidad”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, óp. cit., p. 15.

⁶⁹¹ De la Torre Díaz, F., “Vulnerabilidad. La profundidad de un principio de la bioética”, *Perspectiva Teológica*, óp. cit., p. 159.

Al respecto el artículo 25 de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, *de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana*, define qué es un espacio de vulnerabilidad, así: “1. Los espacios vulnerables se definen como lugares ubicados en el territorio de la Comunitat Valenciana que, por sus características urbanísticas/residenciales, sociales, laborales o económicas, precisan de una actuación integral.

(...)

3. La calificación de espacio vulnerable se establecerá cuando concurren en el territorio algunas de las siguientes situaciones, según se establezca reglamentariamente:

- a) Degradación de carácter urbanístico y residencial, con falta de conservación o deterioro de las viviendas.
- b) Déficits de equipamientos o de recursos comunitarios o socioculturales.
- c) Existencia de infravivienda tanto de carácter vertical como horizontal.
- d) Deficiencias en las vías y redes de comunicación.
- e) Dificultades para la movilidad urbana.
- f) Carencias en las redes de saneamiento o alumbrado público.
- g) Falta de ordenación o degradación del espacio.
- h) Ausencia de tecnologías de la información en los edificios e infraestructuras del espacio urbano.

En ese sentido, comoquiera que la vulnerabilidad está asociada a las condiciones del medio en el cual crecemos existen al menos dos tipos de la misma, así: “...una vulnerabilidad antropológica, entendida como una condición de fragilidad propia e intrínseca al ser humano, por su ser biológico y psíquico; y una vulnerabilidad socio-política, entendida como la que se deriva de la pertenencia a un grupo, género, localidad, medio, condición socio-económica, cultura o ambiente que convierte en vulnerables a los individuos (...)”⁶⁹².

Conforme a lo anterior, la vulnerabilidad antropológica se origina en la propia condición corporal y espiritual del ser humano, es exterior e interior y afirma no sólo nuestra impotencia o debilidad frente a los peligros que enfrentamos, sino que además deja al descubierto que nuestra vida se encuentra en proceso de construcción, que es finita y por lo tanto moldeable⁶⁹³. Esta vulnerabilidad abraza tanto los aspectos físicos de la existencia humana, como la capacidad de pensar, de manifestar emociones, de desarrollar una comprensión de la moral, etc.

Por su parte, la vulnerabilidad social se relaciona con las situaciones de especial fragilidad que soportan las personas que habitan en determinados escenarios. Estos espacios son “...centros de confluencia de amenazas potenciales que, aun no siendo por sí mismas dañinas, se convierten en entornos deletéreos”⁶⁹⁴. Allí las personas son expuestas a circunstancias que no pueden controlar y que terminan por llevarlas a un estado de desprotección.

Hasta aquí, hemos dicho que la vulnerabilidad posee una “...dimensión de susceptibilidad al daño, condicionada por factores intrínsecos y extrínsecos, anclada en

i) Persistencia de elevadas tasas de desocupación, baja tasa de actividad económica o fragilidad de las economías familiares.

j) Bajos niveles educativos, elevado índice de segregación escolar o elevado índice de absentismo escolar o de fracaso escolar.

k) Déficit de recursos educativos públicos para la población vulnerable de cero a tres años, en condiciones de calidad y de acceso gratuito.

l) Falta de las condiciones necesarias de higiene y salubridad para el desarrollo de una convivencia comunitaria digna”. Disponible en:

<https://www.boe.es/eli/es-vc/1/2019/02/18/3/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁶⁹² Feito, L., “Vulnerabilidad”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, óp. cit., p. 8.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 11.

la radical fragilidad del ser humano [antropológica], pero sin duda atribuible en buena medida a elementos sociales y ambientales [sociopolítica]”⁶⁹⁵.

Ahora bien, considerando que no en todos los lugares contamos con las mismas posibilidades de sufrir daños, cuando realizamos acciones para ayudar a las demás personas a salir de la vulnerabilidad social debemos tener en cuenta los “niveles de susceptibilidad”.

Con miras a explicar lo anterior imaginemos el caso de un par de niños/as españoles, que tienen 12 años de edad y que proceden de distintos medios familiares. Supongamos que el menor A creció en el seno de una familia de clase media regular, en una ciudad de tamaño intermedio, dentro de un barrio residencial tradicional, cerca de sus familiares y que, actualmente, asiste a un colegio público cerca de su domicilio.

Por otro lado, tenemos al niño/a B quien vive en la misma ciudad y asiste a la escuela arriba mencionada, con la diferencia que éste ha sido declarado en situación de desamparo por la Entidad Pública competente y hoy día es tutelado por la Administración en un centro residencial para menores, ubicado en el mismo barrio del menor A. Adicionalmente, el contacto con sus progenitores le ha sido prohibido en pro de salvaguardar su interés superior, dado que aquéllos se dedican a negocios ilícitos y lo habían maltratado psicológicamente durante varios años.

A su turno, desde hace algún tiempo, la institución educativa a la que asisten ambos pequeños/as sufre la constante amenaza de delincuentes que ofrecen dinero a los alumnos/as, a cambio de que realicen el transporte de pequeñas cantidades de narcóticos de un lugar a otro.

Ante tal problemática, los dos infantes comparten una vulnerabilidad social general, es decir, ambos están expuestos a que fuera de la escuela les propongan participar en acciones irregulares para conseguir dinero.

⁶⁹⁵ *Ídem.*

Pese a ello, el nivel de susceptibilidad que experimentan no es equivalente. Las estrategias que ha de usar el derecho, así como las acciones positivas que recaerán sobre las personas que ejercen autoridad sobre el niño desamparado (profesores, tutores, psicólogos escolares, etc.), serán diferentes a las que han de aplicarse frente al otro infante.

Por las condiciones particulares que atraviesa el menor B su fragilidad es mayor, sus necesidades afectivas (vulnerabilidad antropológica) también lo son y es más susceptible a padecer un daño. Así las cosas, aunque los sujetos responsables de ambos niños/as tendrán que emplear el mismo empeño en alcanzar su protección, deberán ejecutar acciones distintas en cada caso.

En conclusión, al hablar de la vulnerabilidad social no sólo hay que considerar los entornos peligrosos en los que pueden crecer las personas, sino también los distintos niveles de susceptibilidad en que sitúan las mismas; todo ello, con el fin de ejecutar acciones positivas eficaces a la hora de menguar su especial fragilidad⁶⁹⁶.

4.3 De la capacidad para recibir

Desde un punto de vista práctico, un requisito básico para que las acciones que se derivan del aspecto positivo de la vulnerabilidad cumplan su propósito, es el de que los seres humanos como dadores/receptores desarrollemos la capacidad de recibir⁶⁹⁷.

Sobre el tema, hay quienes entienden a la misma vulnerabilidad como "...la condición 'para recibir' la...donación [acciones] de los padres, de los mayores y de la sociedad. De ahí la importancia de aprender a recibir, acoger, depender, de cultivar las

⁶⁹⁶ Al hablar de acciones positivas nos referimos tanto a las de "hacer" algo, como a las de "abstenernos" de hacer o a las de "negar" nuestros propios intereses.

⁶⁹⁷ Mientras vivimos solemos dar algo de nosotros, pero a la vez somos receptores de algo de los demás. Al respecto, el profesor MacIntyre expresa que el ser humano "...sabe que ha recibido atención y cuidado, y sabe que se espera que a su vez preste esos cuidados de vez en cuando; y sabe que habiéndose ocupado de cuidar a otros, tendrá necesidad también de vez en cuando de que los demás le cuiden". MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, óp. cit., p. 101.

virtudes del recibir. La vulnerabilidad es acogida absoluta, es saber ser limitado para poder crecer”⁶⁹⁸.

Ahora, dicha actitud de recibir no puede ser confundida con la fomentada por la corriente individualista actual según la que detentamos el derecho a tomar lo que nuestros intereses demandan, sin sopesar el esfuerzo que los otros tendrán que hacer para este cometido⁶⁹⁹.

Antes bien, el sentido del recibir pregonado por la vulnerabilidad nos lleva a vernos tan necesitados y frágiles, que estamos dispuestos a aceptar lo que los demás nos dan sólo por el hecho de que son tan o aún más frágiles que nosotros.

Para ilustrar mejor lo anterior, utilizaremos el ejemplo de los dos menores vulnerables a los que nos referimos en el apartado precedente. Supongamos que después de evaluar la problemática de la inducción a la delincuencia, el tutor escolar asignado al niño B le propone acompañarlo todos los días al salir de clase en el retorno al centro donde reside, evitando con ello que pueda ser “tentado” por los traficantes de narcóticos.

Ante tal escenario pueden ocurrir dos cosas. Por una parte, es posible que el menor acepte la propuesta de su tutor y que la medida de apoyo se mantenga hasta que las autoridades capturen a los traficantes, o hasta que el menor desarrolle un sentido de la moral pública que haga innecesario el apoyo docente.

Por otra parte, es dable que el niño/a rechace la propuesta del educador argumentando que mientras vivió con sus padres éstos le enseñaron cómo obtener beneficios económicos a través de medios ilícitos por lo que, en su criterio, la conducta de los traficantes no es “tan” peligrosa.

⁶⁹⁸ De la Torre Díaz, F., “Vulnerabilidad. La profundidad de un principio de la bioética”, *Perspectiva Teológica*, óp. cit., p. 167.

⁶⁹⁹ Ejemplos de esta afirmación los percibimos en situaciones de la vida cotidiana, así: para tener prendas de ropa a bajo precio, son explotados trabajadores en fábricas insalubres; para obtener recursos no renovables que soportan el *american way of life*, explotamos el planeta sin pensar en las generaciones futuras, etc., la lista podría extenderse en demasía.

La negativa del niño sólo puede ser entendible desde la óptica del individualismo. Es probable que aquél, al igual que la mayoría de los seres humanos, piense que solamente debe recibir de los demás aquello que desea (en este caso, la asistencia del educador no iría en línea con sus deseos).

Sin embargo, lo que comporta una filosofía de protección al niño/a cimentada en la correcta comprensión de la vulnerabilidad, es una actitud del docente que no se rinda ante la negativa, que instruya al menor en la capacidad de recibir y que, pese a la respuesta del pequeño, continúe ofertándole lo mejor de sus herramientas personales y físicas. Este profesor tendrá que brindar asistencia al infante de manera constante, marcando el límite al apoyo sólo cuando ocurran eventos que amenacen su propia integridad personal⁷⁰⁰.

Ejercitar al niño/a en el hábito de recibir no lo que quiere sino lo que necesita en determinadas circunstancias, sobre todo cuando hablamos de menores desamparados normalmente carentes de educación en el ámbito de la moral pública, es requisito imprescindible para su correcto desarrollo⁷⁰¹. Eso sí, escuchando su opinión conforme a su madurez en los términos del artículo 12 CDN⁷⁰².

Volviendo a nuestro ejemplo, asumimos que el menor declarado en desamparo no posee unos elementos de juicio suficientes para rechazar las propuestas ilegales o que su educación ha estado viciada, de forma que las personas a su alrededor deben guiarlo hacia la toma de buenas decisiones, iniciando por idear estrategias que lo familiaricen con la capacidad de recibir derivada de su condición vulnerable⁷⁰³.

⁷⁰⁰ Si el menor asume una postura agresiva o peligrosa para el maestro.

⁷⁰¹ Para profundizar en el tema de la necesidad de dependencia natural de los niños/as, véase: Garibo Peyró, A., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, óp. cit., pp. 217-222.

⁷⁰² “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño(...)”. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁷⁰³ En palabras del profesor MacIntyre, ese aprendizaje por parte del menor de la capacidad de recibir, se traduce en educarlo en las virtudes del reconocimiento de la dependencia necesarias para que se convierta en un razonador práctico independiente. Frente al particular tal autor manifiesta: “Lo que consiguen quienes cumplen la función de un buen padre es conducir al niño al punto en que éste es educable, no sólo por ellos sino también por otra diversidad de maestros. Éste es el primer paso para que el niño se independice como razonador, puesto que el niño, para ser educable, **ha tenido que aprender a distanciarse de sus propios deseos y a preguntar si la satisfacción aquí y ahora de uno u otro deseos es lo mejor para él**; de esta manera, el niño pasa de un estado animal inicial en *que tiene razones para actuar de una determinada manera y no de otra*, a una condición específicamente humana en *que es capaz de evaluar esas razones, revisarlas o descartarlas y sustituirlas por otras*” (negrita no original). MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, óp. cit., p. 110.

A guisa de conclusión señalamos que la vulnerabilidad “...muestra que el ser humano es un ‘ser quebradizo’ que puede romperse, resquebrajarse y desmoronarse en distintos ámbitos:...social (vulnerabilidad objetiva, grupos vulnerables, vulnerabilidad provocada, marginación, abandono, exclusión, conflicto, etc.), familiar (familias rotas, migrantes, abusos, violencia, paro, etc.), biológico (infancia, enfermedad, dolor, vejez, etc.)...”⁷⁰⁴, entre otros.

Por ende, en lo que atañe a la infancia, nuestro deber es lograr que los niños/a que han crecido en espacios de vulnerabilidad se familiaricen con la capacidad de recibir, con el propósito de que puedan aprender a mantener relaciones sociales estables.

4.4 *La vulnerabilidad humana como principio jurídico*

Elevar la vulnerabilidad a la categoría de principio jurídico no es una tarea sencilla. De hecho, son pocas las leyes nacionales o convenciones internacionales que le han otorgado tal rango dentro de su articulado. Pese a ello, en las áreas de la bioética y el bioderecho encontramos dos declaraciones internacionales que se han pronunciado a este respecto y que pueden servir de fundamento para conferirle tal calidad.

4.4.1 *La Declaración de Barcelona*

Antes de empezar con el análisis de esta Declaración advertimos que su naturaleza jurídica es la de ser un texto con vocación internacional, pero sin peso legal. No obstante, el estudio de la misma resulta conveniente para nuestra investigación comoquiera que ubica a la vulnerabilidad en el nivel de principio rector de las actuaciones relacionadas con la bioética y el bioderecho.

Precisado lo anterior, comenzamos diciendo que dicho documento fue adoptado en noviembre de 1998, por un grupo de expertos de distintos países⁷⁰⁵ quienes

⁷⁰⁴ De la Torre Díaz, F., “Vulnerabilidad. La profundidad de un principio de la bioética”, *Perspectiva Teológica*, óp. cit., p. 164.

⁷⁰⁵ La Declaración fue fruto de un trabajo de investigación realizado en el marco del proyecto europeo BIOMED-II. Con ella se pretendió ofrecer a la Comisión Europea una serie de principios éticos básicos para la bioética y el bioderecho, distintos a los tradicionales norteamericanos de corte más individualista. La publicación definitiva de los resultados de esa investigación fue recogida en un texto del año 2000 producido por el Instituto Borja de Bioética y el Centre for Ethics and Law de Copenhagen. A este respecto,

propusieron cuatro principios éticos básicos para la bioética y el bioderecho europeos: autonomía, dignidad, integridad y vulnerabilidad. Tales principios serían los referentes básicos a los que se tendría que acudir para resolver las cuestiones bioéticas actuales de protección a la vida.

En lo que concierne a la definición de la vulnerabilidad se formularon dos ideas básicas, así: “...(a) It expresses the finitude and fragility of life which, in those capable of autonomy, grounds the possibility and necessity for all morality. (b) Vulnerability is the object of a moral principle requiring care for the vulnerable. The vulnerable are those whose autonomy or dignity or integrity are capable of being threatened”⁷⁰⁶.

La primera acepción es la más común, en cuanto indica que la vulnerabilidad expresa la condición finita y frágil que acompaña a todos/as los seres humanos. No obstante, cuando la Declaración expresa de manera general que el vulnerable es un sujeto “capaz de autonomía”⁷⁰⁷ quiere decir que poseen tal condición tanto las personas que ya ejercitan plenamente su autodeterminación (adultos), como las que están en proceso de adquirir tal facultad (menores o discapacitados).

Por su parte, la segunda acepción refleja el sentido activo de la vulnerabilidad al exigir que se realicen acciones positivas en beneficio de aquellos que son frágiles. Según esta vertiente la vulnerabilidad debe ser comprendida como el puente entre la moral que

véase: Rendtorff, J. y Kemp, P., *Basic ethical principles in European bioethics and biolaw*. Instituto Borja de Bioética, Barcelona, 2000.

⁷⁰⁶ “...(a) ésta expresa la finitud y la fragilidad de la vida que, en aquellos capaces de autonomía, fundamenta la posibilidad y la necesidad de toda la moralidad. (b) Vulnerabilidad es el objeto de un principio moral que exige cuidado para el vulnerable. Los vulnerables son aquellos cuya autonomía o dignidad o integridad pueden ser amenazadas” (traducción propia). The Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw (adopted in November 1998 by Partners in the BIOMED II Project), disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/barcelona.html>, fecha de búsqueda 1 de octubre de 2021.

⁷⁰⁷ La Declaración precisa que la autonomía no debe ser interpretada en el sentido liberal, sino que hay cinco capacidades que caracterizan a una persona autónoma: “...1) the capacity of creation of ideas and goals for life, 2) the capacity of moral insight, ‘self-legislation’ and privacy, 3) the capacity of reflexion and action without coercion, 4) the capacity of personal responsibility and political involvement, 5) the capacity of informed consent. But autonomy cannot express the full meaning of respect for and protection of the human being. Autonomy remains merely an ideal, because of the structural limitations given to it by human finitude and dependance on biological, material and social conditions, lack of information for reasoning, etc.”. *Ibidem* (recurso electrónico).

tienen los extraños en una sociedad plural y las políticas básicas comunes sobre las que se construye el estado de bienestar⁷⁰⁸.

En otras palabras, ese deber de cuidado fruto de la vulnerabilidad no es otra cosa que la convergencia entre las distintas percepciones de lo bueno ideadas en la mente de cada ser humano (moral personal) y la definición del bien general que cimenta las políticas públicas estatales (moral pública).

Por lo tanto, la Declaración nos da a entender que para la promoción de acciones positivas basadas en el principio de vulnerabilidad se requiere establecer un marco común de solidaridad y responsabilidad⁷⁰⁹, garantizado principalmente por los sujetos que se ubican en posiciones de gobierno.

Pese a ello, en la agenda política moderna cualquier tipo de vulnerabilidad ha tratado de ser eliminada (sufrimiento, anormalidad, sordera, discapacidad, etc.) con el propósito de crear seres humanos perfectos y productivos⁷¹⁰. Poniendo de manifiesto que uno de los grandes problemas a los que se enfrenta el reconocimiento de la vulnerabilidad como principio jurídico, es el pensamiento individualista imperante en las sociedades modernas.

En conclusión, aunque el texto de la Declaración no tuvo mucha acogida internacional, uno de sus mayores aciertos fue el de evidenciar que la vulnerabilidad, como principio jurídico, sólo alcanzará plena eficacia si los Estados se comprometen a incluirlo dentro de su normativa o a integrarlo en sus políticas públicas.

4.4.2 *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*

Proclamada en París el 19 de octubre de 2005, establece en su artículo 8 el respeto a la integridad humana y a la vulnerabilidad personal, en los siguientes términos: “Al

⁷⁰⁸ Rendtorff, J., “Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, Vol. 5, Núm. 3, octubre, 2002, p. 237, disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1023%2FA%3A1021132602330.pdf>, revisado el 1 de octubre de 2021.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 238.

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 237.

aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos”⁷¹¹.

Haciendo una lectura rápida del artículo observamos que no da una definición del principio de vulnerabilidad; más bien, hace mención a la protección y respeto de que son merecedores las personas o los grupos especialmente vulnerables.

Por tal razón, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO publicó en 2013 un informe referido al principio de respeto por la vulnerabilidad humana y la integridad personal, en el cual señaló que “Vulnerability, in its first and more general sense, is an essential feature of human nature and may therefore boost awareness of a common destiny and responsibility”⁷¹².

Partiendo de tal significado, el citado Comité no sólo afirma que la vulnerabilidad es una cualidad inherente a la naturaleza humana, sino que igualmente la relaciona con el principio de solidaridad. Así, se considera que la primera puede ser un punto de partida en la construcción del sentido de responsabilidad global derivado del segundo.

A su turno, una persona está inmersa en una situación de vulnerabilidad cuando “something fundamental is indeed at stake”, esto es, cuando algo fundamental está realmente en juego. Y, desde nuestro punto de vista, ese algo fundamental no debe ser otra cosa que un derecho humano.

En ese orden de ideas, aunque la vulnerabilidad es una categoría universal, si una persona es considerada jurídicamente vulnerable surgen a su favor una serie de derechos concretos. Es decir, las acciones que tienen su fuente en una norma que protege a una

⁷¹¹ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, fecha de búsqueda 1 de octubre de 2021.

⁷¹² “Vulnerabilidad, en su primer y más general sentido, es una característica esencial de la naturaleza humana y puede, por lo tanto, impulsar la conciencia de un destino y una responsabilidad comunes” (traducción propia). UNESCO, *The principle of respect for human vulnerability and personal integrity* [report], París, 2013, p. 5, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000219494>, última revisión 1 de octubre de 2021.

persona vulnerable son de obligatorio cumplimiento, mientras que las acciones emanadas de la vulnerabilidad natural son de orden moral.

De ahí el cuidado que se debe tener a la hora de otorgar a una persona el estatus legal de vulnerable, habida cuenta que una equivocación u omisión en tal sentido significaría que la Administración o los individuos invirtieran unos recursos económicos y humanos en mejorar la situación de personas que realmente no lo necesitan.

En lo que se refiere a la niñez, el informe de la UNESCO nos dice que el “...article 8 does not require us to protect vulnerability as such, but rather vulnerable individuals, families and groups in the contexts in which they live. While some groups of people can always be considered vulnerable because of their status (e.g. children), others may be vulnerable in one situation but not in another”⁷¹³.

De conformidad con lo transcrito, los niños/as poseen una vulnerabilidad general que nace de su misma naturaleza (estatus, en palabras del Comité) y que implica el desarrollo paulatino de su autonomía y; de igual modo, aquéllos pueden adquirir una condición de vulnerabilidad proveniente del contexto en el que crezcan. Con independencia de ello, la regla básica es que “...children are assumed to be vulnerable regardless of their social conditions”⁷¹⁴.

En la misma línea argumentativa “The Declaration, taken as a whole, enjoins governments, but also public and private institutions and individuals, to exercise greater vigilance in protecting the well-being of every human being in the face of advances in the fields of medicine, life sciences and associated technologies”⁷¹⁵.

⁷¹³ “...el artículo 8 no nos obliga a proteger la vulnerabilidad como tal, sino a los individuos, familias y grupos vulnerables en los contextos en que viven. Mientras que algunos grupos de personas siempre pueden ser considerados vulnerables debido a su estatus (ej. Niños), otros pueden ser vulnerables en una situación pero no en otra” (traducción propia). *Ibidem*, p. 13.

⁷¹⁴ “Se asume que los niños son vulnerables independientemente de sus condiciones sociales” (traducción propia). *Ibidem*, p. 14.

⁷¹⁵ “La Declaración, en su conjunto, ordena a los gobiernos, pero también a las instituciones públicas y privadas y a los individuos, que ejerzan una mayor vigilancia en la protección del bienestar de cada ser humano, frente a los avances en los campos de la medicina, las ciencias de la vida y tecnologías asociadas...”. *Ibidem*, p. 13.

Acorde con lo citado, en el campo de la bioética debe existir una responsabilidad estatal, institucional, comunitaria e individual frente a la salvaguarda del bienestar de cada ser humano. Ahora, si trasladáramos tal premisa al caso de los menores desamparados tendríamos que el Estado (por medio de sus Entidades Públicas), la población en general y los individuos en particular deberíamos tener una responsabilidad compartida a la hora de brindar protección y apoyo a ese colectivo de niños/as.

Finalmente, aunque la tarea de promulgar leyes para proteger la vulnerabilidad particular de cada ser humano es una empresa de difícil ejecución, la Declaración de Bioética de la UNESCO de 2005 tuvo la virtud de ser un primer intento de documento internacional en el que se otorgó a la vulnerabilidad el rango de principio jurídico.

4.5 La conexión entre el principio de vulnerabilidad humana y la protección al menor desamparado

Llegados a este punto analizaremos el modo en el que se interrelacionan el principio de vulnerabilidad humana y la institución del desamparo, explicando las razones por las que creemos que tal principio debería formar parte de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con ese grupo de niños/as.

En primer lugar, el principio de vulnerabilidad humana forma parte de la misma definición de la situación de desamparo. Así como la vulnerabilidad implica la posibilidad de que seamos dañados en la esfera externa o interna de nuestra persona (universalidad); la situación de desamparo está compuesta por un elemento de resultado consistente en que los menores queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Recordemos que la asistencia material alude a la satisfacción de las necesidades primarias del niño/a, tales como alimentación, vestido, habitación, higiene, etc. (esfera externa); mientras que la asistencia moral se refiere a la satisfacción de sus necesidades afectivas (esfera interna).

Por otra parte, hemos comentado que cualquier ser humano que comprenda el sentido positivo de la vulnerabilidad colocará sus capacidades al servicio de los demás y

realizará las “acciones positivas” que sean menester para menguar la vulnerabilidad de sus congéneres. Paralelamente, cuando la Entidad Pública asume la guarda de un menor desamparado está obligada a adoptar las medidas adecuadas para su protección; medidas que no son más que acciones positivas realizadas por la persona jurídica en favor del niño/a vulnerable.

En línea con lo dicho, el principio de vulnerabilidad entraña que “The state guarantees basic liberties by securing a just social order that gives equal protection to the vulnerability of each citizen. Such constitutional obligations are defensive, not supportive; they are designed to keep individuals free from harm”⁷¹⁶. Lo que significa que la función principal del Estado frente a los individuos vulnerables es la de promulgar normas orientadas a defenderlos y a evitar que sufran daños, antes que concentrarse en su asistencia.

Aplicada a la situación de los menores desamparados, esa obligación de utilizar el derecho para “evitar” que los mismos queden desprotegidos (sean vulnerables) se ve plasmada en el artículo 12.1 LOPJM, en el cual se señala que la protección a la infancia por parte de los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de las situaciones de riesgo.

El énfasis en la prevención (defensa) de los menores (personas vulnerables) conllevará a la adopción de medidas (acciones positivas) centradas en mejorar los entornos familiares (espacios de vulnerabilidad) en los que aquéllos se desarrollan. También, esas medidas implicaran que la Entidad Pública eduque al menor en la capacidad de recibir, esto es, que le enseñe a aceptar y comprender el alcance de las acciones emprendidas para impedir su desprotección, de acuerdo con su madurez.

Siguiendo con el análisis, el principio de vulnerabilidad involucra un deber de solidaridad compartida a la hora de cuidar la fragilidad de los demás. De manera que, cuando el artículo 13.1 LOPJM expresa que “Toda persona o autoridad, especialmente

⁷¹⁶ “El estado garantiza libertades básicas al asegurar un orden social justo que brinda igual protección a la vulnerabilidad de cada individuo. Tales obligaciones constitucionales son defensivas, no de asistencia; Están diseñadas para mantener a los individuos libres de daño” (traducción propia). Kottow, M., “The vulnerable and the susceptible”, *Bioethics*, Vol. 17, Núms. 5-6, octubre, 2003, p. 463, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-8519.00361>, consultado el 1 de octubre de 2021.

aquellas que por su profesión, oficio o actividad detecten una situación de riesgo o posible desamparo de una persona menor de edad, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”⁷¹⁷, lo que está haciendo es plasmar en una norma jurídica ese deber de solidaridad emanado del aludido principio.

Igualmente, la Declaración de Bioética de la UNESCO de 2005 explica que los niños/as pueden ser considerados jurídicamente vulnerables desde dos vertientes: por su mismo estatus de niños/as (vulnerabilidad antropológica) o por que adquieren tal condición debido al contexto en el que crecen (vulnerabilidad social).

Curiosamente, en razón a su propia naturaleza y porque en grandes porcentajes suelen provenir de entornos caracterizados por la presencia de carencias o conflictos familiares, sociales, educativos, entre otros; el colectivo de niños/as desamparados se ajusta ampliamente a la anterior definición.

Tal es la influencia que el medio juega en el desarrollo de estos pequeños/as, que el artículo 18.2.e LOPJM incluye como causa de la declaración de desamparo el hecho de que el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, se produzca como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares.

Pasando a otro tema, al estudiar el articulado de la LOPJM notaremos que las referencias al principio de vulnerabilidad humana son escasas. Por ejemplo, el artículo 2.3.b LOPJM incluye dentro de los elementos generales de ponderación del principio del ISM “La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación **por su especial vulnerabilidad**, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante” (negrita no original)⁷¹⁸.

⁷¹⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

⁷¹⁸ *Ibidem* (recurso electrónico).

Y, aunque el precepto precitado haga mención a la “especial vulnerabilidad” del menor, lo cierto es que simplemente incorpora esa categoría como una parte del principio del ISM más no como un principio jurídico independiente.

A su vez, el artículo 11.2 LOPJM enumera cuáles son los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, de la siguiente manera:

- “a) La supremacía de su interés superior.
- b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.
- c) Su integración familiar y social.
- d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección.
- f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten.
- g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social.
- h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten.
- i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.
- j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia.
- k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas.
- l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual.
- m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural”⁷¹⁹.

Evidentemente, dentro del anterior catálogo de principios no aparece el de vulnerabilidad humana. No obstante, desde nuestra óptica, el mismo reúne las condiciones necesarias para pertenecer a dicho grupo de principios teniendo en cuenta que sus bases y elementos se ven reflejados en la regulación civil de la situación de desamparo.

Además, muchos de los principios enunciados en el artículo 11.2 LOPJM podrían formar parte del principio de vulnerabilidad humana, es decir, podrían ser incluidos y absorbidos por el mismo, acortando la extensión del artículo. Por ejemplo, la prevención

⁷¹⁹ *Ibidem* (recurso electrónico).

y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal del menor (letra d), es un reflejo de ese deber de defensa, que no de asistencia, que el principio de vulnerabilidad asigna los Estados frente a las personas vulnerables.

También, el principio de sensibilización de la población ante las situaciones de desprotección (letra e) y la promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social (letra g) son, en cierta medida, extensiones del deber de solidaridad y de la responsabilidad compartida que emanan del sentido positivo de la vulnerabilidad.

Asimismo, el carácter educativo que han de tener todas las medidas que se adopten respecto de los menores (letra f), podría asimilarse a la tarea asignada a las Entidades Públicas de enseñar al menor el sentido positivo de la vulnerabilidad (capacidad de recibir), llevándolo a comprender el alcance de las acciones positivas adoptadas en su beneficio.

Finalmente, otro de los motivos por el que estimamos vital la incorporación del principio de vulnerabilidad dentro del catálogo de principios del artículo 11.2 LOPJM, es por su universalidad. Justamente, las medidas de protección a la infancia desamparada basadas en dicho principio no se detendrían únicamente en apoyar a la persona del menor sino que se extenderían a su familia, habida cuenta que éstos, en la mayoría de los casos, son personas tan vulnerables como aquél.

CONCLUSIONES GENERALES

1. Durante la España decimonónica, la mortalidad infantil generada por los elevados índices de exposiciones y la lactancia mercenaria producía un alto malestar social. Por esa causa, se expidieron las Leyes Generales de la Beneficencia de 1822 y 1849, mediante las que se crearon organismos administrativos (Juntas Municipales y Provinciales) encargados de coordinar el sistema de asistencia a los pobres.

El abandono y la exposición eran recursos ampliamente utilizados por la población en general, de manera que el Estado se centró en establecer reglas para que la práctica de tales conductas no desembocara en la muerte de los menores, antes que en buscar estrategias para erradicarlas.

2. El proceso de revalorización internacional de la vida del niño/a acaecido en las primeras décadas del siglo XX, fue determinante para que en España se consolidara el movimiento pro infancia. A raíz de ello, se expidió la Ley de Protección a la Infancia de 12 de agosto de 1904, orientada a salvaguardar la salud física y moral de los menores de diez años.

A través de dicha Ley se otorgó al Estado, por medio del Consejo Superior de Protección a la Infancia, la función de máximo supervisor y garante del bienestar de la niñez desprotegida; luchando contra la mendicidad, la lactancia mercenaria, la explotación infantil, la delincuencia, la mortalidad y demás circunstancias semejantes.

También, aumentó el presupuesto estatal destinado a la obra de protección de menores, lo que permitió la creación de establecimientos públicos clasificados según las características y necesidades de los niños/as, así como la contratación de personal fijo remunerado para trabajar en los órganos gubernamentales (Consejo Superior y Juntas Provinciales y Municipales).

Más adelante, se colocaron en marcha los Tribunales Tutelares de Menores como organismos administrativos de carácter mixto, que contaban con tres facultades: reformadora, protectora y de enjuiciamiento de mayores. Aunque la razón principal para

su constitución fue la de implantar un sistema de juzgamiento para los menores delincuentes distinto al de los adultos, con el tiempo pasaron a convertirse en entidades protectoras que vigilaban el comportamiento de los progenitores o de las personas encargadas de la guarda de los niños/as.

Igualmente, se incluyeron dentro del Código Penal delitos que castigaban a quienes atentaban contra la vida e integridad de los menores o ejercían inadecuadamente la patria potestad.

3. El Decreto de 2 de julio de 1948, *por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores*, determinó que la obra de protección a la infancia era una institución en la que participaban el Gobierno Central (Consejo Superior de Protección de Menores), las diputaciones y los ayuntamientos (Juntas de Protección de Menores), los Tribunales Tutelares de Menores y las entidades de la beneficencia (públicas o privadas).

Pese a lo anterior, esto es, al deseo de consolidar un sistema nacional de protección a la niñez, la insuficiencia de establecimientos de asistencia continuó siendo un problema. A ello se sumó la tensión generada por la coexistencia de entidades de socorro públicas y privadas, regentadas por personas de diversa ideología política.

En otras palabras, a la escasez de instituciones se agregó la imposibilidad de consolidar armónicamente el sistema con las ya existentes, debido al choque ideológico-político que se producía entre los directores de una y otra⁷²⁰.

Además, había múltiples figuras civiles y administrativas con las cuales se pretendía auxiliar a los niños/as expósitos y abandonados, tales como la adopción, el prohijamiento, la colocación familiar, la guarda, el protector de familia, la tutela, entre otras. Esto, a la par de ser una ventaja, en los casos de los menores conflictivos o mal

⁷²⁰ Recordemos que desde su fundación, el sistema de protección a la infancia se vio afectado por los momentos de inestabilidad política por los que pasó el país en la primera mitad del siglo XX (guerra civil, proclamación de la II República, el Franquismo, etc.). Lo que provocó que la beneficencia y sus instituciones fuesen mutando de acuerdo al pensamiento político que imperaba en cada momento, careciendo de estabilidad.

llamados “anormales” se convirtió en un motivo de inestabilidad, comoquiera que aquéllos pasaban de una medida, familia o institución a otra con demasiada flexibilidad.

4. El movimiento internacional de defensa de la niñez forjado a principios del siglo XX, siguió cobrando fuerza con el paso de los años. Gracias a ello, poco a poco la exposición y el abandono dejaron de ser percibidos como actos normales, para pasar a imponer sanciones a los padres que deliberadamente se desentendían del cuidado de sus hijos/as.

Así las cosas, el auxilio a la infancia desprotegida ya no se centró en la consolidación del sistema institucional de beneficencia, sino en el fortalecimiento de la adopción como una medida a través de la que se podía encontrar una salida permanente al problema de la infancia abandonada y expósita.

5. La Ley de 24 de abril de 1958 fue la primera en reformar el CC en lo relacionado con la adopción, clasificándola en plena y menos plena. A su vez, introdujo dentro del citado Código una referencia expresa al estado de abandono de los menores de cara a su adopción plena, pero sin dar una definición legal de dicha figura.

No obstante, doctrinalmente se entendía que un menor era expósito si había sido dejado o internado en un establecimiento de beneficencia; que era abandonado si a pesar de estar bajo la guarda de una persona determinada, se hallaban física y moralmente desasistido; y que estaba absolutamente desamparado, cuando no contaba con ninguna persona o entidad encargada de su crianza y educación.

Asimismo, bajo el imperio de esta Ley el trámite de adopción de los niños/as abandonados era, en su mayoría, de naturaleza administrativa. De ese modo, eran los directores de las instituciones benéficas los encargados de seleccionar a los adoptantes y verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

En consecuencia, el papel del Juez se reducía a expedir una resolución posterior aprobando o denegando la adopción. Precisamente, ese escaso control judicial

propiciaba el tráfico de niños/as, ya que en muchas ocasiones la designación de los adoptantes se basaba en su posición económica y social⁷²¹.

6. Sin duda alguna la Ley 7/1970, de 4 de julio, tuvo la virtualidad de introducir por primera vez una definición del estado de abandono dentro del articulado del CC, eliminado el uso del término “expósito” que resultaba peyorativo e inadecuado. De acuerdo con tal Ley, se consideraba abandonados a aquellos menores carentes de persona que les asegurara la guarda, alimento y educación. De igual forma, el abandono se dividió en general y calificado, dependiendo de si la entrega del niño/a se efectuaba directamente a un establecimiento de beneficencia o no.

Con todo, la declaración del estado de abandono formaba parte del trámite de adopción, es decir, era una figura creada para facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. En ese sentido, decretando tal estado se dispensaba el asentimiento de los progenitores dentro del procedimiento correspondiente.

Paralelamente, en un intento por luchar contra el tráfico de niños/as, esta Ley asignó a los Jueces de Primera Instancia del domicilio de los adoptantes la competencia para declarar el estado de abandono y aprobar la adopción. A pesar de ello, la ausencia de celeridad en los procedimientos judiciales favoreció la constitución de adopciones irregulares⁷²².

7. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, acabó con la discriminación entre los hijos/as al eliminar las diversas clases de filiación existentes en el CC (legítima, legitimación, ilegítima, natural y adoptiva) para, en cambio, instaurar solamente dos clases: filiación por naturaleza y por adopción.

La igualdad de los hijos/as fue un punto clave en la batalla contra el abandono de menores, considerando que una de las principales causas del mismo era la percepción

⁷²¹ Usualmente las adopciones se acodaban mediando el pago de una suma de dinero a los directores de los establecimientos asilares o a los padres biológicos.

⁷²² Ante los estrados judiciales se utilizaban toda clase de pruebas fraudulentas para demostrar el supuesto estado de abandono de los niños/as y prescindir del asentimiento paterno.

pecaminosa de los niños/as nacidos por fuera del matrimonio y la vergüenza social producto de las relaciones sexuales extramatrimoniales.

8. La Ley 13/1983, de 24 de octubre, reformó el CC en lo concerniente a la tutela, indicando que en dicha materia regirían los principios de pluralidad institucional (varias instituciones tutelares), tutela individual (un sólo tutor para cada individuo) y tutela de autoridad (el Juez como principal supervisor de la institución tutelar). Justamente, en ese principio de tutela de autoridad reposa el fundamento de la actual tutela automática de la Entidad Pública en los casos de desamparo.

9. Mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se llevó a cabo en España una de las más grandes reformas de la adopción y demás instituciones de guarda y protección de menores. En primer lugar, dicha Ley eliminó la clasificación de la adopción (plena y simple) y estableció una única adopción equiparable en todos los efectos civiles a la filiación por naturaleza.

En segundo lugar, suprimió el estado de abandono y creó la situación de desamparo, como una institución autónoma, separada de la adopción, por medio de la que se protege a los niños/as cuando a causa del incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, quedan privados de la necesaria asistencia moral y material.

Así pues, la declaración del desamparo produce que la Entidad Pública asuma automáticamente la tutela del niño/a, pasando a ejercer personalmente la guarda de aquél (a través del acogimiento familiar o residencial), separando al menor de su medio de origen y suspendiendo a sus progenitores en el ejercicio de la patria potestad.

En tercer lugar, tal norma introdujo en el ordenamiento civil las figuras del acogimiento familiar y la guarda voluntaria, como medidas a través de las que la Entidad Pública puede ejercer el cuidado temporal o permanente del menor.

10. Con ocasión a la ratificación de la CDN hecha por España en 1990⁷²³, fue necesario promulgar una norma mediante la que se adaptara la legislación interna a los

⁷²³ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE Núm. 313/1990, de 31 de diciembre,

mandatos de la referida Convención. Por consiguiente, se expidió la LOPJM, cuyo propósito fue el de convertirse en el marco jurídico de protección que vincula a las autoridades y a los poderes públicos en relación con los menores, entendiendo que el niño/a es un sujeto de derechos que posee una capacidad progresiva para ejercerlos.

Entre sus principales aciertos se halló el de establecer un catálogo de derechos de la infancia e introducir la situación de riesgo, como un estadio previo al desamparo en el cual la Entidad Pública brinda apoyo al menor en el seno de su propia familia.

11. Mediante las Leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia expedidas en 2015 (LOMSPIA y LMSPIA) se buscó uniformizar el sistema nacional de protección de menores, sin violar el reparto constitucional de competencias en materia de asistencia social entre el Estado y las CCAA (artículos 148.1.20ª y 149.1.8ª CE).

Así las cosas, la LMSPIA enlistó un conjunto de circunstancias generadoras de la situación de desamparo (artículo 18.2 LOPJM), con el propósito de solventar los problemas interpretativos derivados del carácter de concepto jurídico indeterminado propio de dicha institución.

También, la LOMSPIA definió los elementos y criterios generales de interpretación que debían ponderar las instituciones (públicas o privadas), los Tribunales, o los órganos legislativos a la hora de aplicar el principio del ISM en el caso concreto. Asimismo, fijó un catálogo de deberes de los menores en los ámbitos familiar, escolar y social, correlativos a la titularidad de los derechos que ya, en 1996, les habían sido reconocidos.

Finalmente, con el propósito de complementar la revisión del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia iniciada en 2015, la LPIFV enumeró un listado de hechos indicadores de la situación de riesgo. Por ende, las Entidades Públicas ahora poseen más elementos de juicio para trazar la línea divisoria entre las situaciones de riesgo y las de desamparo.

disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

GENERAL CONCLUSIONS

1. During nineteenth-century Spain, infant mortality due to high exposure rates and mercenary breastfeeding produced a high social unconformity, which resulted in social pressure against the government. For this reason, the General Laws of Welfare of 1822 and 1849 were issued, and administrative bodies (Municipal and Provincial Boards) were created in charge of coordinating the system of assistance to the poor.

Child exposure and abandonment were resources widely used by the general population, for this reason the State focused on establishing rules so that the practice of such behaviors didn't lead to the death of minors, rather than on seeking strategies to eradicate them.

2. The process of international revaluation of the child's life that occurred in the first decades of the 20th century, was decisive for the consolidation of the pro-childhood movement in Spain. As a result, the Child Protection Law of August 12, 1904, was issued, aimed at safeguarding the physical and moral health of children under ten years of age.

In this Law, the State, through the Superior Council for Child Protection, was granted the function of maximum supervisor and guarantor of the well-being of unprotected children, fighting against begging, mercenary breastfeeding, child exploitation, crime, mortality and other similar circumstances.

Also, the state allocated more budget for the protection of minors, which allowed the creation of public establishments classified according to the characteristics and needs of children, and the hiring of paid permanent staff to work in government bodies (Superior Council and Provincial and Municipal Boards).

Later, the Juvenile Guardianship Courts were set up as administrative bodies of a mixed nature, which had three faculties: reforming, protecting, and prosecuting the adults. Although the main reason for its constitution was to implement a system of judging for juvenile offenders different from that of adults, over time they became protective entities

that monitored the behavior of parents or caregiver in charge of the guardianship of children.

Likewise, crimes that punished those who attempted against the life and integrity of minors or improperly exercised parental authority were included in the Criminal Code.

3. The Decree of July 2, 1948, *approving the consolidated text of the legislation on the Protection of Minors*, determined that the child protection was a combined effort from the Central Government (Superior Council of Protection of Minors), the councils and town halls (Boards of Protection of Minors), the Juvenile Guardianship Courts and the charities (public or private).

Despite the foregoing, that is, the desire to consolidate a national child protection system, the insufficiency of care facilities continued to be a problem. Added to this was the tension generated by the coexistence of public and private aid organizations, run by people of different political ideologies.

In other words, the scarcity of institutions was compounded by the impossibility of harmoniously consolidating the system with the existing ones, due to the ideological-political clash that occurred between the directors of one and the other⁷²⁴.

In addition, there were multiple civil and administrative figures with which it was intended to help foundlings and abandoned children, such as adoption, foster care, family placement, family protector, guardianship, among others. This, as well as being an advantage, in the cases of conflictive minors or wrongly called "abnormal" became a reason for instability, as they moved from one measure, family or institution to another with too much flexibility.

4. The international movement for the defense of children, forged at the beginning of the 20th century, continued to acquire strength over the years. Thanks to this, little by

⁷²⁴ Since its foundation, the child protection system was affected by the Country's political instability in the first half of the twentieth century (civil war, proclamation of the Second Republic, Francoism, etc.). For this reason, charity and its institutions were mutating according to the political ideology of those who ruled in each period, losing stability.

little the exposure and abandonment ceased to be perceived as normal acts and began to impose sanctions on parents who deliberately neglected the care of their children.

Thus, the aid to unprotected children no longer focused on the consolidation of the institutional charitable system, but on the strengthening of adoption as a measure through which a permanent solution to the problem of abandoned and exposed childhood could be found.

5. The Law of April 24, 1958, was the first to reform the CC in relation to adoption, classifying it as full and less full. In turn, it introduced in the Code an express reference to the state of abandonment of minors with a view to their full adoption, but without giving a legal definition of said figure.

However, doctrinally it was understood that a minor was foundling if he had been left or interned in a charity establishment; that it was abandoned if, despite being under the care of a certain person, they were physically and morally unassisted; and that he was helpless, when he did not have any person or entity in charge of his upbringing and education.

Likewise, under the rule of this Law, the adoption procedure for abandoned children was, for the most part, of an administrative nature. In this way, the directors of the charitable institutions oversaw selecting the adopters and verifying compliance with the legal requirements.

Consequently, the role of the judge was reduced to issuing a subsequent resolution approving or denying the adoption. Precisely, this limited judicial control favored the trafficking of children, since in many cases the designation of the adopters was based on their economic and social position⁷²⁵.

6. Undoubtedly, Law 7/1970, of July 4, had the potential to introduce for the first time a definition of the state of abandonment within the articles of the CC, eliminating the use of the term “foundling” which was pejorative and inappropriate. According to this

⁷²⁵ Adoptions were usually arranged by paying some money to directors of charity institutions or to biological parents.

Law, those minors lacking a person to ensure their care, food and education were considered abandoned. Similarly, abandonment was divided into general and qualified, depending on whether the delivery of the child was made directly to a charity or not.

However, the declaration of the state of abandonment was part of the adoption process, that is, it was a figure created to facilitate and strengthen the adoptive bond. In this sense, by decreeing such a state, the assent of the parents was dispensed within the corresponding procedure.

At the same time, to fight child trafficking, this Law assigned the jurisdiction to declare the state of abandonment and approve the adoption to the Judges of First Instance of the adopters' domicile. Despite this, the lack of speed in judicial proceedings favored the constitution of irregular adoptions⁷²⁶.

7. Law 11/1981, of May 13, put an end to discrimination between children by eliminating the various kinds of filiation existing in the CC (legitimate, legitimation, illegitimate, natural and adoptive) to, instead, establish only two classes: filiation by nature and by adoption.

The equality of the children was a key point in the battle against the abandonment of minors, considering that one of the main causes of it was the sinful perception of children born out of wedlock and the social shame resulting from the extramarital sex.

8. Law 13/1983, of October 24, amended the CC regarding guardianship, indicating that in this matter the principles of institutional plurality (several guardianship institutions), individual guardianship (a single guardian for each individual) and guardianship of authority (the Judge as the main supervisor of the guardianship institution) would govern. Precisely, on this principle of guardianship of authority rests the foundation of the current automatic guardianship of the Public Entity in cases of “desamparo”.

⁷²⁶ All kinds of fraudulent evidence were used before the courts to prove the alleged state of abandonment of the children and to dispense the parental assent.

9. Through Law 21/1987, on November 11, one of the largest reforms of adoption and other institutions for the care and protection of minors was carried out in Spain. In the first place, said Law eliminated the classification of adoption (full and simple) and established a single adoption comparable in all civil effects to filiation by nature.

Second, it eliminated the state of abandonment and created the situation of “desamparo”, as an autonomous institution, separate from adoption, through which children are protected when due to non-compliance, impossible or inadequate exercise of the Protection duties established by the laws for the care of minors, are deprived of the necessary moral and material assistance.

Thus, the declaration of “desamparo” causes the Public Entity to automatically assume the guardianship of the child, personally taking care of the child (through family or residential foster care), separating the minor from his/her source environment and suspending their parents in the exercise of parental authority.

Thirdly, this rule introduced into the civil law the figures of foster care and voluntary guardianship, as measures through which the Public Entity can exercise temporary or permanent care of the minor.

10. On the occasion of the ratification of the CRC by Spain in 1990⁷²⁷, it was necessary to issue a regulation by which domestic legislation was adapted to the mandates of the Convention. Consequently, the LOPJM was issued, the purpose of which was to become the legal framework of protection that binds the authorities and public powers in relation to minors, understanding that the child is a subject of rights who has a capacity progressive to exercise them.

Among its main successes was to establish a catalog of children’s rights and introduce the situation of risk, as a stage before “desamparo” in which the Public Entity aids the minor within their own family.

⁷²⁷ Instrument of ratification of the Convention on the Rights of the Child, adopted by UN General Assembly on 20 November 1989. BOE number 313/1990, of 31 December, available in: <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf>, last visit 1 October 2021.

11. Through the Laws for the modification of the child and adolescent protection system issued in 2015 (LOMSPIA and LMSPIA), it was sought to standardize the national system for the protection of minors, without violating the constitutional distribution of competences in matters of social assistance between the State and the CCAA (articles 148.1.20^a and 149.1.8^a CE).

Thus, the LMSPIA listed a set of circumstances that generated the situation of “desamparo” (article 18.2 LOPJM), with the purpose of solving the interpretive problems derived from the nature of an indeterminate legal concept proper to said institution.

Also, the LOMSPIA defined the elements and general interpretation criteria that the institutions (public or private), the Courts, or the legislative bodies should weigh when applying the ISM principle in the specific case. Likewise, it established a catalog of duties of minors in the family, school and social spheres, correlative to the ownership of the rights that had already been recognized in 1996.

Finally, with the purpose of complementing the review of the protection system for children and adolescents that began in 2015, the LPIFV listed a list of indicators of the risk situation. Therefore, Public Entities now have more elements of judgment to draw the dividing line between situations of risk and those of “desamparo”.

NOTAS CRÍTICAS

1. Desde mediados del siglo XIX hasta la actualidad, el sistema de protección de menores español mutó de un modelo asistencial ligado a la beneficencia privada, a uno mixto (artículo 39 CE) en el que se asignan deberes prioritarios a los progenitores o responsables legales de los niños/as y, subsidiariamente, al Estado.

Dicho de otra manera, tal sistema posee naturaleza civil-administrativa puesto que, en el universo de las relaciones privadas familiares, interviene un ente supervisor público-estatal compuesto por las distintas Entidades de Protección existentes en las CCAA.

Pese a ello, cuando se declara la situación de desamparo la Administración asume un papel protagónico en la atención del menor, reemplazando al núcleo familiar y separándolo del mismo. Y, en no pocas ocasiones, el decreto apresurado de tal situación, sumado al paso del tiempo, conlleva a que el retorno del niño/a a su círculo de convivencia habitual torne imposible.

Así las cosas, con el fin de evitar que se vulnere el principio de prioridad de la familia natural creemos que, en los casos en los que no haya un peligro extremo para la vida del niño/a y cuando la familia esté dispuesta a colaborar, las Administraciones públicas deberían otorgar mayor peso al decreto de la situación de riesgo. Si ello fuera así, la política de atención a la infancia se basaría en la prevención, detección y reparación de las circunstancias de vulnerabilidad, brindando un apoyo integral al núcleo familiar.

Igualmente, en los eventos más extremos de desprotección, dichas Entidades podrían aplicar medidas como la guarda administrativa provisional (artículo 172.4 CC) o la atención de urgencia (artículo 14 bis LOPJM), orientadas a asistir al menor y evitar el decreto de la situación de desamparo.

Lamentablemente, en la práctica forense la declaración de desamparo se convierte en la regla general. Esto sucede porque, en términos de costes, resulta más sencillo para el Estado centrarse en atender al menor que asistir a todos los miembros de su unidad

familiar. Así pues, cuando se asume automáticamente la tutela del niño/a y se realiza su guarda mediante el acogimiento familiar o se formaliza su adopción, el costo de la manutención se trasladada del Estado a la familia acogedora o adoptante, aligerando el peso económico del sistema.

Y, aunque sabemos que hay casos en los que la familia biológica no está dispuesta colaborar, o desea aprovecharse de los subsidios sociales, o en los que la edad del menor hace imposible que se constituya el acogimiento familiar o la adopción (por ejemplo, si es adolescente); lo cierto es que declarar la situación de riesgo o seleccionar medidas integrales de reestructuración familiar resulta financieramente más gravoso para la Administración, siendo más rentable decretar el desamparo.

2. Otro de los problemas a los que se enfrenta el sistema de protección es el hecho de que reposa sobre dos conceptos jurídicos indeterminados: el ISM y la situación de desamparo. El primero debe ser sopesado en cada circunstancia aplicando los criterios y elementos generales de interpretación establecidos en el artículo 2 LOPJM; y el segundo, debe configurarse de acuerdo con lo plasmado en el CC (artículo 172 y ss.) y en la LOPJM (artículo 18 y demás relacionados).

A ello se añade que, gracias a las competencias exclusivas de las CCAA en materia de asistencia social, en España no existe un concepto único de desamparo ni un procedimiento estándar de protección a la infancia. De ese modo, la asistencia a los menores está condicionada por la legislación autonómica y por el rubro que cada Comunidad tenga destinado para ese sector.

Mucho mejor sería que se uniformizara la normativa en torno a este tema, en procura de asegurar que los menores gocen de la misma atención con independencia de cuál sea su Comunidad Autónoma de residencia.

3. La LOPJM y la jurisprudencia han señalado que para que sea procedente el retorno del niño/a a su medio de origen, se debe valorar no sólo la evolución positiva de la familia biológica sino también el porcentaje de integración del niño/a en su familia de acogida. Desde nuestra perspectiva, lo anterior se traduce en que después de decretado un

acogimiento familiar permanente o una guarda con fines de adopción las posibilidades de que el niño/a vuelva a estar con sus padres biológicos son escasas.

Normalmente, las medidas de apoyo permanentes se aplican a menores que se hallan en la primera infancia; de manera que, tras la ruptura familiar inicial estos pequeños/as desarrollan un sentimiento de apego hacia sus acogedores o posibles adoptantes, eliminando las referencias a la familia biológica. En ese orden de ideas, aunque los progenitores naturales se esfuercen por mejorar las condiciones del entorno familiar, rara vez podrán alcanzar la estabilidad socioeconómica de la que goza la nueva familia del niño/a.

Para evitar que esto acontezca, las Entidades Públicas deberían valorar detenidamente las condiciones personales de los progenitores biológicos antes de adoptar medidas que impliquen la separación familiar; sobre todo en los casos en los que hay una posibilidad, por mínima que sea, de que se logre la restauración del medio de origen.

4. Aunque teóricamente se diga lo contrario, el sistema actual de protección de menores muchas veces se convierte en un reflejo del estado asistencialista. Ello es así porque en vez de impedir o prevenir que ocurran situaciones de riesgo o desamparo, lo que suele hacer la Administración es extraer a los niños/as de los núcleos familiares conflictivos para integrarlos en familias que sí satisfacen sus necesidades físicas y morales.

En ese sentido, más allá de profundizar en la problemática de la pobreza familiar y la exclusión social que ella provoca, las Entidades Públicas se concentran en asistir al menor y sacarlo de su estado de desprotección. Por esa razón, creemos que hay que seleccionar medidas reales para luchar contra los problemas estructurales a los que se enfrenta la unidad familiar, y no limitarse a ofrecer una protección exclusiva al niño/a⁷²⁸.

⁷²⁸ El apoyo en solitario para el menor sólo debería ser viable cuando sus padres biológicos no pueden cuidarlo por razones de fuerza mayor o por una circunstancia repentina; desafortunadamente son elevados los casos en los que esa atención individual se convierte en la pauta general que marca las directrices del sistema de protección.

Precisamente, ese es el motivo por el que defendemos que el principio de vulnerabilidad humana debería formar parte de los principios rectores de la actuación administrativa de los poderes públicos en relación con los menores. Si así fuera, la labor de las Entidades Públicas no se basaría solamente en lograr que los padres emprendieran acciones en favor del niño/a, sino también en pro de ellos mismos dada su calidad de sujetos vulnerables.

ANEXOS

ANEXO 1. MODIFICACIONES EFECTUADAS A LOS ARTÍCULOS 172 A 174 CC, REFERIDOS AL DESAMPARO, DESDE 1987 HASTA 2021.

ARTÍCULO 172			
Apartados del artículo	Ley 21/1987, de 11 de noviembre.	Ley 1/1996, de 15 de enero.	Ley 26/2015, de 28 de julio.
Artículo 172.1.1	<p>Ordenó la constitución de la tutela automática de los niños/as que se encontraran en situación de desamparo, a favor de la EP que en cada territorio tuviese asignada la protección de menores.</p> <p>Definió qué se consideraba situación de desamparo.</p> <p>El concepto de situación de desamparo fue trasladado literalmente al actual artículo 172.1.2 CC.</p>	<p>Adicionó la norma anterior, en el sentido de aclarar que para que la EP pudiera asumir la tutela automática de un menor, debía constatar previamente si éste se hallaba en situación de desamparo o no.</p> <p>Además, ordenó poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, así como notificar a los padres, tutores o guardadores de los menores, de la intervención administrativa.</p>	<p><u>TUTELA AUTOMÁTICA</u>: Agrega a las normas precedentes, el deber de la EP de poner en conocimiento de la situación de desamparo y de la intervención administrativa, además de al Ministerio Fiscal, al Juez que acordó la tutela ordinaria, según el caso.</p> <p>También, indica que la resolución administrativa que declara el desamparo debe ser notificada al menor afectado, si tiene suficiente madurez.</p>
Artículo 172.1.2	Este apartado no existía en esta Ley.	Transcribió el concepto de situación de desamparo del artículo 172.1 CC, modificado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.	<u>CONCEPTO DE SITUACIÓN DE DESAMPARO</u> : Mantiene la definición del artículo 172.1 CC, modificado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.
Artículo 172.1.3	Este apartado no existía en esta Ley.	Determinó que la asunción de la tutela por parte de la EP conllevaba a la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, según el caso.	<u>SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD O DE LA TUTELA ORDINARIA</u> : Mantiene en vigor lo prescrito en la LOPJM.

Artículo 172.1.4	Este apartado no existía en esta Ley.	Este apartado no existía en esta Ley.	<u>PRIVACIÓN PATRIA POTESTAD:</u> Sostiene que la EP o el Ministerio fiscal pueden, de ser procedente, promover la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela.
Artículo 172.2	<p><u>GUARDA VOLUNTARIA:</u> Estableció que la EP podía asumir la guarda de un menor cuando los responsables legales voluntariamente le hicieran entrega del mismo, debido a su imposibilidad justificada de cuidarlo/a.</p> <p><u>GUARDA JUDICIAL:</u> La entrega también se haría si el juez lo ordenaba dentro de los procesos correspondientes.</p> <p>Actualmente estas tipologías de guarda están reguladas en el artículo 172 bis CC.</p>	<p>Agregó a lo establecido en la norma previa, el deber de dejar constancia por escrito de la entrega voluntaria del niño/a hecha por los responsables legales a la EP.</p> <p>En ese documento se tendría que informar a los padres o tutores de las responsabilidades que mantenían respecto del infante, y de la manera en que la administración ejercería la guarda.</p> <p>Actualmente este deber de notificación se trasladó al artículo 172 bis.1 CC.</p>	<p><u>REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO, Y OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES REFERIDAS A LA PROTECCIÓN DE MENORES:</u></p> <p>- Fija en dos años el plazo para que los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o de la tutela, respectivamente, pidan la revocación de la situación de desamparo, si por cambio de las circunstancias se hallan en posibilidad de cuidar al menor. En el mismo plazo, también podrán oponerse a la declaración de desamparo y a las demás resoluciones concernientes al menor.</p> <p>- Determina que pasados los mencionados dos años decae el derecho de los interesados a oponerse a las aludidas resoluciones. Transcurrido tal lapso sólo el Ministerio Fiscal está legitimado para ello.</p> <p>- Indica que durante ese plazo la EP puede adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción.</p>
Artículo 172.3	<p>Estimó que la guarda de un menor entregado a la EP podría ejercerse, bajo la vigilancia de dicha Entidad, por el director/a del establecimiento en el que estuviera internado el niño/a, o por la persona/s que lo recibiera en acogimiento.</p> <p>Actualmente la posibilidad de delegar la guarda en tales sujetos, aparece en el artículo 172 ter.1 CC.</p>	<p>Adicionó la norma precedente, al determinar que la guarda voluntaria o la ejercida en virtud de la tutela <i>ex lege</i> se realizaría mediante el acogimiento familiar o el residencial.</p> <p>Actualmente esta disposición se trasladó al artículo 172 ter.1 CC.</p> <p>La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, adicionó un apartado a este numeral y permitió a los padres o tutores oponerse a la resolución administrativa que decretaba el acogimiento, en el plazo de dos meses desde su notificación, si consideraban que la modalidad escogida no era la adecuada.</p> <p>Actualmente el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de</p>	<p><u>REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA EL DESAMPARO:</u> Faculta a la EP para que, de oficio, o instancia del Ministerio Fiscal, o de un tercero interesado, revoque la declaración de situación de desamparo y ordene el retorno del menor a su medio de origen.</p>

		protección de menores dictadas por las EP, entre las que ésta la que declara el acogimiento, se halla regulado en los artículos 779 y 780 de la LEC.	
Artículo 172.4	Indicó que por regla general debía procurarse la reinserción del menor en su propia familia, y que la guarda de los hermanos/as se confiara a una misma persona o institución. Hoy está disposición aparece en el artículo 172 ter.2 CC.	Adicionó la norma anterior en el sentido de indicar que siempre se debía buscar el interés del menor. Hoy está disposición aparece en el artículo 172 ter.2 CC.	GUARDA ADMINISTRATIVA PROVISIONAL: Expresa que en procura de prestar asistencia inmediata al menor, y mientras se constata la existencia de la situación real de desamparo, la EP puede expedir una resolución administrativa en la que asume la guarda provisional de éste. En el plazo más breve posible tal Entidad debe realizar las diligencias necesarias para verificar si hay o no una situación de desamparo, declarando las medidas de protección que considere pertinentes.
Artículo 172.5	Este apartado no existía en esta Ley.	Manifestó que si existían problemas de convivencia grave entre el menor y la persona a la que le había sido confiada su guarda, cualquiera de los dos podría pedir la remoción de la medida. Con algunos matices, esta disposición se mantiene en el actual artículo 173.3 CC.	CESACIÓN DE LA TUTELA EX LEGE: La tutela <i>ex lege</i> de la EP sobre los menores desamparados cesa cuando se constata la desaparición de las causas que originaron la intervención administrativa. También se acaba cuando: 1. Se da alguna de las causales de extinción de la tutela ordinaria previstas en los arts. 276 y 277.1 CC. Aunque este apartado hace referencia a los arts. 276 y 277.1 CC. El art. 2.21 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, modificó la estructura del título IX del Libro Primero CC, por lo que hoy día las causas de extinción de la tutela ordinaria deben buscarse en el art. 231 CC. 2. El menor se traslada voluntariamente a otro país. 3. El niño/a se muda al territorio de otra CCAA y la EP de protección de su nuevo domicilio considera que desaparecieron las circunstancias que iniciaron la intervención administrativa. 4. Transcurren doce meses desde que el niño/a abandona el centro de protección, sin tener noticias acerca de su paradero.

			<p>Por medio de la Disposición final 2.4 de la LO 8/2021, de 4 de junio, se aumentó a doce meses (antes seis meses) el tiempo que debe transcurrir para que la EP cese en la tutela del menor cuyo paradero desconoce.</p> <p>Además, anota que la guarda provisional cesa por las mismas causas que la tutela.</p>
Artículo 172.6	Este apartado no existía en esta Ley.	<p>Expresó que las resoluciones administrativas que declaraban el desamparo eran recurribles ante la jurisdicción civil, sin necesidad de presentar reclamación administrativa previa.</p> <p>Ese mismo mandato aparece recogido en el actual artículo 780.1 LEC.</p> <p>La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, modificó este apartado al agregar que las citadas resoluciones administrativas serían recurribles en el plazo y términos señalados en la LEC.</p> <p>Hoy el procedimiento para oponerse a la resolución que decreta el desamparo aparece descrito en los artículos 779 y 780 LEC.</p>	Este apartado no existe en la legislación actual.
Artículo 172.7	Este apartado no existía en esta Ley.	<p>En este apartado, adicionado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, se establecía el derecho de los progenitores suspendidos en el ejercicio de la patria potestad para que pidieran que cesara la suspensión y se revocara la declaración de desamparo, dentro del plazo máximo de dos años a partir de la notificación de la resolución con la que se había declarado la situación.</p> <p>En el mismo plazo podían oponerse al resto de resoluciones que se adoptaran respecto de la protección de los menores.</p> <p>Actualmente estas potestades están recogidas en el artículo 172.2 CC.</p>	Este apartado no existe en la legislación actual.

Artículo 172.8	Este apartado no existía en esta Ley.	En este apartado, adicionado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre , se facultaba a la EP para revocar la resolución que declaraba el desamparo y ordenar el regreso del menor con su familia de origen. Tal decisión debía notificarse al Ministerio fiscal. Actualmente esta norma se mantiene vigente en el artículo 172.3 CC.	Este apartado no existe en la legislación actual.
ARTÍCULO 172 BIS			
Artículo 172 bis.1	Este artículo no existía en esta Ley.	Este artículo no existía en esta Ley.	<p>GUARDA VOLUNTARIA: Se da cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias, entregan voluntariamente el niño/a a la EP para que sea cuidado por ésta.</p> <p>Su duración no puede exceder de dos años, salvo que el ISM recomiende la prórroga de la medida.</p> <p>Transcurrido el lapso inicial o su prórroga, el niño/a debe retornar a su medio familiar. Si las circunstancias no son las adecuadas, se debe declarar el desamparo.</p> <p>La entrega voluntaria se hace por escrito, informando a los progenitores o tutores de las responsabilidades que mantienen respecto al menor, y de la manera en que la EP ejercerá la guarda.</p> <p>Las variaciones en la resolución que decreta la guarda, deben ser notificadas a las partes y al Ministerio Fiscal.</p>
Artículo 172 bis.2	Este artículo no existía en esta Ley.	Este artículo no existía en esta Ley.	GUARDA JUDICIAL: La EP también puede asumir la guarda cuando así lo determina el Juez, en los casos en los que procede.
ARTÍCULO 172 TER			
			MANERA DE EJERCER LA GUARDA: 1. Explica que la guarda se ejerce preferiblemente mediante el acogimiento familiar (por los acogedores) y, subsidiariamente, mediante el residencial (por el director del centro en el que se interne al menor).

Artículo 172 ter.	Este artículo no existía en esta Ley.	Este artículo no existía en esta Ley.	<p>2. Manifiesta que se debe buscar siempre el interés del menor, la reintegración en su propia familia y la no separación de los hermanos/as.</p> <p>3. <u>GUARDA OCASIONAL PARA LA RECREACIÓN</u>: Introduce la posibilidad de que la EP acuerde que los menores tengan estancias, salidas de fines de semana o vacacionales con familias o instituciones dedicadas a esas funciones. Con tal fin puede delegar provisionalmente la guarda de los mismos/as a dichos sujetos o entidades.</p> <p>4. En los casos de declaración de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, se faculta a la EP para que si lo considera pertinente fije una cantidad que los progenitores o tutores deben pagar por los gastos derivados del cuidado del niño/a (alimentos).</p>
ARTÍCULO 173			
Artículo 173.1	Indicaba que el acogimiento producía la plena participación del menor en la vida de familia de los acogedores, así como que los acogedores estaban obligados a velar por el niño/a, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.	<p>Mantuvo el texto de la norma anterior en lo referente a las funciones de los acogedores y al alcance del acogimiento.</p> <p>Además, agregó que el acogimiento podría ser ejercido por la persona que sustituyera el núcleo familiar del menor o por el responsable del hogar funcional en el que aquél residiera.</p> <p>Actualmente, el artículo 172 ter.1 CC adjudicó ope legis el ejercicio del acogimiento a la persona que determinara la EP o al director del centro donde se acoja al infante.</p>	<p><u>ALCANCE DEL ACOGIMIENTO Y DEBERES DE LOS ACOGEDORES</u>: Mantiene el texto anterior en lo relacionado con las funciones de los acogedores y el alcance del acogimiento, añadiendo a ello que los citados deberes han de llevarse a cabo en un entorno afectivo.</p> <p>También dice que a los menores con discapacidad se les deben propiciar los cuidados especiales que requirieran.</p>
Artículo 173.2	- Sostenía que el acogimiento se formalizaría por escrito con el consentimiento de: la EP; los acogedores; el menor según su madurez; y los padres o tutores que no tuvieran privada la patria potestad y que fueren conocidos.	<p>- Mantén la regulación anterior en cuanto a los llamados a prestar el consentimiento, añadiendo la posibilidad que los padres o tutores manifestaran dicho consentimiento de manera previa a la constitución del acogimiento.</p> <p>- Igualmente, enlistaba los apartes que debía contener el documento en el que se formalizaba el</p>	<p><u>CONSENTIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO</u>: Expresa que para la constitución del acogimiento sólo es necesario el consentimiento de los acogedores y del menor mayor de doce años, conforme a su madurez.</p> <p>En la redacción actual de este artículo se elimina el deber de recabar el consentimiento de los padres o tutores no privados de la patria potestad, así como el de la EP para formalizar el acogimiento.</p>

<p>Artículo 173.2</p>	<p>- Decía que si los padres o tutores conocidos y no privados de la patria potestad o de la tutela, se oponían al acogimiento o no comparecían al ser citados, la medida sería acordada por el juez conforme a las reglas previstas en la LEC.</p> <p>Actualmente, el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores se halla regulado en los artículos 779 y 780 LEC.</p> <p>- Además, indicaba que se debía expresar el carácter remunerado o no del acogimiento.</p> <p>Hoy la compensación económica es uno de los apartados del documento en el que se formaliza el acogimiento (artículo 20.3 LOPJM).</p>	<p>acogimiento. Así como la obligación de notificar al Ministerio Fiscal de su contenido.</p> <p>Actualmente los apartes que componen el documento por medio del cual se formaliza el acogimiento están enunciados en el artículo 20.3 LOPJM.</p>	
<p>Artículo 173.3</p>	<p>Enumeraba las causas por las que cesaba el acogimiento, así:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por decisión judicial. 2. Por decisión de los acogedores, comunicándolo previamente a la EP. 	<p>En su redacción original, estimaba que si los padres o tutores no privados de la patria potestad se oponían a la resolución a través de la que se ordenaba el acogimiento, la medida sería declarada por el Juez conforme a los trámites previstos en la LEC.</p>	<p><u>REMOCIÓN DE LA GUARDA Y TERMINACIÓN DEL ACOGIMIENTO:</u> Estima que si surgen problemas de convivencia entre el menor y los acogedores, cualquiera de los dos, el Ministerio Fiscal, los progenitores o el tutor que conservaran la patria potestad o la tutela, o cualquier persona interesada, podrían pedir la remoción de la guarda y la terminación de la medida.</p>

<p>Artículo 173.3</p>	<p>3. A petición del tutor o padres que ostentaban la patria potestad.</p> <p>Además, aducía que si el acogimiento había sido ordenado por el Juez debía ser cesado a través de resolución judicial.</p> <p>Actualmente las causas de cesación del acogimiento están en el artículo 173.4 CC.</p>	<p><u>ACOGIMIENTO FAMILIAR PROVISIONAL:</u> Se facultaba a la EP para que, atendiendo al interés del menor, acordara un acogimiento familiar provisional hasta que se emitiera la resolución judicial que resolviera la oposición de los interesados.</p> <p>En la actualidad la medida que más se asemeja al desaparecido acogimiento familiar provisional, es el acogimiento familiar de urgencia previsto en el artículo 173 bis.2.a CC</p> <p>La Ley 15/2015, de 2 de julio, modificó este apartado en el sentido de disponer que el procedimiento a seguir para la resolver la oposición de los interesados frente al decreto del acogimiento, era el de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.</p> <p>Actualmente este derecho se ejerce por medio del procedimiento regulado en los artículos 779 y 780 LEC.</p>	
<p>Artículo 173.4</p>	<p>Argüía que las actuaciones relacionadas con el acogimiento debían ser realizadas con la conveniente reserva.</p> <p>Actualmente el deber de reserva aparece en el artículo 173.5 CC.</p>	<p>Conservaba las causas de cesación del acogimiento enunciadas en el artículo 173.3 CC anterior, adicionando que también se terminaría la medida por decisión de la EP que tenía asignada la tutela del niño/a.</p>	<p><u>CAUSAS DE CESACIÓN DEL ACOGIMIENTO:</u> Explica que el acogimiento cesa, por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Resolución judicial. 2. Resolución emitida por la EP, emitida de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez. 3. Por la muerte o declaración de fallecimiento de los acogedores del menor. 4. Porque el niño/a alcanza la mayoría de edad.
<p>Artículo 173.5</p>	<p>No existía este apartado en esta Ley.</p>	<p>Transcribía el deber de reserva contemplado en el apartado final del artículo 173.4 CC anterior, pero cambiando la palabra “conveniente reserva”, por la expresión “obligada reserva”.</p>	<p><u>DEBER DE RESERVA:</u> Mantiene el texto de la norma anterior.</p>

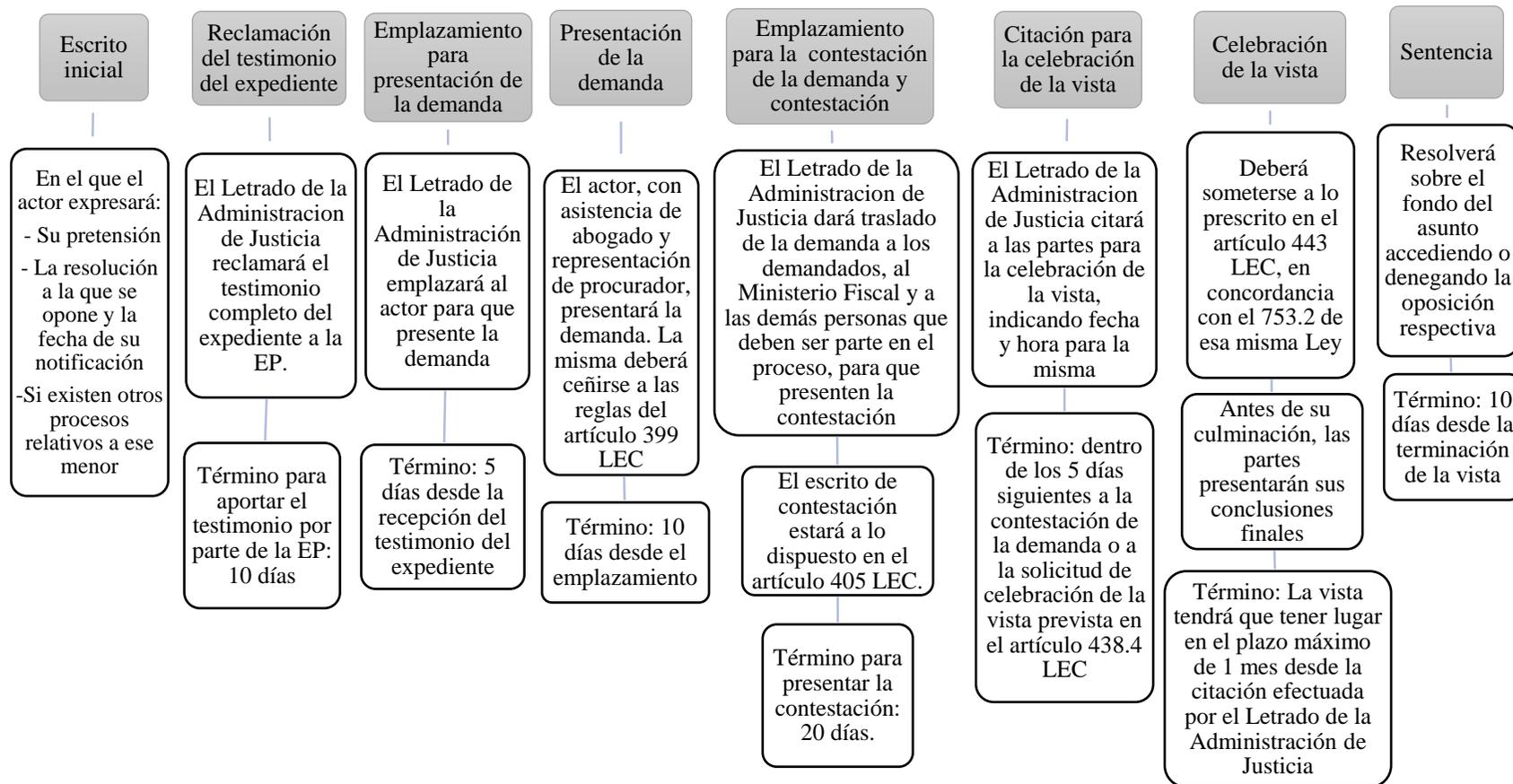
ARTÍCULO 173 BIS

Artículo 173 bis.1	Este artículo no existía en esta Ley.	<p>Enumeraba las modalidades de acogimiento, así:</p> <p>1º. <u>Familiar simple</u>: de carácter transitorio, se daba cuando se preveía la reinserción del menor en su propia familia o mientras se adoptaba una medida de protección más estable.</p> <p>Actualmente equiparable al acogimiento familiar temporal del artículo 173 bis.2.b CC.</p> <p>2º. <u>Familiar permanente</u>: Se daba cuando la edad u otras circunstancias personales del menor así lo aconsejaban. En estos casos, la EP podía pedir al juez que se atribuyeran a los acogedores algunas facultades de los tutores, con el fin de que desarrollaran mejor sus funciones.</p> <p>Con ciertos matices, se conservó esta clase de acogimiento en el artículo 173 bis.2.c CC.</p> <p>3º. <u>Familiar preadoptivo</u>: Se daba cuando el menor se hallaba en una situación jurídica adecuada para su adopción, y los futuros adoptantes fungían como acogedores del mismo durante un tiempo limitado, y de manera previa a la adopción.</p> <p>El acogimiento preadoptivo fue derogado en la legislación actual; sin embargo, la vigente guarda con fines de adopción (artículo 176 bis.1 CC) mantiene rasgos de esta figura.</p> <p>Las distintas modalidades de acogimiento pasaron a describirse en el artículo 173 bis.2 CC.</p>	<p><u>MODALIDADES DEL ACOGIMIENTO SEGÚN LA VINCULACIÓN DEL MENOR CON LA FAMILIA O PERSONA ACOGEDORA</u>: Dispone que el acogimiento familiar puede tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado.</p> <p>El artículo 20 LOPJM, modificado por la LPIFV, indica que el acogimiento familiar puede ser:</p> <p>A) <u>Acogimiento familiar especializado</u>: cuando se desarrolla en una familia en la que alguna/as 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</p> <p>Antes de la modificación de 2021, el acogimiento familiar especializado únicamente se permitía si la medida se llevaba a cabo en familia ajena, actualmente se permite tanto en la ajena como en la propia familia del niño/a.</p> <p>B) <u>Acogimiento familiar especializado de dedicación exclusiva</u>: Es el que se da cuando así lo determina la EP, por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor acogido. Aquí, el acogedor/es percibirán una compensación en atención a dicha dedicación.</p> <p>Con ciertos matices esta modalidad reemplaza el antiguo acogimiento en familia ajena profesionalizado.</p>
--------------------	---------------------------------------	--	---

Artículo 173 bis.2	Este artículo no existía en esta Ley.	Este apartado no existía en esta Ley.	<p><u>MODALIDADES DEL ACOGIMIENTO:</u> Establece que el acogimiento puede adoptar las siguientes modalidades, dependiendo de su duración y objetivos:</p> <p>a) <u>Familiar de urgencia:</u> Principalmente para menores de seis años y por máximo seis meses, en tanto se decide qué medida de protección aplicar.</p> <p>b) <u>Familiar temporal:</u> De carácter transitorio y con una duración máxima de dos años, salvo que el ISM aconseje su prórroga.</p> <p>Se utiliza cuando por la situación del menor se prevé su reintegración en el medio familiar de origen, o mientras se adopta una medida de protección más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción.</p> <p>c) <u>Familiar permanente:</u> Se constituye al finalizar el plazo de dos años del acogimiento temporal sino es posible que el niño/a vuelva a su medio de origen, o en los casos de infantes con necesidades especiales, o cuando las circunstancias personales y familiares del menor así lo aconsejan.</p> <p>En estos casos, la EP puede pedir al juez que adjudique a los acogedores facultades tutelares que faciliten el desarrollo de sus funciones.</p>
ARTÍCULO 174			
Artículo 174.1	Sostenía que la función de superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda que se decretaran sobre los menores necesitados de protección, correspondía al Fiscal.	Mantuvo el texto de la norma anterior.	<p><u>SUPERIOR VIGILANCIA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN:</u> Mantiene el texto de la norma anterior, pero cambiando la palabra “Fiscal” por “Ministerio Fiscal”.</p>
Artículo 174.2	- Establecía que para cumplir con el deber de vigilancia por parte del Fiscal, la EP debía darle noticia inmediata de los nuevos ingresos de los niños/as, remitiéndole copia de los escritos de formalización de los acogimientos.	- Modificó el texto de la norma anterior , en el sentido de señalar que la EP debía remitir al Fiscal copia de los escritos y de las resoluciones administrativas relacionados con la constitución, variación y cesación no sólo de los acogimientos, sino también de las tutelas y las guardas decretadas sobre los menores.	<p><u>DEBER DE INFORMACIÓN Y COMPROBACIÓN POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL:</u> Se mantuvo lo dispuesto en la norma previa, cambiando la palabra “Fiscal” por “Ministerio Fiscal”.</p> <p>Se adicionó el texto precedente al disponer que el ente de vigilancia, en el ejercicio de su deber de verificación de la situación del menor, puede presentar no sólo ante el Juez sino también ante la EP las medidas de protección que estime oportunas.</p>

Artículo 174.2	- También, disponía la obligación del Fiscal de comprobar al menos semestralmente la situación del menor, promoviendo ante el Juez las medidas que considerara necesarias.	<p>- Adicionó el texto de la norma precedente al añadir el deber de la EP de notificar al Fiscal de cualquier novedad o cambio en las circunstancias personales del menor.</p> <p>- En lo referente a la comprobación semestral de las circunstancias del menor por parte del Fiscal, se mantuvo el texto jurídico primigenio.</p>	
Artículo 174.3	Aducía que la vigilancia del Fiscal no eximía a la EP de su responsabilidad para con el menor.	Mantuvo el texto de la norma anterior.	<u>RESPONSABILIDAD DE LA EP:</u> Mantiene el texto de la norma anterior , cambiando la palabra “Fiscal” por “Ministerio Fiscal”.
Artículo 174.4	Este apartado no existía en esta Ley.	Este apartado no existía en esta Ley.	<u>SOLICITUDES DE INFORMES A LOS SERVICIOS ADMINISTRATIVOS:</u> Para cumplir con su deber de superior vigilancia, el Ministerio Fiscal puede solicitar que en el curso de las investigaciones para determinar si un menor se halla en situación de riesgo o desamparo, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes elaboren y le envíen informes relacionados con la situación de los infantes.

ANEXO 2. ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.



BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- BADINTER, E., *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1991.
- BAELO ÁLVAREZ, M., *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*, Dykinson, Madrid, 2014.
- BOCCIO SERRANO, M., *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección: la actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ESPAÑA, *Texto y comentarios al Código Civil Español. Con exposición de motivos, precedentes en nuestra legislación, comparación crítica con los principales códigos de Europa y América, aplicación al derecho internacional, procedimientos que deben emplearse, acciones que proceden, notas críticas y explicativas, etc.*, José Góngora y Álvarez (impresor), Madrid, 1889.
- GAMBÓN ALIX, G., *La adopción*, José María Bosch, Barcelona, 1960.
- GARIBO PEYRÓ, A., *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción: Ley 21/1987, 11 de noviembre. Comentarios y Formularios*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1990.
- JUDERÍAS, J., *La infancia abandonada: leyes e instituciones protectoras*, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1912.
- LESCANO FERIA, P., *La guarda de hecho*, Dykinson, Madrid, 2017.
- LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores: estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, José María Bosch, Barcelona, 1990.
- MACINTYRE, A., *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. Beatriz Martínez de Murguía, Paidós Ibérica, Barcelona, 2001.

- MARTÍN VALVERDE, A., *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores: Comentarios. Procedimientos. Formularios. Textos Legales*, Bosch, Barcelona, 1991.
- MOLAS, I., *Derecho constitucional*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- RAMAS VARO, M., *La protección legal de la infancia en España: Orígenes y aplicación en Madrid (1900-1914)*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.
- ROCA, T., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Sección de publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1968.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *El Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia: análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.
- SEVILLA BUJALANCE, J., *El menor abandonado y su protección jurídica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002.
- OLIVER ARAUJO, J., *El sistema político de la Constitución Española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991.
- OTERO VARELA, A., *Dos estudios histórico-jurídicos: 1. El Riepto en el Derecho Castellano-Leonés, 2. La Adopción en la Historia del Derecho Español*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1955.
- VALVERDE LAMSFUS, L., *Entre el deshonor y la miseria: infancia abandonada en Guipúzcoa y Navarra, siglos XVIII y XIX*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1994.

LIBROS ELECTRÓNICOS

- ARENAL, C., *El pauperismo* [en línea], Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 1999, disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-pauperismo--0/html/fefa159a-82b1-11df-acc7-002185ce6064_8.html#I_0, última consulta 1 de octubre de 2021.

ARIAS MIRANDA, J., *Reseña histórica de la beneficencia española: principios que convendría seguir para enlazar la caridad privada con la Beneficencia pública; hasta donde deben estender [sic] su acción en el Estado; las asociaciones caritativas y los particulares, y medios de poner en armonía esta acción respectiva, fundándola en la economía social y en el sentimiento moral y religioso* [en línea], Imprenta del colegio de sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1862, disponible en: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/7906>, consultado el 1 de octubre de 2021.

PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección a la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados* [en línea], Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006, disponible en: <http://vlex.es/source/administraciones-publicas-proteccion-infancia-5465>, última consulta 1 de octubre de 2021.

CAPÍTULOS DE LIBROS U OBRAS COLECTIVAS

ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2ª ed., Tomo IV, Vol. 1, Artículos 181 a 332 del Código Civil, Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1985, disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/484>, última consulta 1 de octubre de 2021:

OGAYAR AYLLÓN, T. y LETE DEL RÍO, J., “Comentarios al artículo 236 del Código Civil”, (recurso electrónico).

OGAYAR AYLLÓN, T. y LETE DEL RÍO, J., “Comentarios al artículo 239 del Código Civil”, (recurso electrónico).

OGAYAR AYLLÓN, T. y LETE DEL RÍO, J., “Comentarios al artículo 242 del Código Civil”, (recurso electrónico).

ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2ª ed., Tomo III, Vol. 2, Artículos 142 a 180 del Código Civil, Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 2004, disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/477>, última consulta 1 de octubre de 2021:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios al artículo 174 del Código Civil” (recurso electrónico).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios al artículo 180 del Código Civil (recurso electrónico).

- BORRÁS LLOP, J. (Dir.), *Historia de la infancia en la España contemporánea: 1834-1936*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996:
- BORDERIES-GUERENA, J., “Niños y niñas en familia”, pp. 21-106.
- RODRÍGUEZ OCAÑA, E., “Una medicina para la infancia”, pp. 149-169.
- CAMBIANO, G., “Hacerse hombre”, en VERNANT, J. (Ed.), *El hombre griego*, trad. Bádenas de la Peña, P., Bravo García, A. y Ochoa Anadón, J., Alianza, Madrid, 2000.
- DÍEZ GARCÍA, H., “Comentarios al artículo 172 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 449-506.
- GARCÍA CANTERO, G. (Coord.), *Estudios sobre la tutela (en torno a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela)*, Reus, Madrid, 1986:
- SESMA URZAIZ, M., “La estructura de la tutela: su evolución histórica”, pp. 9-40.
- USERO MILLAN, J., “La tutela de autoridad en algunos derechos continentales europeos y la reforma española de 1983 en materia de tutela”, pp. 41-61.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M., “La reforma del sistema público de protección del menor en el ordenamiento jurídico español”, en PERALTA CARRASCO, M. (Dir.), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 123-135, disponible en: <http://vlex.es/vid/reforma-sistema-publico-proteccion-685513921>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M., “La tutela legal automática de menores, incapaces naturales e incapacitados tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Sentido y alcance de los arts. 239 y 239 bis del código civil”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. (coordinadores), *La reforma del derecho de la persona y de la familia: jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 259-305.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia, aspectos sustantivos: Procedimiento. Jurisprudencia. Formularios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- LLEDÓ YAGÜE, F., et al., *Cuadernos Teóricos Bolonia Derecho de Familia. Cuaderno III. Las relaciones paterno filiales: filiación, tutela, guarda, adopción y alimentos entre parientes*, Dykinson, Madrid, 2012, disponible en: <http://vlex.com/source/cuaderno-teorico-bolonia-iii-derecho-familia-11647>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- LLEDÓ YAGÜE, F., et al. (directores), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Dykinson, Madrid, 2018:
- CARDONA GUASCH, O., “Comentario al artículo primero. Once”, pp. 272-292.
- SAINZ-CANTERO CAPARROS, M., “Comentario al artículo segundo. Trece”, pp. 583-595.
- URRUTIA BADIOLA, A., “Comentario al artículo segundo. Veintiséis”, pp. 715-722.
- VERDERA IZQUIERDO, B., “Comentario al artículo primero. Cuatro”, pp. 182-194.
- MAYOR DEL HOYO, M. (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017:
- ADROHER BIOSCA, S., “La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por [las] Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades”, pp. 33-65.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La configuración del interés del menor *ex* artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”, pp. 485-517.
- PERDIGUERO GIL, E. (Comp.), *Salvad al niño: Estudios sobre la protección a la infancia en la Europa mediterránea a comienzos del siglo XX*, Seminari D’Estudis sobre la ciència, Valencia, 2004:
- HUERTAS, R., “El niño golfo: infancia y delincuencia”, pp. 301-324.
- PALACIO LIS, I., “Proteger y reformar: moralización y alfabetización”, pp. 221-249.
- PERDIGUERO GIL, E. y ROBLES, E., “La protección a la infancia y la Sociedad Española de Higiene”, pp. 93-120.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Dir.), *Protección de menores en el derecho civil español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017:

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “Incapacitación e instituciones clásicas de protección”, pp. 153-199.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “Las nuevas instituciones de protección del menor”, pp. 201-224.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “Las consecuencias de la intervención con menores”, pp. 225-272.

SOLÉ RESINA, J. y GETE-ALONSO Y CALERA, M. DEL C., *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

TEJEDOR MUÑOZ, L., “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, en POUSS DE LA FLOR, M. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 131-199.

VIDAL GALACHE, B. y VIDAL GALACHE, F., *Bordes y Bastardos: Una historia de la Inclusa de Madrid*, Compañía Literaria, Madrid, 1995.

ARTÍCULOS DE REVISTA

Anuario de Derecho Civil, Vol. 24, Núm. 3, 1971, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1971_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=3, última consulta 1 de octubre de 2021:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Los efectos sucesorios de la adopción”, pp. 929-969.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., “La adopción”, pp. 685-789.

GARCÍA CANTERO, G., “El nuevo régimen de la adopción”, pp. 789-861.

ALONSO PÉREZ, M., “Acerca del prohijamiento en el derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, Núm. 12, 1991, pp. 135-154, disponible en: http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=Pd fRevistaJuridica&fichero=RJ_12_II_1.pdf, última consulta 1 de octubre de 2021.

ANGUITA OSUNA, J., “Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española de mediados del siglo XIX: la ‘ley de beneficencia’ de 1849 y su reglamento de

ejecución de 1852”, *Aportes. Revista de historia contemporánea*, Vol. 34, Núm. 99, 2019, pp. 89-121, disponible en: <http://revistaaportes.com/index.php/aportes/issue/view/23>, revisado el 1 de octubre de 2021.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., “El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 62, Núm. 5, mayo, 1978, pp. 351 a 383.

BALSERA DÁVILA, P. y NAYA GARMENDIA, L., “La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional”, *Encounters on Education*, Núm. 7, fall, 2006, pp. 71-93, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188>, última consulta 1 de octubre de 2021.

BALLESTER AÑÓN, R. y BALAGUER PERIGÜELL, E., “La infancia como valor y como problema en las luchas sanitarias de principios de siglo en España”, *Dynamis: Acta Hispanica ad Medicinæ Scientiarumque Historiam Illustrandam*, Vol. 15, 1995, pp. 177-192, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/39498570_La_infancia_como_valor_y_como_problema_en_las_luchas_sanitarias_de_principios_de_siglo_en_Espana, consultado el 1 de octubre de 2021.

BENAVENTE MOREDA, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 15, 2011, pp.15-62.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “La adopción y figuras similares ante la nueva regulación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 370-371, marzo, 1959, pp. 194-242, disponible en: <https://2019.vlex.com/#vid/342174>, última consulta 1 de octubre de 2021.

CHAMORRO NOCEDA, L., “El apego. Su importancia para el pediatra”, *Pediatría (Asunción)*, Órgano Oficial de la Sociedad Paraguaya de Pediatría, Vol. 39, Núm. 3, diciembre, 2012, pp. 199-206, consultable en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4221475>, última revisión 1 de octubre de 2021.

DE LA TORRE DÍAZ, F., “Vulnerabilidad. La profundidad de un principio de la bioética”, *Perspectiva Teológica*, Vol. 49, Núm. 1, enero-abril, 2017, pp. 155-176, véase <http://faje.edu.br/periodicos/index.php/perspectiva/article/view/3695/3782>, última revisión 1 de octubre de 2021.

DE TOLOSA LATOUR, M., “El problema infantil y la legislación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Imprenta de la Revista de Legislación á [sic] cargo de J.M. Sardá, Tomo 96, año cuadragésimo octavo, 1900, pp. 146-164.

Documentación Social: Revista de Desarrollo Social, tercera época, Núm. 3, julio-septiembre, 1971, disponible en: <https://www.caritas.es/main-files/uploads/1971/06/DS10003-INFANCIA-ABANDONADA-Y-ADOPCION-ocr.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021:

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., “Análisis de la nueva legislación sobre adopción”, pp. 29-48.

GUIJARRO CONTRERAS, G., “Cómo hacer una adopción”, pp. 49-71.

FEITO, L., “Vulnerabilidad”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Vol. 30, Núm. Extr. 3, 2007, pp. 7-22, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181268>, última consulta 1 de octubre de 2021.

GARCÍA VILLALUENGA, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Núm. 4-5, 1991-1992, pp. 89-103, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/issue/view/CUTS919211>, consultada el 1 de octubre de 2021.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., “Los Tribunales para niños: creación y desarrollo”, *Historia de la educación*, Ediciones Universidad de Salamanca, Vol. 18, 1999, pp. 111-125, disponible en: <http://revistas.usal.es/index.php/0212-0267/article/view/10845/11246>, última consulta 1 de octubre de 2021.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *InDret: revista para el análisis del derecho*, Núm. 2, 2008, disponible en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/124250/172223>, última consulta 1 de octubre de 2021.

HOFFMASTER, B., “What Does Vulnerability Mean?”, *The Hastings Center Report*, Vol. 36, Núm. 2, marzo-abril, 2006, pp. 38-45, disponible en: https://www.jstor.org/stable/3528401?seq=1#metadata_info_tab_contents, fecha de revisión 1 de octubre de 2021.

KOTTOW, M., “The vulnerable and the susceptible”, *Bioethics*, Vol. 17, Núms. 5-6, octubre, 2003, pp. 460-471, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-8519.00361>, consultado el 1 de octubre de 2021.

- MÁRQUEZ VALDERRAMA, J. y GALLO VÉLEZ, O., “Eufemismos para el hambre: saber médico, mortalidad infantil y desnutrición en Colombia, 1888-1949”, *Historia y Sociedad*, Universidad Nacional de Colombia, Núm. 32, 2017, pp. 21-48, disponible en: <http://mr.crossref.org/iPage?doi=10.15446%2Fhys.n32.55508>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- MARTÍNEZ PEÑAS, L., “Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot”, *Revista Aequitas: estudios sobre historia, derecho e instituciones*, Núm. 1, 2011, pp. 25-70, disponible en: <https://revistaaequitas.wordpress.com/2011/11/13/numero-1-2011/>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, fascículo I, enero-marzo, 2018, pp. 111-152, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_2018_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=1, última consulta 1 de octubre de 2021.
- ORTEGA – CANTO, J., “Un primer acercamiento al concepto de medicina social”, *Revista Biomédica*, Vol. 1, Núm. 1, enero-marzo, 1990, pp. 42-45, disponible en: <http://www.revbiomed.uady.mx/pdf/rb90117.pdf>, última consulta 7 de marzo de 2019.
- PRO INFANTIA, “Crónicas”, *Boletín mensual del Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad*, Núm. 51 y 52, julio-agosto, 1913, pp. 30-41.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general)”, *Revista de derecho UNED*, Núm. 2, 2007, pp. 77-94, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10923/10451>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- RENDTORFF, J., “Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, Vol. 5, Núm. 3, octubre, 2002, pp. 235-244, disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1023%2FA%3A1021132602330.pdf>, revisado el 1 de octubre de 2021.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 3.ter, diciembre, 2015,

pp. 178-197, disponible en: <http://www.revista-aji.com/revista-numero-3-ter/>, última consulta 1 de octubre de 2021.

SÁNCHEZ VILLA, M. del C., “‘Los hijos del vicio’. El problema del niño expósito y la modernización de la Inclusa en España durante el cambio de los siglos XIX y XX”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Núm. 38, 2016, pp. 325-352, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/viewFile/54302/49650>, consultado el 1 de octubre de 2021.

SANTOS SACRISTÁN, M., “Una aproximación a la ley de mendicidad de 1903”, *Revista de la inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, Núm. 16, 2012, pp. 227-260, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/313562>, fecha de consulta 1 de octubre de 2021.

SARTEA, C., “Da Oviedo a Parigi: la vulnerabilità prima e dopo l’autonomia”, *Medicina e Morale*, Vol. 66, Núm. 6, 2017, pp. 779-792, disponible en: <https://www.medicinaemorale.it/index.php/mem/article/view/520>, última revisión 1 de octubre de 2021.

SARTEA, C., “La dignidad del vulnerable no tiene precio. Lo que puede hacer el bioderecho para salvarnos de la trampa economicista”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXVIII, Núm. 92, enero-abril, 2017, pp. 99-108, disponible en: <http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-on-line/2017/n%C2%BA-92-enero-abril.html>, última consulta 1 de octubre de 2021.

VARGAS CABRERA, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas: interpretación sistemática de la Ley 21/1987”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, Núm. 2, 1991, pp. 611-696, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1991_1_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=2, última consulta 1 de octubre de 2021.

OTROS DOCUMENTOS

ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, Resolución 64/142 (A/RES/64/142), de 18 diciembre de 2009, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/673583/files/A_RES_64_142-ES.pdf, última consulta 1 de octubre de 2021.

ARANDA ÁLVAREZ, E., *Sinopsis del artículo 39 de la Constitución Española* [en línea], actualizada por SIEIRA, S. y RASTROLLO, A., Congreso de los

Diputados, noviembre, 2017, disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>, última consulta 1 de octubre de 2021.

Circular de 22 de febrero de 1893, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, *por medio de la cual se impulsa al cumplimiento de la Ley sobre trabajos peligrosos de los niños de 26 de julio de 1878*, Gaceta 54/1893, de 23 de febrero, consultable en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1893/054/A00672-00672.pdf>, última visita 1 de octubre de 2021.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LA ONU, Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/778523/files/CRC_C_GC_14-ES.pdf, consultado el 1 de octubre de 2021.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Centro de publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2008, disponible en: https://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf, consultado el 1 de octubre de 2021.

GARCÍA DEL BURGO, P., 2012, “Nacidos y adoptados en el Santo Celo piden amparo judicial para hallar a sus madres”, *Levante: El Mercantil Valenciano*, 19 de octubre, disponible en: <https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2012/10/19/nacidos-adoptados-santo-celo-piden-amparo-judicial-hallar-madres/945155.html>, última consulta 1 de octubre de 2021.

INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE Núm. 313/1990, de 31 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

MARTÍNEZ GARCÍA, C. y DEL MORAL BLASCO, C., *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Informe técnico, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2017, disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/26167>, última consulta 1 de octubre de 2021.

REVUELTA EUGERCIOS, B., *Los usos de la inclusa de Madrid: mortalidad y retorno a principios del siglo XX (1890-1935)*, tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011, disponible en:

<http://sociales.cchs.csic.es/jperez/PDFs/2011Revuelta.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.

SANTOS SACRISTÁN, M., *Los inicios de la protección a la infancia en España (1873-1918)*, IX Congreso Internacional de la Asociación Española de Historia Económica, Murcia, 9-12 de septiembre de 2008, pp. 1-15, disponible en: <http://www.aehe.es/ix-congreso-internacional-2008/>, última consulta 1 de octubre de 2021.

THE BARCELONA DECLARATION ON POLICY PROPOSALS TO THE EUROPEAN COMMISSION ON BASIC ETHICAL PRINCIPLES IN BIOETHICS AND BIOLAW (adopted in November 1998 by Partners in the BIOMED II Project), disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/barcelona.html>, fecha de búsqueda 1 de octubre de 2021.

TRIBUNAL PARA NIÑOS, *Memoria*, Editorial Social Católica, Vitoria, 1923, p. 6, citado por Roca, T., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Sección de publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1968, p. 144.

TRIVES, M., 1983, “Una próxima ley pondrá fin a la adopción privada y al tráfico de niños”, *El País*, 4 de septiembre, disponible en: https://elpais.com/diario/1983/09/04/sociedad/431474406_850215.html, última revisión 1 de octubre de 2021.

UNESCO, *The principle of respect for human vulnerability and personal integrity* [report], París, 2013, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000219494>, última revisión 1 de octubre de 2021.

PROYECTOS DE LEY, DIARIOS DE SESIONES Y BOCG

Diario de Sesiones. Senado, 2 de diciembre de 1899, apéndice 8º al Núm. 80., descargable en: http://www.senado.es/cgi-bin/verdocweb?tipo_bd=IDSH&Legislatura=1899-1900&Pagina=&Bis=NO&Apendice1=&Boletin1=&Apendice2=8&Boletin2=80, última consulta 1 de octubre de 2021.

Diario de las Sesiones de las Cortes. Senado, 16 de junio de 1903, Núm. 25, disponible en: http://www.senado.es/cgi-bin/verdocweb?tipo_bd=IDSH&Legislatura=1903-1904&Pagina=335&Bis=NO&Apendice1=&Boletin1=25&Apendice2=&Boletin2=, última consulta 1 de octubre de 2021.

Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 1979, *por el que se modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, BOCG Núm. A-71-I/1979, de 14 de septiembre, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/A/A_071-I.PDF, última consulta 1 de octubre de 2021.

Proposición de Ley de 27 de diciembre de 1985, Grupo Parlamentario Popular, *por la que se reforma el Capítulo V, del Título VII, Libro I del Código Civil, 'De la adopción'*, BOCG Núm. B-116-I/1986, de 15 de enero, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/B/B_116-I.PDF, última consulta 1 de octubre de 2021.

Proyecto de Ley de 5 de marzo de 1986, *de reforma del Código Civil en materia de adopción*, BOCG Núm. A-194-I/1986, de 10 de marzo, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/A/A_194-I.PDF, última consulta 1 de octubre de 2021.

Proyecto de Ley de 24 de diciembre de 1986, *por el que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*, BOCG Núm. A-22-I/1987, de 4 de febrero, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/A/A_022-01.PDF, última revisión 1 de octubre de 2021.

Enmiendas al Proyecto de Ley de Modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOCG (Congreso) Núm. A-22-IV/1987, de 13 de marzo, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/A/A_022-04.PDF, última consulta 1 de octubre de 2021.

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, BOCG (Senado) Núm. I-545/2010, de 17 de noviembre, disponible en: <https://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0545.PDF>, revisado el 1 de octubre de 2021.

Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOCG (Congreso) Núm. A-131-3/2015, de 12 de mayo, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-131-3.PDF#page=1, última consulta 1 de octubre de 2021.

Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, BOCG (Congreso) Núm. A-22-2/2020, de 5 de noviembre, disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2.PDF#page=1, última consulta 1 de octubre de 2021.

Enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, BOCG (Senado) Núm. 182/2021, de 5 de mayo, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/SEN/BOCG/2021/BOCG_D_14_182_1795.PDF, revisado el 1 de octubre de 2021.

DICCIONARIOS

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración Española: compilación de la novísima legislación de España en todos los ramos de la administración pública*, 6ª ed., Administración Augusto Figueroa, Madrid, 1914.

MIRAS, J., “Concepto jurídico indeterminado”, en OTADUY GUERÍN, J., VIANA TOMÉ, A. y SEDANO RUEDA, J. (coordinadores), *Diccionario general de derecho canónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Vol. 2, 2012, pp. 346-347.

NORMATIVA

INTERNACIONAL

- ONU, Declaración de los Derechos del Niño, Resolución A/RES/1386 (XIV), 20 de noviembre de 1959, disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/1386\(XIV\)](https://undocs.org/es/A/RES/1386(XIV)), última consulta 1 de octubre de 2021.
- ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución A/RES/44/25, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, fecha de consulta 1 de octubre de 2021.
- 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, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6e1076a3-dc61-4c28-a045-0f10f223118a.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, *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) no 1347/2000*, Diario Oficial de la Unión Europea L 338/1, de 23 de diciembre de 2003, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=PL>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- UNESCO, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, París, 19 de octubre de 2005, disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, fecha de búsqueda 1 de octubre de 2021.
- ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Resolución A/RES/61/106, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, disponible en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

ESPAÑOLA

A) NACIONAL

- Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, disponible en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Ley de 6 de febrero de 1822, *del Establecimiento General de la Beneficencia* (conócese también por Decreto de las Cortes de 21 de diciembre de 1821). Extraída de MARTÍNEZ ALCUBILLAS, M., *Diccionario de la Administración Española: compilación de la novísima legislación de España en todos los ramos de la administración pública*, 6ª ed., Administración Augusto Figueroa, Madrid, 1914.

- Real Decreto de 21 de septiembre de 1835, *sobre el modo de constituir y formar las Diputaciones provinciales*, disponible en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/organica/1835.htm>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Ley de 20 de junio de 1849, *organizando la Beneficencia: creación de una Junta general y de Juntas Provinciales y municipales y fijando sus atribuciones*, Gaceta 5398/1849, de 24 de junio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1849/5398/A00001-00002.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Reglamento de 14 de mayo de 1852, *general para la ejecución de la ley de beneficencia de 20 de junio de 1849*, Gaceta 6537/1852, de 16 de mayo, consultable en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1852/6537/A00002-00004.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.

- Ley de 31 de agosto de 1870, *autorizando el planteamiento del Código penal reformado adjunto de 17 de junio de 1870*, Gaceta 243/1870, de 31 de agosto, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Ley de 24 de julio de 1873, *sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros* (Ley Benot), Gaceta 209/1873, de 28 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1873/209/A01193-01193.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Ley de 26 de julio de 1878, *sobre trabajos peligrosos de los niños*, Gaceta 209/1878, de 28 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1878/209/A00250-00250.pdf>, fecha de consulta 1 de octubre de 2021.

- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, *por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil*, Gaceta 36/1881, de 5 de febrero, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1881-813>, última revisión 1 de octubre de 2021.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*, Gaceta 206/1889, de 25 de julio, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley de 13 de marzo de 1900, *fijando las condiciones del trabajo de las mujeres y los niños*, Gaceta 73/1900, de 14 de marzo, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1900/073/A00875-00876.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- Real Orden de 11 de abril de 1903, *sobre el orden de los apellidos de los niños de padre desconocido*, Gaceta 107/1903, de 17 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1903/107/A00210-00210.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- Ley de 23 de julio de 1903, *sobre mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años*, Gaceta 214/1903, de 2 de agosto, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1903/214/A01747-01747.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley de 12 de agosto de 1904, *de protección a los menores de diez años*, Gaceta 230/1904, de 17 de agosto, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1904/230/A00589-00590.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- Real Decreto de 24 de enero de 1908, *Reglamento de la ley de Protección a la infancia*, Gaceta 26/1908, de 26 de enero, consultable en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1908/026/A00358-00359.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.
- Real Orden de 18 de noviembre de 1912, *relativa a la trata de infantes*, Gaceta 324/1912, de 19 de noviembre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1912/324/A00462-00462.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley de 2 de agosto de 1918, *autorizando al Gobierno para publicar una ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños con arreglo a las bases que se publican*, Gaceta 227/1918, de 25 de agosto, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1918/227/A00470-00470.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley de 25 de noviembre de 1918, *sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños*, Gaceta 331/1918, de 27 de noviembre, disponible en:

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1918/331/A00766-00767.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Real Orden de 26 de abril de 1920, *por medio de la cual se autoriza el funcionamiento del Tribunal de niños de Bilbao*, Gaceta 119/1920, de 28 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1920/119/A00306-00306.pdf>, revisado el 1 de octubre de 2021.
- Decreto-Ley de 15 de julio de 1925, *sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños*, Gaceta 197/1925, de 16 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1925/197/A00383-00385.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929, *por medio del cual se aprueba con carácter de ley el proyecto de reforma y adaptación del Decreto-Ley de 15 de julio de 1925, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños*, Gaceta 37/1929, de 6 de febrero, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1929/037/A01059-01064.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Real-Decreto Núm. 44 de 3 de febrero de 1929, *por medio del cual se aprueba el Reglamento provisional para la ejecución de la ley de Tribunales tutelares de menores*, Gaceta 38/1929, de 7 de febrero, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1929/038/A01100-01111.pdf>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- Constitución de la República Española, Gaceta 344/1931, de 10 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/344/A01578-01588.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Orden de 30 de diciembre de 1936, *sobre el servicio de colocación familiar de niños huérfanos y abandonados*, BOE Núm. 74/1937, de 2 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1937/074/A00011-00012.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- Orden de 1 de abril de 1937, *mediante la cual se dictan instrucciones ampliatorias para la implantación del servicio nacional de colocación familiar*, BOE Núm. 168/1937, de 6 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1937/168/A00907-00911.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- Decreto de 23 de noviembre de 1940, *sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra*, BOE Núm. 336/1940, de 1 de diciembre,

disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1940/336/A08253-08255.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Ley de 13 de diciembre de 1940, *sobre Tribunales Tutelares de Menores*, BOE Núm. 358/1940, de 23 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1940/358/A08786-08792.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley de 25 de enero de 1941, *rectificación a la Ley de 13 de diciembre de 1940 sobre Tribunales Tutelares de Menores*, BOE Núm. 25/1941, de 25 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1941/025/A00569-00570.pdf>, 1 de octubre de 2021.
- Ley de 17 de octubre de 1941, *por la que se dictan normas que faciliten la adopción de los acogidos en Casas de Expósitos y otros establecimientos de beneficencia*, BOE Núm. 299/1941, de 26 de octubre, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1941/299/A08336-08337.pdf>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, BOE Núm. 199/1945, de 18 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/199/A00358-00360.pdf>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Decreto de 11 de junio de 1948, *por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores*, BOE Núm. 201/1948, de 19 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/201/A03306-03318.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.
- Decreto de 2 de julio de 1948, *por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores*, BOE Núm. 206/1948, de 24 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/206/A03438-03445.pdf>, visitado el 1 de octubre de 2021.
- Ley de 24 de abril de 1958, *por la que se modifican determinados artículos del Código civil*, BOE Núm. 99/1958, de 25 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley 7/1970, de 4 de julio, *de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción*, BOE Núm. 161/1970, de 7 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-735>, última revisión 1 de octubre de 2021.

- Constitución Española, BOE Núm. 311/1978, de 29 de diciembre, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, BOE Núm. 119/1981, de 19 de mayo, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1981/05/13/11>, revisado el 1 de octubre de 2021.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de Reforma del Código Civil en materia de tutela*, BOE Núm. 256/1983, de 26 de octubre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1983/10/24/13>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, *Reguladora de las Bases del Régimen Local*, BOE Núm. 80/1985, de 3 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1985/04/02/7/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*, BOE Núm. 275/1987, de 17 de noviembre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- 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*, BOE Núm. 15/1996, de 17 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, BOE Núm. 7/2000, de 8 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, BOE Núm. 277/2003, de 19 de noviembre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, BOE Núm. 313/2004, de 29 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>, consultada el 1 de octubre de 2021.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *de Adopción internacional*, BOE Núm. 312/2007, de 29 de diciembre, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/28/54/con>, consultada el 1 de octubre de 2021.

- Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil*, BOE Núm. 175/2011, de 21 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>, revisado el 1 de octubre de 2021.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la jurisdicción voluntaria*, BOE Núm. 158/2015, de 3 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE Núm. 175/2015, de 23 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE Núm. 180/2015, de 29 de julio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>, consultada el 1 de octubre de 2021.
- Ley 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*, BOE Núm. 132/2021, de 3 de junio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, BOE Núm. 134/2021, de 5 de junio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

B) AUTONÓMICA

- Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, *de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE Núm. 1/2006, de 2 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es-nc/lf/2005/12/05/15/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*, BOE Núm. 156/2010, de 28 de junio, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/05/27/14/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley 3/2019, de 18 de febrero, *de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana*, BOE Núm. 61/2019, de 12 de marzo, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es-vc/l/2019/02/18/3/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Ley 9/2019, de 19 de febrero, *de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears*, BOE Núm. 89/2019, de 13 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es-ib/l/2019/02/19/9/con>, última consulta 1 de octubre de 2021.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), caso Saviny vs. Ucrania, de 18 diciembre 2008, demanda núm. 39948/06, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-90360>, revisado por última vez el 1 de octubre de 2021.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), caso R.M.S vs. España, de 18 de junio de 2013, demanda núm. 28775/12, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-124179>, última consulta 1 de octubre de 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia núm. 18/1984, de 7 de febrero, BOE Núm. 59/1984, de 9 de marzo, disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/271>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia núm. 57/2005, de 14 de marzo, BOE Núm. 93/2005, de 19 de abril, disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5317>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- España. Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia núm. 89/2017, de 4 de julio, BOE Núm. 171/2017, de 19 de julio, disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/25412>, última consulta 1 de octubre de 2021.

*TRIBUNAL SUPREMO*⁷²⁹.

- STS 562/1973, de 28 de mayo, recurso 132/1972, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bb1f7d5d0e02c064/20130621>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 277/1975, de 7 de julio, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/af6abb880af1e14a/19750101>, consultada el 1 de octubre de 2021.

⁷²⁹ Todas las sentencias corresponden a la Sala de lo Civil, Sección 1ª.

- STS 338/1977, de 25 de octubre, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a952722a5a34204/19770101>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 137/1985, de 27 de febrero, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/97b582e540795d1a/19960112>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 166/1987, de 18 de marzo, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/04841cd63d42b8ba/19960110>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- STS 244/1987, de 20 de abril, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5577a4756a63dbeb/19960110>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- STS 1275/2001, de 31 de diciembre, recurso 2813/1996, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1ec305169145d8e7/20030808>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 384/2005, de 23 de mayo, recurso 2046/2001, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/18c147b1433f1730/20050623>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 84/2011, de 21 de febrero, recurso 1186/2008, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0ced7fe234d20c29/20110310>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 565/2009, de 31 de julio, recurso 247/2007, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/350046174dc1f53f/20091015>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- STS 800/2011, de 14 de noviembre, recurso 228/2010, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/76343c37ce2d2c99/20111125>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 315/2014, de 6 de junio, recurso 718/2012, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f15efc1c5b724804/20140613>, última revisión 1 de octubre de 2021.
- STS 582/2014, de 27 de octubre, recurso 2762/2013, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6de9fe6eafd70102/20141107>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- STS 321/2015, de 18 de junio, recurso 722/2014, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/647f3afcfe6bbbc/20150626>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 407/2015, de 9 de julio, recurso 1562/2014, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1f6981d4acbd1596/20150717>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 416/2015, de 20 de julio, recurso 1791/2014, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f3bd1d6734fdb207/20150728>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 540/2015, de 15 de octubre, recurso 1161/2014, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bc6b4fd8bd4eabef/20151023>, revisada el 1 de octubre de 2021.
- STS 687/2015, de 2 de diciembre, recurso 1983/2014, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/277026eaf8cfdbe7/20151228>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- STS 747/2016, de 21 de diciembre, recurso 3453/2015, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8e72dae7f0c7c60f/20170102>, última consulta 1 de octubre de 2021.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Audiencia Provincial de Santander (Sección 1ª), sentencia núm. 52/2003, de 4 de febrero, recurso 401/2002, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/489cf0ae7aacbf32/20030711>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª), sentencia núm. 202/2003, de 4 de abril, recurso 937/2002, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f315bdcb678023b6/20031113>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª), sentencia núm. 111/2005, de 11 de marzo, recurso 601/2004, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6eb5dbaf07ea8ffb/20050414>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª), sentencia núm. 159/2008, de 15 de abril, recurso 560/2007, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eada3029c8f0486c/20080904>, última consulta 1 de octubre de 2021.

- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), sentencia núm. 503/2012, de 5 de octubre, recurso 527/2012, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5bd9e987bdf1425/20121127>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª), sentencia núm. 14/2014, de 29 de enero, recurso 175/2013, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a7acb06795569f59/20140331>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª), sentencia núm. 199/2014, de 21 de marzo, recurso 461/2013, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ed43372a11f1f1f3/20140708>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1ª), sentencia núm. 332/2015, de 18 de diciembre, recurso 408/2015, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/854fe901a7a0c0b5/20160216>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), sentencia núm. 808/2015, de 21 de diciembre, recurso 434/2015, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7b47c857b7641650/20160830>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), sentencia núm. 66/2016, de 1 de marzo, recurso 330/2015, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2ac95688bd56566/20160401>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª), sentencia núm. 109/2016, de 10 de octubre, recurso 121/2016, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f3cbeb673e6b968/20161122>, consultado el 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), sentencia núm. 1035/2020, de 30 de octubre, recurso 2353/2019, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e239a10ca34c0f8f/20210219>, última consulta 1 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1ª), sentencia núm. 444/2020, de 5 de noviembre, recurso 273/2020, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/346e3ff240e16fcc/20210127>, última consulta 1 de octubre de 2021.