



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2020 / 2021

TÍTULO:

**EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LOS MENORES EN
SITUACIÓN DE DESAMPARO.**

WORK TITLE:

**THE SYSTEM OF PROTECTION FOR MINORS IN A
SITUATION OF ABANDONMENT**

AUTOR/A:

CELIA PALACIOS POLA

DIRECTOR/A:

Prof^a. Dra. Dña. SILVIA TAMAYO HAYA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. LA SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO	2
1. ÓRGANOS COMPETENTES PARA DICTAR LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO	8
CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE ACOGIMIENTO.....	10
1. CLASES DE ACOGIMIENTO	10
CAPÍTULO III. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR.....	11
1. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR DE URGENCIA.....	13
2. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR TEMPORAL.....	13
3. EL ACOGIMIENTO PERMANENTE.....	14
CAPÍTULO IV. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL	14
1. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL EN CENTROS PARA MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA.....	17
1.1 Especial referencia a la modificación por la Ley Orgánica 8/2021 de Protección integral a la infancia. Artículo 21 ter de la LO 1/1996	18
CAPÍTULO V. LA REINSERCIÓN EN LA FAMILIA DE ORIGEN.....	20
CAPÍTULO VI. LOS PROBLEMAS ENTRE LA FAMILIA DE ORIGEN Y LA BIOLÓGICA	22
CAPÍTULO VII. LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS MENORES ACOGIDOS.....	26

CAPÍTULO VIII. LA CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO Y SUS EFECTOS	27
1. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES DE ACOGIMIENTO..	29
1.1 Derechos y deberes de la familia acogedora.	29
1.2 Derechos y deberes de los menores acogidos	32
2. EL RÉGIMEN DE VISITAS.	34
2.1 EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.	39
2.2 EL PUNTO DE ENCUENTRO	40
CAPÍTULO IX. EL CESE DEL ACOGIMIENTO.	41
CAPÍTULO X. LA INCIDENCIA DEL COVID-19 Y EL ESTADO DE ALARMA EN LOS MENORES ACOGIDOS.	42
CONCLUSIONES	52
ANEXO: ÍNDICE JURISPRUDENCIAL Y BIBLIOGRÁFICO	

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es la regulación jurídica y la situación actual de un colectivo, los menores de edad, y en concreto aquellos que han tenido que ser alejados de su familia. Por lo tanto, el vamos a realizar un estudio de la protección que otorga las Entidades Públicas a los menores que han sido declarados en situación de riesgo o desamparo.

Destacamos que es en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, en la que se especifica lo que hasta el momento habían sido declaraciones generales. Finalmente, es en la Convención de los Derechos de la Infancia, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1989 donde se completan y se matizan los principios establecidos en la citada Convención¹.

En nuestra legislación interna la constitución indica en su artículo 39 *“que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales por sus derechos”*.

Como consecuencia España comenzó a darle una mayor importancia a la legislación de protección de los menores, estableciéndose la **Ley 21/1987**. Surgiendo después la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

Posteriormente se modificó la Ley 1/1996, a través de **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio**, y con la **Ley 26/2015, de 28 de julio**, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, adoptándose así los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades de los menores, derivadas de los cambios sociales. El legislador busca cumplir la necesidad de mejorar los sistemas de protección de los menores de edad, y a su vez, fortalecer el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario.

¹POYATOS GARCÍA, A. «Historia y revolución del acogimiento familiar de menores, y el contexto de la Comunidad Valenciana.» *Revista TSNOVA, Sección "a fondo"* (2012): pp. 25.

Una de las razones con más peso para llevar a cabo la reforma fue la existencia de diversidad normativa, debido a que las Comunidades Autónomas tienen competencia legislativa en esta materia. Por lo que era necesaria una unificación, es decir, establecer unas bases comunes que sirvieran de referencia legislativa a todas las Comunidades Autónomas.

La Ley Orgánica 8/2015 se encarga de introducir los cambios en cuestiones que inciden sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Mientras que en la Ley 26/2015 se determina que dado los cambios sociales que se han producido resulta imprescindible perfeccionar las instituciones e instrumentos de protección jurídica para así conseguir el cumplimiento de lo expuesto en el artículo 39 de la Constitución².

En el presente trabajo vamos a explicar cuáles fueron las reformas introducidas por ambas en relación a la protección de los menores, y analizaremos si con el paso del tiempo las nuevas medidas introducidas han resultado efectivas.

Además, vamos a exponer y analizar un tema de actualidad: la situación de los menores acogidos, tanto en la modalidad de acogimiento familiar como en acogimiento residencial, durante situación de crisis sanitaria que hemos vivido con la pandemia del COVID-19.

CAPÍTULO I. LA SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor distingue, en atención a la gravedad o intensidad, entre situación de riesgo y situación de desamparo.

En primer lugar, debemos partir de la idea de que la Administración tiene la obligación de intervenir ante situaciones de riesgo de los menores³. Una vez establecido este principio, vamos a analizar en primer lugar la **situación de riesgo**, siendo esta la establecida por la nueva redacción del apartado primero

² Tal y como se encuentra establecido en el Preámbulo de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³ Dicho principio se encuentra establecido en el artículo 14 LOPJM “Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor...”

del artículo 17 LOPJM, *“La que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”*.

A partir de este artículo podemos observar cómo la definición de la situación de riesgo se efectúa de manera negativa por relación a la situación de desamparo⁴. Con esta nueva redacción del citado artículo se pretende conseguir una regulación más detallada de la misma, ya que en su versión original la LOPJM daba una escueta definición⁵. Aunque no se ha superado la falta de concreción de la anterior⁶, se estableció una serie de indicadores de riesgo en el citado artículo tales como que *“se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.”*

La intervención cuando existe una situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, siempre con la coordinación con los centros escolares, y servicios sociales y sanitarios. La actuación de los poderes públicos

⁴ORDÁS ALONSO, M. «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio.» *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Núm. 9/2016 (2016). pp. 15.

⁵DE ROMÁN PÉREZ, R. «La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema.» *Revista general de legislación y jurisprudencia* (2018) pp. 327.

⁶ NORIEGA RODRÍGUEZ, L. «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa de sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.» *Anuario de derecho civil* Núm. LXXI-I (2018) pp. 121.

estará destinada a disminuir los factores de riesgo en los que se encuentre el menor, y promover su protección⁷.

Asimismo, se deberá elaborar y desarrollar un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, procurando la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Además, deberá oírse al menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

La situación de riesgo cesará si las circunstancias varían, permitiendo un adecuado desarrollo del menor o si, por el contrario, estas condiciones empeoran, se declara una situación de desamparo.

En segundo lugar, nos encontramos con las **situaciones de desamparo**, en las que gravedad de los hechos aconseja la salida del menor de su núcleo familiar⁸.

La definición establecida en el artículo 172 CC no ha resultado modificada tras la reforma de 2015. Sin embargo, la Ley 26/2015 ha dado una nueva redacción al artículo 18 LOPJM, definiendo de forma más completa que la regulación anterior el concepto de “desamparo”, incorporando muchos de los conceptos que se recogían en la jurisprudencia, haciendo referencia, por primera vez en una norma de carácter estatal a las circunstancias que la determinan⁹.

Así se entiende que existe una situación de desamparo 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*”

⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M^aL., CARRIÓN OLMOS, S., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^aT., REYES LLÓPEZ, M^aJ., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SERRA RODRÍGUEZ, A. . *Derecho Civil IV. Derecho de familia* . 3^o Edición . Valencia. (Tirant lo Blanch), 2020, p. 373.

⁸ Debemos tener en cuenta el auto Audiencia Provincial de Barcelona de 23/11/1993 que “la declaración de desamparo no puede considerarse como una sanción sino, como una medida de protección de protección del menor”.

⁹ Exposición de motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Antes de centrarnos en cuáles son las causas de desamparo hay que resaltar que la mera concurrencia de alguna de estas circunstancias que vamos a enumerar a continuación no determinará la existencia de una situación de desamparo, sino que tienen que darse con suficiente gravedad para que, valoradas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor¹⁰. Por lo que puede darse alguna de estas situaciones que no revista la gravedad suficiente como para declarar una situación de desamparo, siendo suficiente con una intervención de la Entidad Pública en una situación de riesgo.

Entendiéndose por tanto que existe situación de desamparo cuando concurra alguna o algunas de las circunstancias establecidas en los apartados a) a h) del artículo 18.2, siempre y cuando se produzca con la gravedad suficiente, siendo valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad supongan una amenaza física o mental del menor, las cuales son las siguientes:

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

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

c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor.

¹⁰ ORDÁS ALONSO, M. «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad.» El régimen de visita de los menores en situación de desamparo. *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*. Edición 1º. Madrid: (BOSCH), 2019. pp. 429.

d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.

g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria.

h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia”.

Además, el art. 18.2 no se limita a recoger una serie de circunstancias cuya concurrencia determina la existencia de una situación de desamparo, sino que, además, desde una perspectiva negativa, establece dos supuestos que no van a suponer la declaración tal situación, siendo estos la pobreza¹¹ de sus

¹¹ En este punto hay que recordar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2013, sección tercera, ASUNTO R.M.S. c. ESPAÑA (Demanda nº 28775/12), por la que se condena a España a indemnizar a una madre a la que se le había separado de su hija por la situación económica que padecía. Se entendió que se había vulnerado su derecho al respeto a la vida privada y familiar. Además de

progenitores o tutores, y la discapacidad¹² del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos¹³.

Un punto a criticar de esta enumeración es lo relativo al apartado h) del citado artículo. No se comprende por autores como SANTAMARÍA PÉREZ¹⁴ el motivo por el que se deja abierta la posibilidad de que la Administración pueda establezca una causa distinta, ya que con ello da lugar a la arbitrariedad administrativa.

Según lo expuesto, podemos afirmar que la principal diferencia es que la situación de riesgo esta elimina a eliminar esa situación perjudicial que afecta al menor, mientras que la situación de desamparo supone la separación del menor de su núcleo familiar, asumiendo la Entidad Pública competente su tutela.

Se debe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional¹⁵ ha determinado que la declaración de desamparo debe de realizarse de forma restrictiva, es decir, cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención requerida en el menor, ya que a pesar de que el interés del menor sea primordial, también lo es el derecho de los progenitores a tener consigo a su hijo¹⁶.

La declaración de la situación de desamparo según lo establecido en el artículo 172 del Código Civil se realizará mediante resolución administrativa, la cual deberá ser notificada a los progenitores, y al menor afectado si tiene la

la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015 (RJ/540/2015) que determina que en estos casos lo que es causa de desamparo es el abandono material y moral del menor en cuestión.

¹³ ORDÁS ALONSO, M. «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio.» cit. pp. 15-16.

¹⁴SANTAMARÍA PÉREZ, M^a L. «Tipificación de las causas de riesgo y desamparo.» *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. Universidad Politécnica de Valencia. Octubre 2016. p. 28.

¹⁵ En este sentido encontramos sentencias como la STC de 18 de octubre de 1993 (RTC/298/1993) y la STC de 26 de septiembre de 1990 (RTC/143/1990) que, aunque son anteriores a la reforma de 2015, entendemos que sigue en pie dicha concepción.

¹⁶ NORIEGA RODRÍGUEZ, L. «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa de sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.» cit. pp. 129.

suficiente madurez, y en todo caso, si fuera mayor de doce años. Deberán ser informados sin que se supere el plazo de 48 horas.

Una vez realizada la declaración de desamparo la Entidad Pública asumirá la tutela de aquel por ministerio de la ley, adoptando las medidas oportunas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Lo cual conllevará a la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

La reforma del 2015 añade en el artículo 172 CC, que el órgano público o el MF podrán instar, si procediere, la privación¹⁷ de la patria potestad y la remoción de la tutela.

Por su parte, el artículo 172.2 CC establece la legitimación de los padres para que en el plazo de dos años puedan solicitar la revocación de la declaración de desamparo. Hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un plazo de caducidad.

Para algunos autores como ORDÁS ALONSO¹⁸, la finalización de este plazo se trata de un ejemplo de indefensión, ya que se está denegando a los tutores acceso a la jurisdicción para hacer valer sus intereses.

1. ÓRGANOS COMPETENTES PARA DICTAR LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Por último dentro de este capítulo, considero importante destacar que la competencia para decretar tanto la situación de desamparo o la situación de riesgo, según la antigua regulación del artículo 173.3 CC era la siguiente *“Si los progenitores o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”*.

¹⁷NORIEGA RODRÍGUEZ, L. «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa de sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.» cit. pp. 132

¹⁸ ORDÁS ALONSO, M. «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio.» cit. p. 36.

Por lo tanto, en el ámbito estatal, nuestra legislación establecía que la correspondiente formalización del acogimiento se podía realizar de forma administrativa o judicial.

Hay que destacar que la administrativa se establece como la vía ordinaria, es decir, se trata de la vía principal. Mientras que la constitución realizada por el juez se consideraba como la residual¹⁹.

La vía judicial va a operar cuando los padres conocidos y no privados de patria potestad o los tutores no presten su consentimiento a la medida acordada o se opongan a la proposición del ente público para la constitución del acogimiento familiar en sede administrativa²⁰.

En estos supuestos, la Entidad Pública deberá trasladar la propuesta al juez competente, el cual deberá resolver lo que considere más beneficioso para el interés del menor.

En este punto nos interesa destacar que una de las principales novedades que han sido introducidas por la Ley 26/2015, es la desjudicialización de la declaración de desamparo, convirtiéndola en un procedimiento puramente administrativo. Siendo la finalidad de esta reforma preservar el interés del menor y favorecer la agilidad del procedimiento, lo cual es beneficioso para aquellos menores que requieren de atención inmediata. Aunque, lógicamente habrán de ponerse en conocimiento del Fiscal las intervenciones realizadas con los menores a efectos de posibilitar la supervisión que la ley le encomienda.

Pese a que se ha introducido con el fin de agilizar el procedimiento, el hecho de que la declaración de desamparo sea un procedimiento prácticamente administrativo en el que no se necesita la autorización judicial previa, conlleva una reducción de las garantías del menor, así como la de sus progenitores o

¹⁹ABAD ARENAS, E. «El acogimiento familiar, notas sobre el artículo 173 bis del código civil.» *Revista de l'Institut d'Estudis Superiors de la Família* (2015). pp. 5.

²⁰ ABAD ARENAS, E. «El acogimiento familiar, notas sobre el artículo 173 bis del código civil.» *Revista de l'Institut d'Estudis Superiors de la Família* (2015). pp. 5.

tutores, según como indica ORDÁS ALONSO ²¹ ; considerando que el procedimiento que debería de seguirse consistiría en una intervención automática de la Administración Pública, y en caso de que se considere que debe de procederse a la declaración de desamparo del menor, se seguirá un procedimiento para que el juez decrete la misma. Otra medida a seguir sería la solicitud de la administración competente al juez la suspensión de la patria potestad.

CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE ACOGIMIENTO

La forma determinada por la ley para ejercer la tutela ex lege o la guarda es la institución del acogimiento²². Es decir, se trata de un modo de ejercicio de la guarda del menor, en aquellos casos en que esta haya sido asumida por la Entidad Pública competente para ello, ya sea a iniciativa de los padres, o cuando ha sido consecuencia de una declaración de desamparo²³.

La figura del acogimiento fue introducida por la Ley 21/1987, que fue modificada por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

1. CLASES DE ACOGIMIENTO

El artículo 173 ter de Código Civil contempla dos modalidades de acogimiento de menores en función del sujeto acogedor: el familiar y el residencial.

Siendo acogimiento familiar aquel que se llevará a cabo por personas determinadas por la Entidad Pública.

²¹ ORDÁS ALONSO, M. «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio.» cit. pp. 20-21

²² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ M^a B. *La protección pública de los menores. La reforma del derecho a la persona y de la familia. Jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*. 1^o Edición . Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2017.pp. 240

²³ ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M^aL., CARRIÓN OLMOS, S., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^aT., REYES LLÓPEZ, M^aJ., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SERRA RODRÍGUEZ, A. . *Derecho Civil IV. Derecho de familia*, cit. pp. 378

El acogimiento residencial es aquel que se lleva a cabo en centros dirigidos a menores. En estos casos la guarda la ejerce el director o responsable del centro donde sea acogido el menor.

CAPÍTULO III. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El CC establece el acogimiento residencial en los artículos 173 y 173 bis. No se describe el concepto como tal, pero lo podemos definir como un modo de ejercicio de la guarda de menores, que implica la participación plena del menor en la vida de la familia que le acoge, imponiendo a quien lo recibe las mismas obligaciones que las que tiene un padre, respecto de un hijo bajo su patria potestad²⁴, siendo estas las establecidas en el artículo 154 CC “*velar por él tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.*” Se considera más beneficioso para el menor que el acogimiento residencial, ya que va a ser atendido en un ambiente similar a cualquier otro hogar normal²⁵.

Debemos de tener en cuenta que se trata de una institución temporal y revocable, es decir, la asunción de la tutela del menor debe considerarse como una medida temporal, que se suspenderá cuando la situación que dio lugar al acogimiento cese.

En relación con el acogimiento familiar, si tenemos en cuenta las características de la familia acogedora y la vinculación con el menor se establecen dos modalidades:

Acogimiento en la propia familia extensa²⁶: cuando las personas guardan un parentesco con el menor. Mediante esta opción se evita que el menor se desvincule de su entorno familiar. Como modalidad del acogimiento en familia

²⁴BELUCHE RINCÓN, I. «Acogimiento familiar de menores y responsabilidad civil.» *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* Núm. 43, 2017, pp. 9.

²⁵BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 561.

²⁶REAL FERNÁNDEZ, M., NAVARRO SORIA, I., MARTÍN-ARAGÓN GELABERT, M., TEROL CANTERO M^a C. «Acogimiento familiar en España: un estudio de revisión.» *Aposta: revista de ciencias sociales* Núm. 84 (2020): pp.12.

extensa nos encontramos con el acogimiento en familia afín, que se da cuando los acogedores no tienen una relación de consanguinidad con el menor, pero si están vinculados con su familia. Es decir, son personas allegadas, como por ejemplo puede ser un amigo de la familia.

Como ejemplo tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2018²⁷ que atribuye a la abuela materna la guarda y custodia del menor. Ya que en el caso concreto ha quedado acreditado que la abuela posee una situación económica estable, con disponibilidad horaria suficiente y con una vivienda adecuada para el desarrollo de la menor. *“El hecho de que la abuela sea capaz de otorgarle al menor un ambiente familiar y la estabilidad emocional son un claro ejemplo de compromiso parental del que esta dispone, y que le permite ofrecer un proyecto de acogimiento familiar realista²⁸”*.

Acogimiento en familia ajena: tiene lugar cuando las personas que formalizan el acogimiento no tienen ninguna vinculación con el menor. Este tipo de acogimiento podrá ser especializada cuando un miembro de la familia posea cualificación, formación para realizar este tipo de funciones, percibiendo por ello una compensación económica, sin que supongan ninguna relación laboral. Además, dicho acogimiento especializado podrá ser profesionalizado²⁹ cuando, reuniendo los requisitos de formación específica, exista una relación laboral de los acogedores con la Entidad Pública (Artículo 20 LOPJM).

Atendiendo a la duración del acogimiento, el artículo 173 bis del Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 26/2015 establece las siguientes tres modalidades en función de su duración, en las que nos vamos a centrar en los siguientes capítulos. Siendo estas:

- Acogimiento familiar de urgencia

²⁷ Como sentencias a favor nos encontramos con la STS de 2 de diciembre de 2015 (RJ 2016/117) y la STS de 21 de diciembre de 2016 (RJ 409/2016)

²⁸SÁNCHEZ CASTRILLO, G. «Acogimiento familiar de un menor de edad ejercido por su abuela materna. STS (Sala de lo Civil) núm. 413/2018, de 3 de julio [JUR 2018, 190068].» p. 2.

²⁹ LEIVA RODRÍGUEZ, B.; GARCÍA GARNICA M^a D C. «Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015.» *El Genio Maligno: Una revista de humanidades y ciencias sociales* Núm. 20 (2017). p. 81.

- Acogimiento familiar temporal
- Acogimiento familiar permanente.

Por último, antes de empezar a comentar en qué consiste cada modalidad de acogimiento familiar, debemos tener en cuenta que tras la reforma llevada a cabo con la Ley 26/2015, el llamado anteriormente acogimiento preadoptivo pasa a denominarse “guarda con fines adoptivos” y se integra como una fase más del procedimiento de adopción. (Artículo 176 bis CC). Por lo tanto, ahora la Entidad Pública puede delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo, en las personas que reúnan los requisitos de capacidad y habiendo prestado su consentimiento hayan sido asignadas para su adopción³⁰.

1. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR DE URGENCIA

Se trata de una medida destinada a menores de seis años, que deberá tener una duración igual o menor a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar adecuada a las necesidades del menor³¹.

2. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR TEMPORAL

Se trata de una medida de protección con carácter transitorio, ya sea porque se prevé la reintegración del menor con su propio núcleo familiar, o porque se vaya a adoptar una medida de protección que posea un carácter más estable.

Esta situación podrá prolongarse durante un tiempo máximo de dos años, salvo que el interés del menor aconseje una prórroga por la previsible e inmediata reintegración del menor³².

³⁰ PÉREZ, R. «La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema.» cit. pp. 357.

³¹ ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M^ªL., CARRIÓN OLMOS, S., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^ªT., REYES LLÓPEZ, M^ªJ., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SERRA RODRÍGUEZ, A. . *Derecho Civil IV. Derecho de familia*, cit. pp 379.

³² LEIVA RODRÍGUEZ, B.; GARCÍA GARNICA M^ª D C. «Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015.», cit. pp. 8.

3. EL ACOGIMIENTO PERMANENTE

Se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años establecido para el acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien en casos de menores con necesidades especiales o cuando la situación del menor y su familia biológica así lo aconsejen.

Además, la Entidad Pública podrá solicitar al 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 menor³³.

Con ello se amplía el contenido del ejercicio del acogimiento no solo al ámbito personal, sino también a un ámbito patrimonial y de representación del menor. De todos modos, a pesar del carácter permanente de dicha institución, nada impide que se pueda establecer un régimen de visitas a favor de los padres u otros parientes³⁴.

CAPÍTULO IV. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

Esta otra modalidad del acogimiento consiste en una medida de protección de menores que se aplica en principio, cuando no hay otra alternativa.

De los artículos 21.3 LOPJM y 172 ter 1 del CC extraemos que se trata de una medida de carácter excepcional y provisional. Es decir, se establece por el interés del menor, la prioridad del acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, aunque en ocasiones el interés del menor podrá hacer aconsejable el establecimiento de este. Por ejemplo, el acogimiento residencial podrá ser conveniente para aquellos menores que han tenido graves dificultades para adaptarse a la vida con otra familia³⁵.

³³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ, L. *GPS Derecho de familia*. 1º Edición. (Tirant lo Blanch), 2020, p. 280

³⁴ BERROCAL LANZAROT, A. I.,. «La protección de los menores en desamparo.» *Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 764 (2017): p. 3196.

³⁵ DE PALMA DEL TESO, A. *Administraciones públicas y protección de la infancia*. 1º Edición. Madrid: Instituto nacional de la administración pública (INAP), 2006, pp. 355

Esta preferencia del acogimiento familiar sobre el residencial es debida entre muchas razones a que el menor no va a conseguir una compensación efectiva como sucede en el acogimiento familiar³⁶.

Se encuentra regulado en el artículo 21 LOPJM, y en los artículos 25 a 35 para la nueva modalidad del acogimiento en centros específicos para aquellos menores con problemas de conducta. La regulación específica de esta materia atiende a las peticiones planteadas por el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado y el Comité de derechos del Niño, entre otras³⁷.

Estableciéndose en el citado artículo 21.3 LOPJM que *“No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga a interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses.”*

En el caso del acogimiento residencial, como ya hemos especificado anteriormente, la guarda la ejerce el director o responsable del centro donde sea acogido el menor, que deberá ejercerla junto con la colaboración de la Entidad Pública y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, como ha sido señalado expresamente por el artículo 172 ter en su apartado primero³⁸.

En cuanto al régimen de autorización y funcionamiento, todos los centros de acogida residencial deberán estar siempre habilitados administrativamente

³⁶SANTAMARÍA PÉREZ, M^a L. «Tipificación de las causas de riesgo y desamparo.» *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. cit. p. 27

³⁷SÁNCHEZ ALONSO, M., BELTRÁ CABELLO, C., DE LA FUENTE LINACERO, M. *Tratado de Derecho de Familia*. 2^o Edición. Valencia. (Tirant lo Blanch), 2020. pp. 520.

³⁸BELUCHE RINCÓN, I. «Reflexiones sobre el acogimiento de menores tras la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación al sistema de protección a la infancia y a la adolescencia .» EMBID IRUJO, J.M. *Estudios jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena* . Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España , 2017. pp. 101.

por dicha Entidad, debiendo respetar el régimen de habilitación regulado por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

En los artículos 20 y 21 de la LOPJM se concretan y se detallan, las siguientes obligaciones básicas: *“asegurar la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana y garantizar los derechos del menor mediante un proyecto socio-educativo individual, disponer de un plan individual de protección del menor, el cual se revisará periódicamente para valorar la adecuación del recurso residencial a las circunstancias concretas del menor, potenciar su educación integral y formación, velar por su preparación para la vida independiente promoviendo la asunción progresiva de responsabilidades, fomentar la convivencia entre hermanos y procurar la estabilidad residencial, potenciar las salidas del centro con su familia de origen³⁹, etc.”*

En esta nueva redacción del artículo 21 LOPJM se establece que *“la Administración pública competente tendrá la facultad de adoptar medidas para garantizar la convivencia del centro, y en aquellos casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida”*.

Además, se establece que, para asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública competente realizará la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente (artículo 21.4 LOPJM). Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá de analizar los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento interno del mismo.

Atendiendo al artículo 172 ter 1, en su tercer párrafo CC, *“el acogimiento residencial se constituirá también por resolución administrativa, la cual será notificada a los padres o tutores no privados de patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal”*.

³⁹ BELUCHE RINCÓN, I. «Reflexiones sobre el acogimiento de menores tras la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación al sistema de protección a la infancia y a la adolescencia .» cit. pp. 100.

1. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL EN CENTROS PARA MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA

Como ya hemos anunciado los artículos 25 a 35 LOPJM se dedican a regular la nueva modalidad de acogimiento residencial en centros específicos para menores con problemas de conducta. Dicha modalidad de acogimiento sólo podrá realizarse cuando no sea posible la intervención a través de las otras medidas de protección.

Su finalidad es la de suministrar a los menores con problemas de conducta un marco adecuado para su educación teniendo en cuenta las necesidades especiales de estos menores. No van a poder ser ingresados en estos centros, los menores que sufran de enfermedades o problemas mentales que requieran un tratamiento específico⁴⁰, siendo regulado el internamiento por trastorno psíquico por el artículo 76.3 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Será la Entidad Pública competente y el Ministerio Fiscal quienes ostenten la legitimación para solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor. Esta deberá estar motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores.

Excepcionalmente, si existieran razones de urgencia, se podrá acordar el ingreso del menor al centro, previamente a la autorización judicial, debiendo comunicárselo al juzgado competente lo antes posible, y en cualquier caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes. El juzgado deberá ratificar o no la medida en un tiempo máximo de sesenta y dos horas, dejando sin efecto inmediato el ingreso en caso de no ratificar la medida.

El artículo 26 LOPJM nos indica que los menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades. El cese del acogimiento en el centro será acordado por el órgano judicial que

⁴⁰TEJEDOR MUÑOZ, L. «Guarda, acogimiento y desamparo de menores.» LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., DÍAZ-AMBRONA BARADAJÍ, M^a A., POUS DE LA FLOR, M^a P., LEONSENGUI GUILLOT, R., TEJEDOR MUÑOZ, L., SERRANO GIL, A. *Protección jurídica del menor*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2017. p. 174.

esté conociendo del ingreso, de oficio, o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. La propuesta deberá estar fundamentada en un informe psicosocial.

No podemos cerrar el presente capítulo sin hacer una crítica a la institución regulada por la reforma, ya que no se ha establecido una edad mínima para los menores que van a ser ingresados en estos centros, lo que, a juicio, de algunos autores, es necesario para la regulación de aquellas medidas que impliquen la restricción de derechos fundamentales y las sanciones que se les puede aplicar.

Lo que resulta interesante es que el legislador estatal sí se preocupó en el año 2015 por intentar excluir a los menores de tres años de esta modalidad del acogimiento residencial⁴¹. Dicha situación ha sido denunciada por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2016.

1.1 Especial referencia a la modificación por la Ley Orgánica 8/2021 de Protección integral a la infancia. Artículo 21 ter de la LO 1/1996

Respecto a lo contenido en este capítulo es importante citar la modificación que ha sufrido recientemente la Ley 1/1996, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Lo que esta nueva norma busca es poner fin a los casos de maltrato, acoso o abusos sexuales que sufren los niños y adolescentes españoles.

Se pretende establecer la seguridad y convivencia en los centros de menores mediante medidas preventivas, que solo se podrán utilizar cuando existan situaciones excepcionales⁴² y de alto riesgo, como último recurso.

⁴¹LÓPEZ AZCONA, A. «El acogimiento residencial de menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales.» *Derecho Privado y Constitución* Núm. 32 (2018): p. 162.

⁴² Se consideran situaciones excepcionales las de inminente y grave peligro para la vida o la integridad del menor o de una tercera persona.

Dichas previsiones se recogen en el nuevo artículo 21 ter de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Estableciéndose en primer lugar que las medidas deberán regirse por los principios de legalidad, necesidad, individualización, proporcionalidad, idoneidad, graduación, transparencia y buen gobierno.

Asimismo, en el mencionado artículo se establece que la contención física, que consiste en la sujeción de las muñecas del menor a los equipos homologados, será una medida excepcional y únicamente aplicable en los centros de protección de menores con trastornos de conducta. Se deberá seguir un protocolo estricto, en el que se determina que la duración de la medida nunca podrá ser superior a una hora, y inmovilizado siempre deberá estar acompañado por un educador.

En aquellos casos en los que se lleve a cabo mediante el uso de la fuerza se requerirá de una exploración física del menor por facultativo médico en el plazo máximo de 48 horas.

Es importante comentar que se establecen una serie de sujetos a los que no va a ser de aplicación dichas medidas, siendo estos los *“menores de catorce años, menores gestante incluso hasta seis meses después de la terminación del embarazo, madres lactantes, personas que tengan hijos e hijas consigo, ni a quienes se encuentren convalecientes por una enfermedad”* (Artículo 21 ter apartado 7).

Las restantes medidas de seguridad establecidas en el artículo son la limitación de espacios o movimientos entre el menor y la persona objetivo que genera el conflicto, el aislamiento provisional, el cacheo y la intervención física de un técnico entre los menores en conflicto.

En último lugar, y solo como última instancia, se podrá producir la inmovilización física del menor por aquellas personas especializados en técnicas de sujeción personal. Esta última, podrá ser utilizada por los profesionales como último recurso en casos de intento de fuga, resistencia activa que suponga una alteración grave de la convivencia o una vulneración grave a los derechos de

otros menores o riesgo directo de auto lesión, de lesiones a otros o daños graves a las instalaciones.

Será el Director del Centro el competente para la adopción de decisiones sobre las mencionadas medidas, que deberán en todo caso ser motivadas y habrán de notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal.

CAPÍTULO V. LA REINSERCIÓN EN LA FAMILIA DE ORIGEN

En primer lugar, para acordar el regreso del menor desamparado, resulta imprescindible que se haya verificado un desarrollo positivo de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan continuado con los vínculos familiares, que concurra la intención de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos notables para el menor, tal y como establece el art. 19 bis LOPJM.

Este artículo recoge la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de 31 de julio de 2009, en la que se establece que *“Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres, 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 se obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico.”*

En relación con esto cabe destacar también la STS de 21 de diciembre de 2016 en la que se determina que “*si no se considera beneficioso para él retornar con su familia natural, no se puede decidir en contra del interés del menor.*”

Además, establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015 que el retorno no puede basarse en una simple posibilidad de que la reinserción sea viable y exitosa⁴³.

Lo cual se establece también en la Sentencia de 9 de julio de 2015⁴⁴ al determinarse que no se ha vulnerado la jurisprudencia sentada por la STS de 31 de julio de 2009 ya que los datos que posee el tribunal no son suficientes para comprobar que ha existido una evolución favorable que permita a los padres biológicos recuperar la guarda del menor, y que ello resulte positivo para el menor⁴⁵.

Cabe destacar que el artículo 2.4 LOPJM dispone que, siempre que el menor se encuentre en situación de desprotección y se produzca un conflicto de intereses, siempre se debe priorizar el interés superior del menor frente a cualquier otro, cuando su compatibilidad no sea posible.

Concluyendo, que el derecho de los menores a ser educados y desarrollarse en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas⁴⁶. Por tanto, el derecho de los padres biológicos no tiene carácter de derecho preponderante sino de derecho subordinado al interés del menor⁴⁷.

⁴³ALONSO BEZOS, J.J. «Guarda y acogimiento de menores. STS núm. 537/2015 de 28 de septiembre (RJ 2015, 4217).» *Revista Aranzadi Doctrinal* Número 1/2016 (2016). pp. 2

⁴⁴ Se manifiesta así la Audiencia al final del fundamento de derecho segundo de su sentencia, considerando insuficiente la aportación por los recurrentes de unas fotografías y la simple mención de los medios económicos de la abuela paterna.

⁴⁵«Comentario a la Sentencia de 9 de julio de 2015 del Tribunal Supremo, Sala 1ª.» *Revista de Derecho de Familia* Número 71 BIB 2016\2625 (2016). pp. 2

⁴⁶ Reflejado en otras sentencias como la STS Sala 1.ª de 13 de junio de 2011 (RJ 397/2011) y de 17 de febrero de 2012 (RJ 60/2012)

⁴⁷ En este sentido, debemos destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de mayo de 2015 (AC 226/2015), y las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 (RJ 397/2011) y 17 de febrero de 2012 (RJ 60/2012)

CAPÍTULO VI. LOS PROBLEMAS ENTRE LA FAMILIA DE ORIGEN Y LA BIOLÓGICA

Nos vamos a centrar en supuestos de nuestra jurisprudencia que abordan los conflictos entre la familia biológica y la familia acogedora para así poder extraer una conclusión del tema.

Para analizar la jurisprudencia tenemos en primer lugar, la Sentencia de 14 de septiembre de 2018 del Tribunal Supremo⁴⁸, por la cual se aprueba la continuación de la tía del menor como guardadora a pesar de los deseos del padre de ejercer la guarda y custodia.

Como antecedente, en la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 se acordó una guarda a favor de los abuelos del menor. Por lo tanto, esta puede ser encomendada a terceros aunque los progenitores no hayan sido privados de la patria potestad.

Es importante aclarar para la resolución de este caso, que el hecho de que exista un consentimiento expreso y previo del padre a la tía de la menor para cuidar de esta, no implica que se ha transferido la patria potestad. Según lo expuesto en el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de febrero de 1998⁴⁹ *“sólo los padres son titulares de la patria potestad, que es intransferible e irrenunciable. El hecho de que los abuelos desempeñen la guarda no puede confundirse con la titularidad de la patria potestad, que sólo corresponde a los padres”*.

En la resolución de STS de 14 de septiembre de 2018 comentada se señala lo siguiente *“la menor, ha tenido y sigue teniendo un entorno estable y seguro con su tía lo que ha posibilitado la creación de unos vínculos muy distintos de los que existen con su padre (...) Se ratifica únicamente en lo que se refiere*

⁴⁸ En términos similares se pronuncian la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 4 de julio de 2018 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13 de mayo de 2015, al establecer que lo más favorable para el niño es la continuación bajo la guarda de sus abuelos.

⁴⁹ En igual sentido se pronuncia el Auto de Barcelona nº 93/2017 de 28 de febrero (JUR 2017/130403) al establecer que la patria potestad es irrenunciable y que por lo tanto no se puede transmitir.

a la guarda de la menor y régimen de visitas a favor del padre dirigido a la plena adopción de la hija al entorno paterno.”

En términos similares se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 2015, ya que determina que una madre que durante un tiempo prolongado no ha intentado recuperar a su hijo, habiendo cedido la guarda a un tercero, no puede reclamar la guarda ya que el menor se encuentra por fin en una situación estable⁵⁰.

En conclusión, en estos casos en los que los progenitores han cedido la guarda a un tercero se entiende que lo mejor para los menores es conservar el ambiente familiar que han conseguido, a pesar de las pretensiones del padre, que aun ostenta la patria potestad de recuperar la relación⁵¹. Por lo que debe primar la estabilidad y seguridad del menor, aunque sería correcto ir recuperando la relación entre padre e hija de forma paulatina.

Otro caso conflictivo e interesante de estudiar es el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación con la familia de origen cuando se constituye una guarda preadoptiva.

Como ya hemos expuesto en el presente trabajo, con la reforma del año 2015 se ha introducido la figura de la guarda con fines adoptivos, que ha sustituido al anterior acogimiento preadoptivo, desapareciendo este de entre las formas de acogimiento para formar parte del proceso de adopción⁵². En este punto, es importante subrayar que la relación con la familia de origen no se

⁵⁰CABEZUELO ARENAS, A. «Continuación de tía paterna como guardadora de su sobrina pese al deseo del padre biológico de ejercer su papel por obstar la patria potestad sobre su hija. Prevalencia del interés de la menor.» *Revista Aranzadi Doctrinal* Número 11/2018 (2018). p. 8.

⁵¹CABEZUELO ARENAS, A. «Continuación de tía paterna como guardadora de su sobrina pese al deseo del padre biológico de ejercer su papel por obstar la patria potestad sobre su hija. Prevalencia del interés de la menor.» cit. p. 7.

⁵² GUILARTE MARTÍN-CALERO, G. «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva: por una interpretación restrictiva. Comentario a la STS de 15 de junio de 2018.» *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* Número 110/2019 (2019). p. 3

elimina, sino que va a quedar en suspenso hasta que tenga lugar la resolución judicial⁵³. Al contrario de lo que sucede con la adopción definitiva.

El análisis se va a basar en la STS de 15 de junio de 2018. Los hechos consisten en que los nietos de la recurrente se encuentran en situación de desamparo, los tres menores se encuentran en acogimiento en familia extensa, mientras que para los menores se ha acordado una guarda preadoptiva.

En la sentencia de primera instancia se extiende el régimen de visitas a las tres menores en situación de guarda preadoptiva. Frente a ello se interpone recurso de apelación que se desestima, y posteriormente se formulará recurso de casación y recurso por infracción procesal que se resolverán en la sentencia que vamos a comentar.

Nos encontramos ante un supuesto en el que existe un conflicto entre los derechos de la familia de origen y la familia de acogida, que como se ha señalado por Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁴, son posiciones arduamente conciliables⁵⁵.

La autora del comentario a esta sentencia, CRISTINA GUILARTE⁵⁶, considera que para determinar la adecuación de los regímenes de visitas no deben de extrapolarse los criterios para declarar el retorno del menor con su familia de origen, establecidos por las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009 y 14 de septiembre de 2018. Sin embargo, en la presente sentencia que estamos comentado si se tienen en cuenta en su fundamento jurídico tercero.

⁵³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, G. «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva: por una interpretación restrictiva. Comentario a la STS de 15 de junio de 2018.», ob. cit., p.5

⁵⁴ TEDH. de 13 de enero de 2009. CASO TEODOROVA C. ITALIA. (Recurso nº 33932/06)

⁵⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, G. «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva: por una interpretación restrictiva. Comentario a la STS de 15 de junio de 2018.» cit. pp.14.

⁵⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, G. «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva: por una interpretación restrictiva. Comentario a la STS de 15 de junio de 2018.» cit. pp. 16.

A esta conclusión se llega ya que una vez que se ha establecido la constitución de la guarda adoptiva el retorno del menor con su familia se ve imposibilitado, por lo que el régimen de visitas con la familia debe suspenderse⁵⁷. Además, en el artículo 8 CEDH⁵⁸, se determina pero no deben de realizarse interminables intentos de reunir al menor con su familia de origen⁵⁹.

La sentencia comentada determina que como aún no se ha dictado la resolución constitutiva de la adopción, y por lo tanto, los vínculos con la familia se encuentran suspensos, que no extinguidos, puede continuarse el régimen de vistas con la familia de origen si atendemos a lo establecido en el artículo 176 bis CC que determina que *“Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva a que se refiere el apartado anterior, excepto en los casos previstos en el artículo 178.4.”*

Sin embargo, a mi juicio, el hecho de que se continúe con la relación con la abuela podría resultar perjudicial para las menores, y como consecuencia podría considerarse como una vulneración del principio del interés superior del menor. Debido a ello en este momento las medidas no deben ir encauzadas a mantener la relación con la familia de origen, sino en conseguir una adecuada integración del menor en la familia adoptiva⁶⁰.

⁵⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, G. «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva: por una interpretación restrictiva. Comentario a la STS de 15 de junio de 2018.» cit. pp 16.

⁵⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, G. «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva: por una interpretación restrictiva. Comentario a la STS de 15 de junio de 2018.» cit. pp. 14.

⁵⁹ Tal y como se indica en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hasan, noruega de 26 de abril de 2008, demanda número 27496/15

⁶⁰ ⁶⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, G. «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva: por una interpretación restrictiva. Comentario a la STS de 15 de junio de 2018.» cit. p. 20.

CAPÍTULO VII. LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS MENORES ACOGIDOS

En este caso nos encontramos con la duda de quién debe soportar los daños causados por estos menores acogidos, cuya guarda es titularidad de la Administración.

La regulación original de nuestro código civil del acogimiento no hacía ninguna referencia a dicho régimen de responsabilidad, pero nuestra doctrina se inclinó fundamentalmente por la tesis de que ésta debía ser conjunta⁶¹.

Es en la Disposición final sexta de la LOPJM de 1996 por la que se modifica la redacción del artículo 173 CC, estableciéndose que el documento para formalizar el acogimiento familiar deberá incluir el sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles. Como podemos ver, en esta nueva redacción no se determinan quienes son los otros responsables junto a la Entidad Pública de estos daños.

Sin embargo, no es hasta la nueva redacción llevada a cabo por la Ley 26/2015 hasta que se establece con una mayor precisión quiénes deben de responder en estos casos, eliminando la alusión a “*otros responsables civiles*”, determinando de esta forma que la única responsable es la Entidad Pública⁶².

Encontramos autores como LÓPEZ AZCONA que han apoyado esta nueva redacción, estableciendo que “*a mi juicio, se encuentra plenamente justificado, en cuanto la titular de la guarda de estos menores sigue siendo la Administración y, por ende, la responsable civil última de los daños que sufran o puedan ocasionar*”⁶³.

Asimismo, es cierto que el acogedor familiar no tiene absoluta exoneración, si bien existe la posibilidad de que la Administración competente

⁶¹BELUCHE RINCÓN, I. «Acogimiento familiar de menores y responsabilidad civil.» ob. p. 13.

⁶² BELUCHE RINCÓN, I. «Acogimiento familiar de menores y responsabilidad civil.» cit. p. 19.

⁶³ LÓPEZ AZCONA, A. «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.» Boletín de Información del Ministerio de Justicia Número 2185 (2016 Enero): p. 29.

exija a los progenitores el reembolso de los gastos que genere dicha responsabilidad (artículo 174 ter.4 del CC).

CAPÍTULO VIII. LA CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO Y SUS EFECTOS

El acogimiento se formalizará a través de la resolución de la Entidad Pública competente que posea la tutela del menor, en aplicación del artículo 172.1 CC. Dicha resolución deberá de ser notificada a los progenitores o tutores que no estén privados de la patria potestad o la tutela, así como al Ministerio Fiscal.

Junto con la resolución de formalización, se acompañará un documento anexo que deberá incluir los apartados establecidos en el artículo 20.3 LOPJM:

- “a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido.*
- b) Los consentimientos y audiencias necesarias.*
- c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora.*
- d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación. El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que este pueda causar a terceros. Por último, la asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria.*
- e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora.*
- f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa.*

g) *La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.*

h) *El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada.”*

La Entidad Pública competente remitirá la resolución y el documento anexo al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes, y una vez constituido podrá tomarse anotación el acogimiento en el Registro Civil.

Respecto al acogimiento residencial no se prevén requisitos especiales, por lo que entendemos que quedará formalizado también mediante resolución de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del menor⁶⁴.

En cuanto a los efectos, la Entidad Pública competente asume la tutela automática del menor.

Para los representantes legales no se va a producir la pérdida de la titularidad, pero sí que se produce la pérdida del ejercicio de sus potestades mientras dure esta situación de desamparo⁶⁵.

De todas formas, según el párrafo primero del art. 172 del CC “*Serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste*”. Por lo tanto, podemos concluir que los acogedores no tienen funciones de carácter patrimonial sobre los menores acogidos, tales como la representación o gestión de los bienes⁶⁶.

Finalmente, los padres tendrán una participación activa en las decisiones que se adopten respecto de sus hijos, ya que la Entidad Pública deberá de informarles sobre la situación de le menor, y sus opiniones deberán de ser tomadas en cuenta, siempre que no exista resolución judicial que lo prohíba.

⁶⁴ SANCHO LÓPEZ, M. *Derecho de familia. Apuntes de derecho civil IV*. 1º Edición. Valencia: (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 63.

⁶⁵ PÉREZ, R. «La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema.» cit. p. 344.

⁶⁶ TEJEDOR MUÑOZ, L. «Guarda, acogimiento y desamparo de menores.» cit. pp. 184

1. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES DE ACOGIMIENTO.

1.1 Derechos y deberes de la familia acogedora.

Una de las grandes novedades en la regulación de la institución del acogimiento es que se establece por primera vez el estatuto del acogedor, que ha sido incorporado a solicitud de la Comisión Especial del Senado⁶⁷ y del Defensor del Pueblo⁶⁸ en el artículo 20 bis LOPJM, donde se recogen los derechos y deberes de esta parte del acogimiento.

Los derechos que establece el citado artículo son los siguientes:

“1. Tendrán derecho a recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como al seguimiento y apoyo técnico especializado.

2. Ser oídos por la Entidad Pública antes de que esta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente en lo que se refiere al régimen de visitas o comunicación con la familia de origen.

3. Ser informados del plan individual de protección.

4. Ser parte de los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento permanente; Cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento establecidos.

5. Disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor que acogen.

6. Ejercer todos los derechos inherentes a la guarda.

7. Ser respetados por el menor acogido.

⁶⁷Se encuentra como medida propuesta en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (650/000001).

⁶⁸LÓPEZ AZCONA, A. «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.», cit., p. 31.

8. *Recabar el auxilio de la Entidad Pública en el ejercicio de sus funciones; Realizar viajes con el menor siempre que se informe a la Entidad Pública y no exista oposición por parte de esta.*

9. *Percibir una compensación económica; otorgarle al menor acogido las mismas facilidades y condiciones que a los hijos biológicos o adoptivos.*

10. *Relacionarse con el menor al cesar el acogimiento si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y lo consintieren la familia de origen.*

11. *Ser protegidos sus datos personales respecto de la familia de origen.*

12. *Formular formalmente quejas o sugerencias ante la Entidad Pública.*

Finalmente se establece que la familia acogedora tendrá los mismos derechos que la Administración reconoce al resto de unidades familiares.”

En segundo lugar, se establecen una serie de obligaciones de la familia acogedora:

“1. Velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo⁶⁹. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar prestando los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades.

2. Oír al menor siempre antes de tomar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente madurez y en todo caso, si fuera mayor de 12 años.

3. Asegurar la plena participación del menor en la vida de la familia.

4. Informar a la Entidad Pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor.

⁶⁹ Obligaciones establecidas en el artículo 154 Código Civil en el ejercicio de la patria potestad.

5. Respetar y facilitar las relaciones con la familia del menor, en la medida de las posibilidades, y siempre dentro del marco de régimen de visitas establecido.

6. Colaborar activamente con las Entidades Públicas en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y seguimiento de la medida, observando las indicaciones y orientaciones de la misma.

7. Respetar la confidencialidad de los datos relativos a los antecedentes personales y familiares del menor.

8. Comunicar a la Entidad Pública cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tomaron en consideración como base para el acogimiento.

9. Garantizar el derecho a la intimidad y a la identidad de los menores acogidos y el respeto a su propia imagen, velando también por el cumplimiento de sus derechos fundamentales.

10. Participar en las acciones formativas que se propongan

11. Colaborar en el tránsito de la medida de protección del menor a la reintegración a su entorno de origen, la adopción u otra modalidad de acogimiento, o al entorno que se establezca tras la adopción de una medida de protección más estable.

12. Los acogedores familiares tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad.

Como novedad en este tema es importante apuntar que, desde el pasado 1 de enero de 2021, se establece que cada progenitor disfrutará de igual período de suspensión del contrato de trabajo por acogimiento.

De esta forma, el permiso de paternidad pasa a ser de 16 semanas, siendo el mismo que el que disfrutaban las madres biológicas, consiguiendo por fin la equiparación con el mismo.

El punto que nos interesa a nosotros dado el tema de este trabajo es el permiso en el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, que pasará a ser de dieciséis semanas para cada acogedor.

Se trata de un permiso conformado por un período de dieciséis, en el que nos encontramos con seis semanas de disfrute obligatorio e interrumpido, a jornada completa, desde el momento de la resolución en la que se constituye el acogimiento. Las restantes diez semanas son de disfrute voluntario, pudiendo disfrutarse de forma acumulada tras las semanas obligatorias, o de forma interrumpida en periodos semanales dentro de los doce meses siguientes a la resolución administrativa⁷⁰. Además, este período voluntario podrá disfrutarse mediante jornada completa o parcial.

El único límite que nos encontramos ante este permiso es para el caso en el que ambos acogedores trabajen en la misma empresa; La empresa tendrá potestad para limitar el disfrute del período voluntario.

Cuando se trate del acogimiento de un menor con discapacidad el periodo de dieciséis semanas se aplicará a diecisiete. Lo mismo sucederá en el caso de adopción, guarda o acogimiento múltiple, ya que implica una semana más de permiso a partir del segundo hijo.

Por último, es importante saber que se trata de un derecho individual e intransferible, por lo que el titular de este no podrá ceder ninguna semana de permiso a la otra persona acogedora⁷¹.

1.2 Derechos y deberes de los menores acogidos

En el artículo 21 bis LOPJM se establece que los menores acogidos tendrán derecho a:

⁷⁰ CRUZ, V. «El permiso de paternidad en 2021 es de 16 semanas», entrada de blog de 4 de enero de 2021. Disponible en <<https://www.audiolis.com/blog/permiso-de-paternidad-16-semanas-2021/>>. [Consultado el 24/05/2021].

⁷¹ CRUZ, V. «El permiso de paternidad en 2021 es de 16 semanas», entrada de blog de 4 de enero de 2021. Disponible en <<https://www.audiolis.com/blog/permiso-de-paternidad-16-semanas-2021/>>. [Consultado el 24/05/2021].

“1. Ser oídos en los términos del artículo 9, y en su caso, ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo de acuerdo con la normativa aplicable, y en función de su edad y madurez.

2. Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo.

3. Dirigirse directamente a la Entidad Pública y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento.

4. Relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública.

5. Conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas.

6. Recibir con la suficiente antelación la información, los servicios y los apoyos generales que sean necesarios para hacer efectivos los derechos de los menores con discapacidad.

7. Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones o quejas que considere, sobre las circunstancias de su acogimiento.

8. Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico por parte de la Entidad Pública, para superar trastornos psicosociales de origen.

9. Acceder a su expediente y, conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad.”

Todos estos derechos son comunes para los menores acogidos con independencia del modelo de acogimiento en el que se encuentren. Ahora bien, el artículo 21 bis en su apartado segundo establece que *“en aquellos supuestos de acogimiento familiar, el menor tendrá además otros derechos, tales como: participar plenamente en la vida familiar del acogedor; solicitar información o pedir, por sí mismo si tuviera madurez suficiente, el cese del acogimiento, y a mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés y siempre que lo*

consintieren el menor si tuviere suficiente madurez, y en todo caso, si tuviera más de doce años, la familia de acogida y la de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente”.

En el apartado tercero del citado artículo se establecen aquellos derechos específicos para los supuestos de acogimiento residencial. Los menores en dicha modalidad tendrán derecho a: respeto de la privacidad y a conservar sus pertenencias personales siempre que no sean inadecuadas para el contexto educativo; participar en la elaboración de la programación de actividades del centro y en el desarrollo de las mismas, y por último, tendrán derecho a ser escuchados en caso de queja y ser informado de todos los sistemas de atención y reclamación que tienen a su alcance, incluido el derecho de audiencia en la Entidad Pública.

2. EL RÉGIMEN DE VISITAS.

Se trata de un derecho bidireccional, pues pertenece tanto al progenitor como al hijo, cuya finalidad estriba en contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos⁷².

Los instrumentos internacionales sobre protección de menores establecen que se trata de un derecho básico de estos, salvo que por razón de su propio interés debiera acordarse otra cosa. Se ha establecido así en la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en 1992 y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

En nuestra legislación, esta cuestión se encuentra regulada por la modificación introducida por la Ley 26/2015 de los artículos 160 y 161 CC.

Hasta la entrada en vigor de esta Ley no existía unanimidad sobre la competencia para establecer el régimen de visitas, así como para decretar la regulación o suspensión de las mismas.

⁷²DE LA IGLESIA MONJE, M^o I. «Acogimiento residencial, suspensión del régimen de vistas del menor, y su interés supremo.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Número 753, Enero 2016. p. 437.

Por su parte, el artículo 161 CC establece una novedad⁷³ en cuanto al órgano que resulta competente para regular, suspender o restringir el régimen de visitas, estableciendo que *“La Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión de forma 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”*.

En este tema es importante tener en cuenta la STS, de la Sala Primera, de lo Civil 321/2015 de 18 de junio de 2015, la cual fija la siguiente doctrina jurisprudencial en cuanto al régimen de visitas y comunicación *“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, y 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”*.

Hay que tener en cuenta que, la Fiscalía General del Estado consideraba habilitada a la Entidad Pública para decidir sobre el régimen de visitas, sin perjuicio del control jurisdiccional cuando la familia se oponga a las medidas acordadas y la supervisión del Ministerio Fiscal. Por tanto, para la Fiscalía carece de sentido judicializar la cuestión si no existe oposición por la familia o el MF⁷⁴.

⁷³ En la regulación precedente existían dudas respecto al órgano encargado de regular las visitas, ya que del artículo 161 CC se desprendía que la competencia correspondía exclusivamente al juez, pero el artículo 173.2.3º a) disponía que en el documento de formalización del acogimiento, realizado por la Entidad Pública debía incluirse la periodicidad de las visitas de la familia al menor acogido. Por lo tanto, con la nueva redacción del artículo 161 CC se disipan estas dudas.

⁷⁴ Doctrina reiterada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (RJ 286/2016)

El Defensor del Pueblo⁷⁵ no está de acuerdo con esta medida adoptada por la citada reforma, ya que considera que al tratarse de la privación de un derecho básico para el menor y los progenitores, la resolución por la que se acuerde debería de ser competencia exclusiva de la autoridad judicial. Opinión que compartida por el Consejo de Estado⁷⁶, quién sostiene que sólo debería poder acordarse mediante autorización judicial, tras la ponderación de los intereses en conflicto⁷⁷.

De este modo se da un paso más en la desjudicialización del régimen de protección del menor y se consagra un trato legislativo desigual entre los menores que estén sometidos a tutela de la administración o sólo a su guarda, en la medida en que los primeros van a quedar sometidos en el ámbito del artículo 161 CC, pero no así con los segundos cuyas relaciones sólo podrán ser restringidas por autorización judicial.⁷⁸

Será el director del centro en el caso del acogimiento residencial el que deba informar a la Entidad Pública de cualquier indicio de que esas visitas están afectando de manera negativa al menor. En el caso del acogimiento familiar se encargará de ello la familia acogedora.

El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme al artículo 780 la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además, se establece en el CC que la Entidad Pública debe revisar⁷⁹ el régimen de visitas como mínimo una vez cada seis meses, estableciendo alguna modificación del mismo cuando se detecte alguna anomalía.

⁷⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO. Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de protección de la Infancia y la Ley Orgánica complementaria, 2014. pp. 13

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO: Informe al Anteproyecto de la Ley de Protección a la infancia. p. 69

⁷⁷ ORDÁS ALONSO, M. «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad.» cit. pp. 434.

⁷⁸ ORDÁS ALONSO, M. «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad.» cit. pp. 440.

⁷⁹ BERROCAL LANZAROT, A. *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 28 de julio*. Editorial La Ley, 2017. pp. 342

Por su parte, el artículo 160 CC establece que *“los menores tendrán el derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria postead, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos por el artículo 161 CC”*. Este derecho se mantendrá incluso en el caso en caso de la privación de libertad de los progenitores, en donde la Administración deberá facilitar el traslado del menor a centro penitenciario correspondiente.

En su segundo párrafo se establece que *“las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, no podrán impedirse sin justa causa”*. El concepto de justa causa no se define, pero podemos considerar que se trata de aquella que pueda perjudicar al desarrollo y salud mental y física de los menores⁸⁰.

Otra novedad que podemos encontrar en el artículo 161 CC es que anteriormente no se contemplaba el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. Con la introducción de esta posibilidad en la ley, se visibiliza la importancia del referente de los abuelos para los menores.

En cuanto al derecho de los abuelos a poder comunicarse con el menor nos interesa resaltar la sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de mayo de 2013, que resuelve un recurso contra una sentencia que niega el derecho a relacionarse con su nieta por la mala relación existente entre la abuela y los progenitores. El Tribunal Supremo viene a determinar que no se puede negar el derecho de comunicación a los abuelos basándose en la mala relación con los progenitores. Para poder denegarse ese derecho deben ser los propios abuelos quienes originen la inestabilidad y el desfavorecimiento del menor⁸¹.

⁸⁰ DE LA IGLESIA MONJE, M^a I. «El derecho de visita de los abuelos y su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 779 (Mayo 2020): p. 1732.

⁸¹ DE LA IGLESIA MONJE, M^a I. «El derecho de visita de los abuelos y su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor.» cit.p. 1731.

Otra sentencia en igual sentido es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Julio de 2009⁸², que recuerda que no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un contacto personal con sus nietos. Si bien matiza que se deberán tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso⁸³.

Con respecto a los otros parientes y allegados, se trata de una importante ampliación con respecto a otras personas de su círculo cercano, pues debido a los cambios sociales, los vínculos que mantiene el menor se han visto incrementados⁸⁴.

Es importante que en este punto sepamos a qué se refiere la ley cuando habla de parientes o allegados. Como bien es sabido, los parientes están unidos por lazos de consanguinidad o afinidad, pero lo que no está bien determinado es el concepto de allegado⁸⁵.

Se trata de un concepto más extenso, ya que se incluyen aquellas personas que no tienen un grado de parentesco con el menor, y sin embargo, están unidas por un vínculo afectivo con el menor.

⁸² Encontramos otras sentencias dentro de esta línea jurisprudencial tales como STS de 20 de septiembre de 2002 (RJ 6004/2002), de 28 de junio de 2004 (RJ 4535/2004), de 11 de noviembre de 2005 (RJ 6918/2005), de 27 de julio de 2009 (RJ 576/20099). Todas ellas establecen que los abuelos influyen positivamente en los menores, otorgando, ante la inexistencia de justa causa para denegar, el derecho de relación entre abuelos y nietos.

⁸³ PÉREZ CONESA, C. «Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de vistas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018).» *Revista Doctrinal de Aranzadi Civil-Mercantil* Núm. 4/2018 (2018): pp. 3

⁸⁴ ZAMORA SEGOVIA, M.^a L., NIETO-MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S., TORRES REVIRIEGO, M.^a R. . «Derecho de visitas.» ZAMORA SEGOVIA, M.^a L., NIETO-MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S., TORRES REVIRIEGO, M.^a R. *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*. Madrid : Dykinson , 2016. pp. 104.

⁸⁵ ZAMORA SEGOVIA, M.^a L., NIETO-MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S., TORRES REVIRIEGO, M.^a R. . «Derecho de visitas.» cit. pp. 105.

Su extensión no se encuentra regulada⁸⁶, pero hay que tener en cuenta que no puede obstaculizar el derecho de los progenitores. Se trata de un derecho que dependerá⁸⁷ de la vinculación afectiva con el menor.

Los allegados deben demostrar su conexión con el menor. Para que el juez les otorgue este derecho deberá de examinar cada caso concreto y actuará siempre en interés del menor⁸⁸.

Respecto a lo que acabamos de ver, en todo caso el derecho a relacionarse con sus abuelos u otros parientes o allegados, en ningún modo puede ser igual o más amplio al que corresponde al progenitor no custodio, sino que ha de estar subordinado a este⁸⁹.

2.1 EI DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.

Según lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 *“1. Los Estados parte garantizarán a niño, que esté en condiciones de formase 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, función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, darán particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.”*

⁸⁶ No se encuentra regulada como tal, pero si encontramos jurisprudencia sobre lo que los tribunales consideran o no personas allegadas al menor. Dentro de esta jurisprudencia podemos encontrar sentencias de la Audiencia Provincia de Sevilla de 30 de septiembre de 2008 (REC 8368/2007), que determina que la compañera sentimental de la madre del menor si ostenta la condición de allegada, tras acreditar una relación sentimental intensa y prolongada en el tiempo.

Por otro lado, la SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010 (REC 520/2010), incluye como allegado al marido de la abuela paterna. De esta manera se incardina el concepto de allegado de aquellas personas que tengan cierto grado de vínculo afectivo con el menor.

⁸⁷ ZAMORA SEGOVIA, M.^a L., NIETO-MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S., TORRES REVIRIEGO, M.^a R. . «Derecho de visitas.» cit. p. 103.

⁸⁸ DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. «Concepto de allegados y el interés del menor.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 751 (2015): p. 2883.

⁸⁹ BERROCAL LANZAROT, A. «El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 779 (2020): p. 175.

En nuestra legislación interna, el artículo 9.1 de la LOPJM dispone que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado *“sin discriminación alguna por edad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”*.

Considero importante resaltar la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005, en la que no se tuvo en cuenta la voluntad del menor, determinando que *“En el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial (...) La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE⁹⁰”*. Por lo tanto, se puede concluir que no realizar la audiencia al menor va a suponer a vulneración de la tutela judicial efectiva.

2.2 EL PUNTO DE ENCUENTRO

Un Punto de Encuentro Familiar es un servicio social especializado, universal y gratuito, atendido por un equipo transdisciplinar de profesionales que pone a disposición de sus usuarios, de forma temporal, un espacio físico y afectivo que, por su neutralidad, resulta idóneo para velar por el derecho a comunicarse con el progenitor y parientes con quienes ya no convive⁹¹.

En los puntos de encuentro la ejecución del régimen de visitas podrá efectuarse de las siguientes maneras:

Entregas y recogidas de los menores: En estos casos, el punto de encuentro actúa como intermediario y supervisor de estas. La comunicación se

⁹⁰ PÉREZ CONESA, C. «Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de vistas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018). cit. p. 4.

⁹¹ LUQUIN BERGARECHE, R. «Los puntos de encuentro familiar como garantía del interés del menor en el ejercicio de los Visitandi.» *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Número 3 (2012): p. 3.

realizará fuera del centro. Los profesionales del servicio intervendrán para entregar o recoger al menor.

Visitas tuteladas: son aquellas que se desarrollan en las instalaciones del punto de encuentro, siempre bajo la supervisión de profesionales.

Visitas supervisadas: se desarrollan en el punto de encuentro, sin la presencia continuada del equipo técnico. Tiene lugar especialmente cuando el progenitor carece de vivienda en la localidad⁹²

Es interesante conocer que el régimen de visitas se puede cumplir en los puntos de encuentro ya que posteriormente vamos a analizar si la declaración del estado de alarma ha afectado al funcionamiento de los mismos y han tenido que dejar de funcionar.

CAPÍTULO IX. EL CESE DEL ACOGIMIENTO

El cese del acogimiento familiar se regula en el apartado cuatro del artículo 173 CC, guardando, sin embargo, silencio ante el cese del acogimiento residencial

Siendo las posibles causas del cese:

- *“Por resolución judicial*
- *Por resolución de la Entidad Pública, ya sea de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere oportuno para salvaguardar el interés del mismo, una vez oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor.*
- *Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor*
- *Por la mayoría de edad del acogido. “*

⁹² «Régimen de visitas a través de los Puntos de Encuentro» Disponible en <<https://www.iberley.es/temas/regimen-visitas-puntos-encuentro-64559>> [Consultado el 01/02/2021].

Estas dos últimas causas van a operar de forma automática, igual que sucede con el transcurso del plazo de duración previsto para el acogimiento, ya sea temporal o de urgencia, la cual ha sido omitida en el citado artículo⁹³.

Asimismo, se establece que en el caso de que surgiesen problemas graves de convivencia entre el menor acogido y las personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento, tanto el menor como los acogedores, el Ministerio Fiscal, los progenitores o cualquier persona interesada, podrán solicitar a la entidad Pública la remoción de la guarda⁹⁴.

Como ya hemos dicho anteriormente, respecto al cese de acogimiento residencial, no se contiene una previsión específica, ni en el CC, ni en la LOPJM, tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 8/2015 y 26/2015.

La consecuencia de haber omitido estas cuestiones respecto del acogimiento residencial ha generado problemas interpretativos tales como cuál es el órgano competente para acordar la constitución o cese, qué consentimientos son necesarios, qué causas justifican el cese del acogimiento residencial⁹⁵, etc.

CAPÍTULO X. LA INCIDENCIA DEL COVID-19 Y EL ESTADO DE ALARMA EN LOS MENORES ACOGIDOS.

El pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró pandemia mundial a la situación provocada por el COVID-19. La rápida extensión del virus a nivel nacional motivó al Gobierno de España a aprobar una

⁹³ ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M^ªL., CARRIÓN OLMOS, S., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^ªT., REYES LÓPEZ, M^ªJ., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SERRA RODRÍGUEZ, A. . Derecho Civil IV. Derecho de familia. cit. p. 382.

⁹⁴ LEIVA RODRÍGUEZ, B.; GARCÍA GARNICA M^ª D C. «Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015.» *El Genio Maligno: Una revista de humanidades y ciencias sociales*, cit. p. 81.

⁹⁵ LÓPEZ AZCONA, A. «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.» cit. p 50.

serie de medidas urgentes con el objetivo de intentar suavizar el impacto de la crisis sanitaria y económica provocada por el COVID-19⁹⁶.

Para gestionar la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el Gobierno de España dictó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma⁹⁷. Dicho Decreto se dicta al amparo de las facultades que son concedidas por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, ciñéndose a lo establecido en su artículo 4⁹⁸.

En el artículo 7⁹⁹ del citado Decreto se establece una limitación de la libertad de circulación de las personas, derecho fundamental recogido en el artículo 19 CE. Esto es, se acuerda el confinamiento domiciliario restringiendo la

⁹⁶BERROCAL LANZAROT, A. «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores en situación de desamparo. En especial, la incidencia del Estado de alarma decretado por el COVID-19, cit., p. 2312.

⁹⁷ El estado de alarma se encuentra regulado en el artículo 116 CE. Se establece que deberá ser declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de 15 días, dando cuenta al Congreso de Diputados.

⁹⁸ Se establece en el apartado b) «El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116, de la CE podrá declarar el Estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando...haya crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.»

⁹⁹ «1. Durante la vigencia del Estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.»

2. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio»

circulación de personas por los espacios públicos, salvo para las excepciones señaladas en el mencionado artículo 7¹⁰⁰.

En base a lo anterior debemos preguntarnos en qué medida ha podido afectar la declaración del estado de alarma por la crisis sanitaria a los menores tanto en acogimiento familiar, como en acogimiento residencial. Y, por otro lado, al desarrollo y cumplimiento del régimen de visitas respecto de los progenitores, abuelos, otros parientes y allegados de los menores que se encuentran en régimen de acogimiento, y a su eventual suspensión atendiendo al interés del menor.

En la presente situación se va a producir un conflicto entre el interés superior del menor, concretado en este caso en la protección de su salud, el derecho que tiene a relacionarse con su familia de origen y la protección de la salud pública general y detención del avance de la pandemia¹⁰¹.

En primer lugar, la actuación de las Entidades Públicas se dirigirá al cumplimiento de unos objetivos¹⁰² claros, de los cuales nos interesa resaltar los siguientes:

En todo caso se deberá de garantizar la continuidad en la prestación del acogimiento residencial para personas menores de edad en situación de tutela de acuerdo con lo establecido en la Orden SND/275/2020¹⁰³ de 23 de marzo. Asimismo, se deberá garantizar el apoyo necesario y supervisión a las familias acogedoras.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. «La incidencia de la declaración del Estado de alarma del 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visita de los menores.» *Diario de la ley* Número 9600 Sección Tribuna (2020). p. 3.

¹⁰¹ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. «La incidencia de la declaración del Estado de alarma del 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visita de los menores.» cit. pp. 3.

¹⁰² Documento Técnico de recomendaciones de actuación desde el sistema público de protección a la infancia y a la adolescencia ante la crisis por COVID-19, con fecha de 27 de marzo de 2020.

¹⁰³ Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, Publicado en el «BOE» núm. 81, de 24/03/2020. (<https://www.boe.es/eli/es/o/2020/03/23/snd275/con>)

Con estos dos objetivos podemos observar cómo es obligatorio que las instituciones competentes continúen con su función de prevención de cualquier situación que pueda perjudicar a los menores de edad.

Además, el citado Documento Técnico establece una serie de recomendaciones¹⁰⁴ tanto para el desarrollo del acogimiento familiar como para el acogimiento residencial, en esta situación tan excepcional que estamos viviendo.

En cuanto al acogimiento residencial considero importante resaltar las siguientes recomendaciones:

“Se deberá habilitar todos los medios posibles para que los niños puedan continuar el desarrollo de su actividad educativa con la máxima normalidad, comunicarse con sus amigos, familiares y demás personas de confianza. En el mismo sentido, ante la imposibilidad de recibir visita de los familiares, es recomendable facilitar este contacto, ya sea por teléfono, videoconferencia y otras aplicaciones online.”

En segundo lugar, para el correcto funcionamiento del acogimiento familiar se establece *“que se deberán revisar los casos que estaban siendo atendidos en esta modalidad de acogimiento para verificar que están siendo correctamente atendidos en sus domicilios, y si necesitan algún tipo de apoyo externo. Por otro lado, se apoyará a las familias acogedoras con los medios posibles, para que los niños y niñas puedan continuar con su actividad educativa con la máxima normalidad, comunicarse con sus amigos, familiares y demás personas de confianza”*.

Podemos ver como en ambas modalidades se da importancia a la comunicación del menor con sus familiares, amigos y allegados.

Por último, en dicho informe se realizan otras recomendaciones con carácter general, de las cuales considero importante destacar las tres siguientes:

¹⁰⁴ Documento Técnico de recomendaciones de actuación desde el sistema público de protección a la infancia y a la adolescencia ante la crisis por COVID-19, con fecha de 27 de marzo de 2020

“Ante el cierre de los puntos de encuentro familiar, cuestión en la que vamos a profundizar más adelante, cuando el régimen y salidas se haya designado en estos, se deberá de promover alguna alternativa para facilitar las entregas de forma segura.

Por otro lado, se recomienda acordar salidas para los menores con necesidades especiales, como son los trastornos de conducta y autismo, siempre y cuando se respeten las medidas necesarias para evitar el contagio, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 19 de marzo de 2020, del Ministerio de Sanidad por la que se establecen criterios imperativos para la gestión de una crisis sanitaria.

Por último, se prorrogará la estancia de los jóvenes tutelados que alcancen la mayoría de edad, siempre y cuando voluntariamente decidan continuar, hasta que finalice dicho período de emergencia o se amplíe el número de plazas en los programas de autonomía o transición a la vida adulta para los jóvenes susceptibles de incorporarse al sistema.”

A continuación, vamos a analizar cómo ha afectado el Estado de alarma al desarrollo de régimen de visitas y comunicación de estos menores. Para ello es importante destacar que corresponde al juez la decisión pertinente acerca de la suspensión, alteración del régimen de visitas y estancias acordado en los procedimientos de familia, conforme a lo establecido en el Real Decreto 436/2020, por el que se declara en su momento el estado de alarma¹⁰⁵. Por lo tanto, el juez deberá de valorar en el caso concreto el riesgo de contagio. De ello podemos sacar la conclusión de que no va a existir un criterio unificador en base a este tema, por lo que hay que estar a lo que hayan acordado los juzgados de cada partido judicial¹⁰⁶. Esto puede dar lugar a una disparidad de criterios, lo cual puede generar cierta inseguridad jurídica respecto al tema que tratamos.

¹⁰⁵ BERROCAL LANZAROT, A. «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores en situación de desamparo. En especial, la incidencia del Estado de alarma decretado por el COVID-19.», cit. p 2349.

¹⁰⁶ Por ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife en auto de 7 de abril de 2020, acordó con carácter general la vigencia de las medidas acordadas en los procesos de familia con las

Sobre el presente supuesto han existido distintas posiciones de los diferentes juzgados de familia de toda España, los cuales podemos resumirlos fundamentalmente en dos:

En primer lugar, tenemos la posición de negar que el decreto incida de alguna manera en el desarrollo del régimen de visitas y custodia, de forma que los regímenes con el progenitor no custodio deben de cumplirse con normalidad. Dicha consideración se basa en que el Decreto no establece expresamente que se deba de suspender el régimen de visitas ¹⁰⁷. Además, permite los desplazamientos para la asistencia y cuidado de los menores.

Pese a ello considero que es obligación de los ciudadanos preservar con nuestras actuaciones la salud pública, la permanencia en el domicilio, la limitación de circulación y movimientos a cuando sea estrictamente necesario, cuidando y protegiendo así a las personas vulnerables.

siguientes excepciones: 1. El intercambio o visitas que impliquen desplazamiento de isla, provincia o CCAA.
2. Visitas cuya ejecución precise la intervención de los PEF.

El acuerdo de 20 de marzo de 2020 de Elche establece que “1. no cabe dar respuestas generales ni es posible establecer un protocolo para todos los casos... 2. A falta de acuerdo entre los progenitores, a priori, la situación de alarma y siempre que no existan situaciones de riesgos particular, ni impide realizar los intercambios”.

Por otro lado el acuerdo de Salamanca de 19 de marzo de 2020 establece “debe primarse la estancia del menor con el progenitor custodio como forma de evitar su contagio como consecuencia de la salida del domicilio... Respecto a los regímenes de visitas, previa consulta con el MF, en defecto de acuerdo con los progenitores, se acuerda con carácter general suspender la vigencia del régimen de visitas con menores, que permanecerán en el domicilio del progenitor custodio hasta el levantamiento del Estado de alarma. También se suspenden las visitas con los abuelos que estén acordadas judicialmente”.

Los acuerdos de 22 y 23 de Santander de marzo de 2020 establecen que “Con el fin de conseguir el necesario y deseable contacto con el progenitor en cuya compañía se halle el menor deberá facilitar y procurar, por medios telemáticos el contacto de los hijos con el otro progenitor... Todo ello sin perjuicio que los progenitores que vean recortados sus derechos de visita y estancia puedan ser compensados en todo o parte una vez termine el Estado de alarma.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. «La incidencia de la declaración del Estado de alara del 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visita de los menores.». cit. p. 2.

Por el otro lado, están quienes entienden que los menores sólo podrán trasladarse a su residencia habitual, según se entiende que está previsto en el artículo 7 apartado d).

Como podemos apreciar, se trata de dos vertientes que no sólo podemos aplicar a los menores tutelados, sino también para aquellos casos de custodia compartida, custodia monoparental, etc.

En mi opinión, si bien es cierto que el Decreto no establece expresamente que el régimen de visitas ha de ser suspendido, los padres deberían llegar a un acuerdo y procurar, durante el tiempo del confinamiento domiciliario, no seguir con el régimen establecido ya que en esos desplazamientos y cambios de vivienda el menor puede correr riesgo de contagio. En estos momentos debe primar la salud pública, y las correspondientes visitas a los progenitores que no han podido ver a sus hijos durante este periodo de tiempo, podrán o deberán de ser compensadas una vez haya finalizado dicha situación, y exista un riesgo menor de contagio.

En conclusión, el estado de alarma no suspende los regímenes de visita y tampoco deja sin efecto a las resoluciones judiciales dictadas con anterioridad a éste¹⁰⁸.

Es importante que tengamos en cuenta que puede llegar a resultar necesario la suspensión, alteración o modificación del régimen acordado, cuando los servicios o recursos públicos, como el punto de encuentro familiar, se hayan visto afectados en su funcionamiento como consecuencia de la aplicación de las medidas establecidas en el RD 463¹⁰⁹.

Lo que sí ha sido una decisión unánime es la suspensión del régimen de visitas que venía desarrollándose en los Puntos de Encuentro, que están

¹⁰⁸GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. «La incidencia de la declaración del Estado de alarma del 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visita de los menores.». cit. p. 3.

¹⁰⁹ BERROCAL LANZAROT, A. «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores en situación de desamparo. En especial, la incidencia del Estado de alarma decretado por el COVID-19.» cit. p 2313.

cerrados a público, motivo que hace inviable llevar a cabo el régimen de visitas tutelado.

En cuanto al tema que nos interesa, que son los menores tutelados por el Estado en el Estado de alarma, vamos a centrarnos en un primer momento en los **menores en centros de acogida**, en los cuales se deberán de llevar a cabo las medidas y recomendaciones que he expuesto al principio del presente capítulo.

Me parece importante mencionar que, en algunas Comunidades Autónomas, como ha sido el caso de Madrid, en el que se ha creado un centro para atender las necesidades de los menores que requieran aislamiento por haber dado positivo en el COVID-19, o bien que tengan que cumplir aislamiento por haber tenido un contacto estrecho con un paciente positivo.

Este centro tiene capacidad para veinticuatro menores entre 3 y 17 años. El objetivo del mismo es ofrecer a estos menores un alojamiento residencial temporal para los menores que hemos explicado, evitando así los riesgos de propagación en sus centros de origen. Los menores que se encuentren en este centro recibirán una atención de todas sus necesidades de acogida y educación, así como la atención médica necesaria para superar la enfermedad.

Es importante saber que se estableció un listado de aquellas actividades que son consideradas como esenciales durante la duración del estado de alarma, y cuyos trabajadores deben continuar en sus puestos de trabajo, establecido en el Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo. Lo que nos interesa en este punto es saber que deberán de acudir a su puesto de trabajo las personas que atienden a menores, por lo tanto, los trabajadores sociales deberán de seguir acudiendo a sus puestos de trabajo con normalidad, cumpliendo las medidas necesarias para evitar contagiar a los menores con los que trabajan.

Para concluir con los menores en centros de acogida, en mi opinión debemos de entender que aquellos centros de acogida constituyen la residencia habitual de los menores, por lo que estos no van a poder abandonar los centros para poder visitar a sus familiares con los que exista un régimen de visitas, como consecuencia, y que ya hemos visto en las recomendaciones anunciadas al

principio del capítulo, se deberán de facilitar los medios telemáticos suficientes para poder continuar con la comunicación con sus familias de origen. El hecho de que esta comunicación no pudiera llevarse a cabo podría influir de forma negativa a los menores.

A continuación, explicaremos la situación de los menores en modalidad de **acogimiento familiar**. Los menores han seguido con sus familias de acogida durante la duración del confinamiento domiciliario, sin poder ver a sus familias de origen, con los cuales podrán comunicarse mediante los medios telemáticos que posean. Es cierto que, en mi opinión, gracias a que se encuentran en un ambiente familiar sus circunstancias han sido más llevaderas que las de las de los menores que se encontraban en situación de acogimiento residencial.

Considero muy importante resaltar un programa que se ha llevado a cabo una vez ha finalizado el confinamiento, que permite vivir en familias a menores tutelados a pesar del COVID. Se trata de un plan que se ha denominado como “SOS COVID”, y se ha puesto en marcha en la Comunidad de Madrid, con la finalidad de paliar los efectos colaterales que la pandemia ha tenido en este colectivo tan vulnerable.

Se trata de un programa de acogida temporal, que ofrece a los menores, con edades entre 6 y 17 años que residen en centros de acogida de la Comunidad de Madrid, la posibilidad de salir de su centro para convivir con una familia de acogida, pero únicamente durante el curso escolar.

Uno de los factores que se tienen en cuenta para seleccionar a las familias de acogida es la cercanía del domicilio al centro educativo y al centro donde reside habitualmente el menor.

A pesar de su carácter temporal existe la posibilidad de que la familia pueda mantener el acogimiento más allá del periodo establecido.

Otro punto que considero importante es resolver si el **absentismo escolar** por motivo de evitar contagios del COVID-19 supone una causa de desamparo o estaríamos ante una causa justificada.

En primer lugar, debemos determinar que la falta injustificada de escolarización¹¹⁰ obligatoria de manera habitual de los menores puede llegar a dar lugar a la declaración de desamparo del mismo. No sólo se exige la inasistencia, sino que se debe de constarse efectos negativos en el desarrollo personal de los menores¹¹¹.

Para DE LA IGLESIA MONJE¹¹² no se puede asegurar que dichas ausencias promovidas por el miedo al contagio se conviertan un en un corto plazo en motivo de declaración de desamparo, ya que para que el absentismo escolar pueda dar lugar a esta consecuencia debe de ser prolongado en el tiempo, y hasta ahora estas situaciones sólo se han tratado de casos transitorios.

Por lo tanto, concluimos que sólo en aquellos casos en los que la inasistencia sea reiterada y no justificada se deberá de expedir copia del expediente incoado al Ministerio Fiscal, conforme a los respectivos protocolos de actuación vigentes en cada territorio¹¹³.

Posteriormente se procede a la incoación de las diligencias con la finalidad de analizar individualmente las condiciones del caso concreto, para lo que se deberá tener en cuenta la situación de pandemia en la que nos encontramos, los riesgos sanitarios en el centro escolar. Cuando no exista justificación suficiente el Ministerio Fiscal ejercita acción penal contra los progenitores¹¹⁴.

Para concluir este último capítulo, simplemente apuntar una breve opinión sobre la situación de estos menores en el estado de alarma. Considero que, a

¹¹⁰ En este sentido tenemos las siguientes sentencias AP de Baleares (Núm. 232/2006), de 24 de mayo; AP de Zamora (Núm. 225/2012), de 28 de diciembre; o AP Madrid (Núm.470/2013) de 18 de junio, que determinan la falta de escolarización como causa de desamparo.

¹¹¹ GUIMERA, R. «Absentismo escolar en tiempos de COVID-19: parámetros penales y civiles de responsabilidad » Entrada de blog de 3 de septiembre de 2020. Disponible en <<https://blog.sepin.es/2020/09/absentismo-escolar-coronavirus/>> [Consultado el 04/04/2020].

¹¹²DE LA IGLESIA MONJE, M^a I. «Covid-19: medidas adoptadas respecto de los menores. ¿limitando el ejercicio de la patria potestad?» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm 783. Enero (2021): pp. 516.

¹¹³Vlex. «El Fiscal de Sala de Menores unifica los criterios de las secciones de menores de las fiscalías provinciales en materia de absentismo escolar derivados de la crisis de la COVID-19.» *Bog de actualidad Vlex* Núm. 195 (2020). p. 2.

¹¹⁴ Vid. nota supra.

pesar de tratarse de un colectivo vulnerable, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas no les han tenido suficientemente en cuenta. Considero esto ya que no se ha dictado ninguna norma a nivel nacional que regulase la situación de estos durante la crisis sanitaria. Además, el hecho de que cada juez de partido judicial pudiera decidir si suspender o no el régimen de visitas no me parece lo correcto ya que da lugar a una gran variedad de criterios, y en mi opinión debería de haber existido un criterio único para todas las Comunidades Autónomas, y así evitar situaciones de desigualdad entre unos menores y otros.

Tampoco los centros de acogida residencial estaban dotados de los medios necesarios para poder seguir la educación online de todos los miembros del centro, por lo que junto a lo explicado en el párrafo anterior me hace llegar a la conclusión de que se debería de haber tenido más en cuenta a este colectivo.

CONCLUSIONES

I. Las reformas realizadas a la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, tiene la finalidad de reforzar la protección de los menores, dando una mayor prioridad al interés del menor, y además intentando solucionar el problema de la diversidad normativa.

II. La entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, supuso que la declaración de desamparo se convirtiera en un procedimiento puramente administrativo.

Dicha desjudicialización del procedimiento da lugar a una reducción de las garantías tanto del menor como de los progenitores. Entendiendo que para que no se produjera esta reducción resultaría necesario un control judicial previo a la declaración de desamparo, ya que son los jueces quienes, desde mi punto de vista, tienen los conocimientos necesarios para tomar una decisión ponderando

la situación en la que se encuentra el menor, el derecho de los progenitores y el interés superior del menor.

III. En el mismo sentido, la citada reforma termina con el conflicto sobre a quién le pertenece la competencia para la modificación o supresión del régimen de visitas, estableciendo que será competente para ello la Entidad Pública.

El hecho de que se haya establecido un procedimiento puramente administrativo y que se le haya otorgado la mencionada competencia a la Administración Pública pretende, como hemos dicho, tiende a agilizar el procedimiento. Sin embargo, puede ser una medida alarmante ya que se está eliminando el control jurisdiccional, que a mi juicio otorga una mayor garantía tanto al menor como a los progenitores. Es cierto que es importante que este tipo de procedimientos se realice de forma rápida pero, aún es más importante la protección de los menores, que debería de ser el principal objetivo de la reforma.

IV. La acción de revocación que poseen los progenitores está sujeta a un plazo de caducidad de dos años. A mi juicio, no debería de someterse a ningún plazo ya que se elimina a los progenitores el derecho a acceder a la jurisdicción y hacer valer sus derechos, pudiendo llegar a producirse una situación de desprotección para los mismos.

V. La Administración puede declarar la situación de riesgo o la situación de desamparo, en función de las circunstancias del menor. En primer lugar, debe proceder mediante a la declaración de la situación de riesgo, ya que se trata de una medida menos lesiva y como último recurso a la declaración de desamparo, que supone sacar al menor de su entorno familiar. Entendemos que dicha separación ha de realizarse cuando el menoscabo al menor no pueda evitarse de otra manera, sin perjuicio del posible posterior retorno con su familia.

VI. El interés superior del menor se configura como el principio fundamental que ha de imperar en la actuación por parte de las Entidades Públicas, de forma que siempre que exista un conflicto entre el interés del menor y otro, como por ejemplo, el de la familia biológica deberá prevalecer el primero.

Esta superioridad del interés del menor la hemos visto a lo largo de este trabajo mediante el análisis de la jurisprudencia. Es por ello por lo que deben de adoptarse en un primer momento medidas de protección del menor que permitan el retorno del mismo a su familia de origen, como el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación, para lo cual no basta con una evolución positiva de la familia de origen, sino que deberá de ser suficiente para que se produzca la eliminación de las circunstancias que llevaron a la declaración del desamparo, y que por otro lado, se compense el interés del menor en que se mantenga la situación de acogimiento. En caso de que esto no sea así se continuará con el acogimiento como medida más apropiada para salvaguardar el interés del menor.

VII. De esta forma, el derecho de los padres biológicos no se trata de un derecho superior cuando nos encontramos con medidas de protección de menores. Esto es, su derecho va a estar siempre subordinado al interés del menor, que como sabemos es el principio fundamental en este tipo de procedimientos.

VIII. El acogimiento puede ser familiar o residencial. La reforma del año 2015 tenía como objeto potenciar el acogimiento familiar ya que implica la plena participación del menor en la vida de la familia de acogida, y es por ello por lo que a lo largo de la normativa de protección del menor nos encontramos con una preferencia por el acogimiento familiar.

IX. Otro de los puntos conflictivos de esta reforma es la interpretación de la guarda preadoptiva establecida en el artículo 176 bis, ya que en el mismo se establece que deberá de ser suspendido el régimen de visitas para asegurar así la integración del menor con su nueva familia, salvo que convenga otra cosa al interés del menor. Para algunos autores este artículo no se encuentra correctamente formulado debido a que con la reforma del año 2015 ya se prevé en la figura de la adopción abierta la posibilidad de continuar la relación con la familia de origen.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo del trabajo, hay sentencias del Tribunal Supremo que han continuado fijando un régimen de visitas y

comunicación con la familia de origen a pesar de que se ha adoptado, lo cual puede ir en contra de la correcta integración del menor con su futura familia. Por ello considero que debería de establecerse una línea jurisprudencial más clara y homogénea con el fin de aplicarse para casos similares en el futuro, y así establecer una mayor garantía para los menores.

X. Por otro lado, tal y como hemos visto se sigue luchando por la mejora de la protección de los menores en nuestro país, tal y como lo demuestra la aprobación de la Ley de Protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

En relación al objeto de nuestro trabajo, es importante destacar que la garantía que se establece en esta ley de la convivencia en los centros de menores, concretamente la prohibición de la medida de contención mecánica es un gran avance, pese a que considero que esta reforma debería de haber llegado antes a nuestra legislación, ya que la Constitución española establece como derecho fundamental en el artículo 15 el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Antes de esta ley, los menores en centros de acogida no estaban protegidos ante tratos degradantes, que podían afectar a su integridad física, o por lo menos no estaban regulados los límites necesarios para la protección de estos.

XI. En el último año se ha vivido una situación compleja a nivel mundial debido a la crisis sanitaria provocada por la extensión del COVID-19. En el presente trabajo hemos analizado la situación desde el punto de vista de la protección de los menores, tanto en la modalidad de acogimiento familiar como en la modalidad de acogimiento residencial.

En ambas situaciones, en mi opinión, no se ha garantizado de una manera efectiva la protección de dicho colectivo, ya que no se ha dictado una ley de carácter nacional que estableciera medidas de protección o las pautas para garantizar la seguridad de los menores, lo cual ha dado lugar a inseguridad jurídica respecto al tratamiento y el protocolo a seguir. Si bien es cierto que se han dictado, como hemos analizado, una serie de recomendaciones a seguir, tanto en el acogimiento familiar como en el residencial.

Esta inseguridad jurídica queda reflejada en el hecho de que se haya dejado al arbitrio de los tribunales de los partidos judiciales correspondientes la determinación de los regímenes de visitas, generando diversos criterios a nivel nacional.

A pesar de esta falta de normativa y de protocolo, hay que reconocer que se trata de una situación bastante compleja, que a día de hoy no ha finalizado, en la que todos los esfuerzos estaban volcados a frenar la expansión del COVID-19, y la elaboración de una vacuna para ello. Por lo que resultaría justificable en parte que no se haya prestado tanta atención a otras situaciones como las del presente trabajo.

XII. A modo de conclusión, hay que apuntar que con las reformas efectuadas a la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, por la Ley 25/2015 y 8/2015, se ha conseguido un incremento de la protección de los menores declarados en situación de riesgo o desamparo. Esta mayor protección se ha alcanzado a través de diversas novedades introducidas por estas leyes, como por ejemplo con los centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, ya que estos van a tener en cuenta la complejidad, condiciones, y las especiales características y necesidades de estos menores que necesitan una protección especializada, cosa que considero que no se podría conseguir de forma completa tanto con la modalidad del acogimiento residencial como el familiar. Además, se ha definido por primera vez en una norma de rango estatal las situaciones de riesgo y desamparo, lo que facilita la apreciación de estas, consiguiendo una mayor seguridad mediante un modelo común para todo el territorio nacional.

Un aspecto positivo de esta nueva regulación ha sido la actualización de conceptos que habían quedado obsoletos, como con la redacción de la situación de riesgo, la cual aporta una mayor seguridad jurídica. Sin embargo, sería necesario una mayor determinación de las situaciones que generan una declaración de riesgo con la finalidad de evitar discrecionalidad en su declaración. En cuanto a la declaración de desamparo, también el establecimiento de las causas que dan lugar a su declaración ha ayudado a disminuir con la indeterminación que existía.

Como se ha expuesto anteriormente, las reformas realizadas en el año 2015 buscaban conseguir eliminar la diversidad normativa que existía, aunque podemos afirmar que siguen existiendo diferencias entre el régimen común nacional y el de las Comunidades Autónomas.

A pesar de lo cual, considero que existen puntos de la regulación de protección al menor que no son del todo acertados como sería la desjudicialización del procedimiento de declaración de la situación de desamparo y adjudicación de la competencia para modificar el régimen de visitas a la Entidad Pública correspondiente que, como ya hemos explicado, pueden agilizar el procedimiento pero al mismo tiempo se reducen las garantías para los menores y sus progenitores o tutores.

Con todo, queda todavía un largo camino para conseguir una mayor protección para este colectivo.

ANEXO I

ÍNDICE BIBLOGRÁFICO Y JURISPRUDENCIAL

I. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC. de 26 de septiembre de 1990. RTC/143/1990

STC. de 18 de octubre de 1993. RTC/298/1993

STC. de 25 de noviembre de 2002. RTC/221/202

STC. de 6 de junio de 2015. RTC/2005/152

TRIBUNAL SUPREMO

STS. de 20 de septiembre de 2002. RJ 6004/2002

STS. de 28 de junio de 2004. RJ 4535/2004

STS. de 11 de noviembre de 2005. RJ 6918/2005

STS. de 27 de julio de 2009. RJ 576/2009

STS. de 31 de julio de 2009. RJ 565/2009

STS. de 13 de junio de 2011. RJ 397/2011

STS. de 17 de febrero de 2012. RJ 60/2012

STS. de 24 de mayo de 2013. RJ 359/2013

STS. de 6 de junio de 2014. RJ 2014/2844

STS. de 18 de junio de 2015. RJ 321/2015

STS. de 28 de septiembre de 2015. RJ 2015/4217

STS. de 15 de octubre de 2015. RJ 540/2015

STS. de 2 de diciembre de 2015. RJ 2016/117

STS. de 28 de diciembre de 2015. RJ 2015/4217

STS. de 3 de mayo de 2016. RJ 286/2016
STS. de 21 de diciembre de 2016. RJ 409/2016
STS. de 15 de enero de 2018. RJ 41/2018
STS. de 14 de febrero de 2018. RJ 2018/419
STS. de 15 de junio de 2018. RJ 2018/2444
STS de 3 de julio de 2018. RJ 2018/4113
STS. de 14 de septiembre de 2018. RJ 2001/9852

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP. de Sevilla de 30 de septiembre de 2008. REC 8368/2007
SAP. de Málaga de 1 de diciembre de 2010. REC. 520/2010
SAP. de Zaragoza, de 6 de mayo de 2015. AC 226/2015
SAP. de Tarragona de 13 de mayo de 2015. JUR 2015/166090
SAP. de Asturias, de 26 de septiembre de 2015. AC 390/2015.
SAP. de Barcelona de 5 de abril de 2016. JUR 2016/130814
SAP. de Girona de 4 de julio de 2018. JUR 2018/208933

AUTOS

AAP. de Barcelona de 23 de noviembre de 1993.
AAP. de Zaragoza de 9 de febrero de 1998. AC 1998/3232
AAP. de Baleares de 24 de mayo de 2006. AC 232/2006
AAP. de Madrid de 18 de junio de 2013. AC 470/2013.
AAP. de Barcelona de 28 de febrero de 2017. JUR 2017/130403
AJPI. de Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2020.
AAP. de Zamora de 28 de diciembre de 2021. AC 225/2021

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

TEDH. de 26 de abril de 2008. CASO HASAN C. NORUEGA (Demanda número 27496/15)

TEDH. de 13 de enero de 2009. CASO TEODOROVA C. ITALIA (Recurso nº 33932/06)

STEDH. De 18 de junio de 2013. ASUNTO R.M.S. C.ESPAÑA (Demanda número 28775/12)

TEDH. de 6 de septiembre de 2018. CASO JASEN C. NORUEGA (Demanda número 2822/16)

II. BIBLIOGRAFIA

- ABAD ARENAS, E. «El acogimiento familiar, notas sobre el artículo 173 bis del código civil.» *Revista de l'Institut d'Estudis Superiors de la Família* (2015): p. 5.
- ALONSO BEZOS, J.J. «Guarda y acogimiento de menores. STS núm. 537/2015 de 28 de septiembre (RJ 2015, 4217).» *Revista Aranzadi Doctrinal* Número 1/2016 (2016).
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M^{AL.}, CARRIÓN OLMOS, S., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^{AT.}, REYES LLÓPEZ, M^{AJ.}, ORTEGA GIMÉNEZ, A., SERRA RODRÍGUEZ, A. . *Derecho Civil IV. Derecho de familia* . 3^o Edición . Valencia : Tirant lo Blanch , 2020.
- BELUCHE RINCÓN, I. «Acogimiento familiar de menores y responsabilidad civil.» *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* Núm. 43 (2017).
- BELUCHE RINCÓN, I. «Reflexiones sobre el acogimiento de menores tras la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación al sistema de protección a la infancia y a la adolescencia .» EMBID IRUJO, J.M. *Estudios jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena* . Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España , 2017.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

- BERROCAL LANZAROT, A. «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores en situación de desamparo. En especial, la incidencia del Estado de alarma decretado por el COVID-19.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Número 780 Julio (2020): 2298-2351.
- BERROCAL LANZAROT, A. «El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 779 (2020): p. 1759.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.,. «La protección de los menores en desamparo.» *Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 764 (2017): p. 3196.
- BERROCAL LANZAROT, A. *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 28 de julio*. Editorial La Ley, 2017.
- CABEZUELO ARENAS, A. «Continuación de tía paterna como guardadora de su sobrina pese al deseo del padre biológico de ejercer su papel por ostentar la patria potestad sobre su hija. Prevalencia del interés de la menor.» *Revista Aranzadi Doctrinal* Número 11/2018 (2018): 1-13.
- CAMPO IZQUIERDO, A. «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley de Protección a la infancia desde el punto de vista de un juez de familia.» *LA LEY Derecho de familia* (2018).
- «Comentario a la Sentencia de 9 de julio de 2015 del Tribunal Supremo, Sala 1ª.» *Revista de Derecho de Familia* Número 71 BIB 2016\2625 (2016).
- DE LA IGLESIA MONJE, Mª I. «Concepto de allegados y el interés del menor.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 751 (2015): p. 2883.
- DE LA IGLESIA MONJE, Mª I. «Covid-19: medidas adoptadas respecto de los menores. ¿limitando el ejercicio de la patria potestad?» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm 783. Enero (2021): p. 516.
- DE LA IGLESIA MONJE, Mª I. «El derecho de visita de los abuelos y su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 779 (Mayo 2020): pp. 1729-1744.

- DE LA IGLESIA MONJE, M^o I. «Acogimiento residencial, suspensión del régimen de vistas del menor, y su interés supremo.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Número 753 (Enero 2016): pp. 435- 448.
- DE PALMA DEL TESO, A. *Administraciones públicas y protección de la infancia*. 1^o Edición. Madrid: Instituto nacional de la administración pública (INAP), 2006.
- DE ROMÁN PÉREZ, R. «La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema.» *Revista general de legislación y jurisprudencia* (2018): p. 327-363.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. «La incidencia de la declaración del Estado de alarma del 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visita de los menores.» *Diario la Ley* Número 9600 Sección Tribuna (2020).
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, G. «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva: por una interpretación restrictiva. Comentario a la STS de 15 de junio de 2018.» *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* Número 110/2019 (2019).
- LEIVA RODRÍGUEZ, B.; GARCÍA GARNICA M^a D C. «Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015.» *El Genio Maligno: Una revista de humanidades y ciencias sociales* Núm. 20 (2017): p. 81.
- LÓPEZ AZCONA, A. «El acogimiento residencial de menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales.» *Derecho Privado y Constitución* Núm. 32 (2018): p. 162.
- LÓPEZ AZCONA, A. «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.» *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* Número 2185 (2016 Enero): p. 31.
- LUQUIN BERGARECHE, R. «Los puntos de encuentro familiar como garantía del interés del menor en el ejercicio de los Visitandi.» *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Número 3 (2012): pp. 5-10.

- NORIEGA RODRÍGUEZ, L. «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia .» Estado, Departamento De Redacción Boletín Oficial Del. *Anuario de derecho civil, tomo LXXI*. Madrid: BOE, Editorial. Boletín Oficial Estado, 2018. P. 132.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ M^a B. *La protección pública de los menores. La reforma del derecho a la persona y de la familia. Jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*. 1º Edición . Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017.
- ORDÁS ALONSO, M. «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad.» desamparo, El régimen de visita de los menores en situación. *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*. Edición 1º. Madrid: BOSCH, 2019. pp. 421-477.
- ORDÁS ALONSO, M. «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio.» *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Núm. 9/2016 (2016).
- PÉREZ CONESA, C. «Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de vistas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018).» *Revista Doctrinal de Aranzadi Civil-Mercantil* Núm. 4/2018 (2018): p. 3.
- POYATOS GARCÍA, A. «Historia y revolución del acogimiento familiar de menores, y el contexto de la Comunidad Valenciana.» *Revista TSNOVA, Sección "a fondo"* (2012): p. 25.
- REAL FERNÁNDEZ, M., NAVARRO SORIA, I., MARTÍN-ARAGÓN GELABERT, M., TEROL CANTERO M^a C. «Acogimiento familiar en España: un estudio de revisión.» *Aposta: revista de ciencias sociales* Núm. 84 (2020): pp. 8-24.
- SÁNCHEZ ALONSO, M., BELTRÁ CABELLO, C., DE LA FUENTE LINACERO, M. *Tratado de Derecho de Familia*. 2º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- SÁNCHEZ CASTRILLO, G. «Acogimiento familiar de un menor de edad ejercido por su abuela materna. STS (Sala de lo Civil) núm. 413/2018, de

- 3 de julio (JUR 2018, 190068).» *Revista Aranzadi Doctrinal* Número 8/2018 (2018).
- SANCHO LÓPEZ, M. *Derecho de familia. Apuntes de derecho civil IV*. 1º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
 - SANTAMARÍA PÉREZ, Mª L. «Tipificación de las causas de riesgo y desamparo.» *Revista sobre la infancia y la adolescencia* (Octubre 2016): p. 27.
 - TEJEDOR MUÑOZ, L. «Guarda, acogimiento y desamparo de menores.» LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., DÍAZ-AMBRONA BARADAJÍ, Mª A., POUS DE LA FLOR, Mª P., LEONSENGUI GUILLOT, R., TEJEDOR MUÑOZ, L., SERRANO GIL, A. *Protección jurídica del menor*. Valencia : Tirant lo Blanch , 2017. p. 174.
 - Vlex. «El Fiscal de Sala de Menores unifica los criterios de las secciones de menores de las fiscalías provinciales en materia de absentismo escolar derivados de la crisis de la COVID-19.» *Bog de actualidad Vlex* Núm. 195 (2020).
 - ZAMORA SEGOVIA, M.ª L., NIETO-MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S., TORRES REVIRIEGO, Mª R. . «Derecho de visitas.» ZAMORA SEGOVIA, M.ª L., NIETO-MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S., TORRES REVIRIEGO, Mª R. *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*. Madrid : Dykinson , 2016. pp. 97-117.
 - ZARRALUQUI SÁNCHEZ, L. *GPS Derecho de familia*. 1º Edición. Tirant lo Blanch, 2020.

III. OTROS

- Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (650/000001).
- Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en 1992.

- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza.
- Comisión permanente del Consejo General del poder judicial ha acordado en sesión extraordinaria de 20 marzo de 2020.
- DEFENSOR DEL PRUEBLO: Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de protección de la Infancia y la Ley Orgánica complementaria, 2014
- Documento Técnico de recomendaciones de actuación desde el sistema público de protección a la infancia y a la adolescencia ante la crisis por COVID-19, con fecha de 27 de Marzo de 2020.
- Orden SND/275/2020 de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Circular 2/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre el ingreso de menores en centros de protección específicos.
- Instrucción de 19 de marzo de 2020, del Ministerio de Sanidad por la que se establecen criterios imperativos para la gestión de una crisis sanitaria.
- Proyecto de Ley Orgánica de Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- CONSEJO DE ESTADO: Informe al Anteproyecto de la Ley de Protección a la infancia. p. 69
- Acuerdo de 20 de marzo de 2020 de Elche
- Acuerdo de Salamanca de 19 de marzo de 2020
- Acuerdos de 22 y 23 de marzo de 2020 de Santander

ENLACES DE INTERNET CONSULTADOS

<https://www.iberley.es/temas/regimen-visitas-puntos-encuentro-64559>

(Fecha de última consulta 01.02.2021)

<https://idibe.org/jurisprudencia/jurisprudencia-para-acordar-el-retorno-del-menor-desamparado-a-la-familia-biologica-no-basta-con-una-evolucion-positiva-de-los-padres-biologicos-ni-con-su-proposito-de-desempenar-adecuadamente-el-ro/>

(Fecha última consulta 09.03.2021)

<https://www.comunidad.madrid/noticias/2020/11/30/habilitamos-centro-atender-menores-tutelados-afectados-covid-19>

(Fecha última consulta 04.04.2021)

<https://www.newtral.es/vivir-la-cuarentena-en-una-residencia-de-menores-asi-pasan-los-ninos-la-crisis-del-coronavirus/20200427/>

(Fecha última consulta 05.04.2021)

<https://blog.sepin.es/2020/09/absentismo-escolar-coronavirus/>

(Fecha de última consulta 04.04.2021)

<https://www.lavanguardia.com/vida/20201218/6133357/nuevo-programa-promueve-pandemia-acogida-menores-tutelados.html>

(Fecha última consulta 07.04.2021)

https://www.niusdiario.es/sociedad/sos-covid-programa-permite-vivir-familias-menores-tutelados-llevan-un-ano-encerrados-acoger_18_3090420202.html

(Fecha última consulta 07.04.2021)

<https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2021/05/05/la-ley-de-la-infancia-desterrara-el-uso-de-la-fuerza-en-centros-de-menores-1489676.html>

(Fecha última consulta 13.05.2021)

<https://www.compromisoempresarial.com/tercersector/2021/04/aprobada-ley-proteccion-integral-infancia-adolescencia/>

(Fecha última consulta 13.05.2021)

<https://confilegal.com/20210513-el-senado-aprueba-con-modificaciones-el-proyecto-de-ley-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>

(Fecha última consulta 15.05.2021)

<https://mamajurista.com/novedades-en-materia-de-adopcion-y-acogimiento-para-2021>

(Fecha última consulta 24.05.2021)

<https://www.audiolis.com/blog/permiso-de-paternidad-16-semanas-2021/>

(Fecha última consulta 24.05.2021)

<https://www.iberley.es/revista/necesito-saber-sobre-ampliacion-permiso-nacimiento-hijo-16-semanas-2021-320>

(Fecha última consulta 24.05.2021)

<https://elderecho.com/el-acogimiento-familiar-en-espana-especial-consideracion-el-acogimiento-preadoptivo>

(Fecha última consulta 25.05.2021)

https://www.abc.es/sociedad/abci-defensor-pueblo-celebra-ley-infancia-prohibe-sujecion-mecanica-centros-menores-202106111220_noticia.html

(Fecha última consulta 20.06.2021)