

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXV

■ Núm. 2133

■ Julio de 2011



ESTUDIO DOCTRINAL

**CONSIDERACIONES SOBRE LAS MODIFICACIONES DE LOS
ARTÍCULOS 172 C.C. Y 178 L.E.C. OPERADAS POR LA LEY
54/2.007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

LIDIA NORIEGA RODRÍGUEZ



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

www.mjusticia.es/bmj

CONSIDERACIONES SOBRE LAS MODIFICACIONES DE LOS ARTÍCULOS 172 C.C. Y 178 L.E.C. OPERADAS POR LA LEY 54/2.007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ

PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DERECHO CIVIL. UNIVERSIDAD DE VIGO

Resumen

La Ley 54/2.007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, a través de sus D.F.1^a y 2^a, ha introducido importantes modificaciones en materia de protección al menor, al estipular los plazos en los que las decisiones adoptadas por la Administración pueden ser impugnadas. Con anterioridad a la publicación de la citada normativa, la ausencia de aquéllos dificultaba de forma manifiesta la correcta aplicación de la legislación vigente debido a que cabía la oposición a las resoluciones adoptadas por la entidad pública sin límite temporal lo que impedía, en numerosas ocasiones, la integración definitiva del menor en un entorno familiar.

Palabras clave

Desamparo, acogimiento familiar, acogimiento residencial, impugnación recurso.

Abstract

The Law 54/2.007, 28 th of dicember, of international Adoption, across his D.F.1^a and 2^a, has introduced important modifications as for protection to the minor, on having stipulated the period in which the decisions adopted as the Administration can be opposed. Before the publication of the mentioned regulation, the absence of those was impeding of manifest form the correct application of the in force legislation due to the fact that the opposition was fitting to the resolutions adopted as the public entity without temporary limit what was preventing, in numerous occasions, the definitive integration of the minor in a familiar environment.

Key words

Abandonment, fostering, residential welcome, challenging resource.

* Fecha de recepción: 26-1-2011 ; Fecha de aceptación:11-2-2011

Sumario

I Introducción

II Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional

III Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado

1. Plazo para instar la oposición a la constitución del acogimiento

2. Ejercicio de la oposición a la declaración de desamparo

3. Plazo para recurrir las demás resoluciones administrativas en materia de protección de menores

4. Revocación de la situación de desamparo por superación de las circunstancias que lo motivaron

5. Plazo para acreditar superación causas que justificaron la adopción de otras medidas de protección distintas a la declaración de desamparo

6. Procedimiento para la revocación de la declaración de desamparo por el órgano competente transcurridos dos años desde su notificación

IV Conclusiones

V Bibliografía

I INTRODUCCIÓN.

La normativa aprobada en materia de protección de menores en el ámbito estatal en el transcurso de los años ha sido innovadora y la aplicación de sus preceptos ha permitido la agilización y efectividad del sistema protector.

La Ley 21/1.987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores¹, produjo una renovación del régimen de protección existente al introducir nuevas figuras –desamparo², tutela *ex lege*³, guarda asistencial⁴-, y modificar otras –acogimiento⁵-. No obstante, su escaso desarrollo normativo propició una precaria aplicación práctica de los preceptos de la norma.

La aprobación de la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶, suplió ciertos defectos de carácter procedimental que presentaba la Ley 21/1.987, entre otros, la determinación de la suspensión de la patria potestad o tutela cuando el menor sea declarado en desamparo, así como la introducción del concepto de riesgo para evitar el rigor objetivo que se desprende de la declaración de desamparo⁷.

Otro aspecto a destacar es la mayor rigurosidad dedicada a la regulación del acogimiento familiar de menores, siendo acertada la diferenciación de las modalidades que puede adoptar esta medida en acogimiento familiar simple, permanente y preadoptivo, de tal forma que permite a los órganos competentes optar por la fórmula más conveniente para el menor⁸. Es necesaria la diversificación de la figura debido a que son distintos y radicalmente diferentes

¹ B.O.E. 17 de noviembre de 1.987, nº 275.

² “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. La regulación de esta figura produjo la denominada “desjudicialización” del sistema jurídico de protección al menor, fundamentalmente en sus primeras etapas. La normativa anterior a la Ley 21/1.987 –en concreto, la Ley 7/1.970, de 4 de julio, que modifica los arts. 172 a 180 del Código Civil en materia de adopción, B.O.E. 7 de julio de 1.970, nº 161, así como la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su ejecución aprobadas por Decreto de 11 de junio de 1.948, B.O.E. 19 de julio de 1.948, nº 140- determinaban que serían los órganos judiciales los competentes en la toma de decisiones ante situaciones de desprotección.

³ La nueva Ley, en su art. 2, dispone que cuando el menor sea declarado en desamparo, la tutela será otorgada, por ministerio de la ley, a la entidad pública correspondiente. Circunstancia muy criticada, en su momento, por cierta doctrina que consideraba, por un lado, la contradicción de esta premisa con ciertos preceptos constitucionales y por otro, el otorgamiento de un excesivo margen de discrecionalidad en la materia a las entidades públicas, que habría provocado una invasión del poder ejecutivo de la Administración en el ámbito jurisdiccional. Y ello porque se estimaba que la función de los órganos administrativos debería ceñirse a la prevención en aras a evitar que se produjesen situaciones de desamparo, pero que el único legitimado en la toma de decisiones sobre la protección del menor de edad y las relaciones paterno-filiales sería el Juez. En este sentido, *vid.*, GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre el acogimiento familiar”, AC, 1.992, nº 1, margs. 305-306; ARCE Y FLÓREZ-VALDES, J., “El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987”, RGLJ, nov. 1.987, p. 756; DE LA HAZA DIAZ, M.P., “Notas sobre el “affidamento” familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español”, La Ley, 1.987 nº 6, p. 1.004; RUÍZ-RICO RUÍZ, J.M., “La tutela ex lege, la guarda y acogimiento de menores”, AC nº 1, 1.988, p. 60; RAMOS SÁNCHEZ, J., “Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad”, La Ley, nº 2, 1.989, p. 1.001.

⁴ Se permite a los sujetos que ostentan la potestad sobre el menor solicitar al órgano competente que asuma la guarda sobre éste siempre que, justificadamente, no puedan atenderlo por “enfermedad u otras circunstancias graves”, o cuando así lo determine el Juez “en los casos que legalmente proceda”.

⁵ Esta normativa le concede, de forma primigenia, rango legal suficiente para ser incorporada al Código civil en un intento de “unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación”. Se entenderá como tal la acogida del menor por la persona o personas designadas, quienes ostentarán una serie de obligaciones de carácter personal con respecto a él, descartando que el ingreso del menor en un centro pueda ser considerado, *strictus sensus*, situación de acogimiento.

⁶ B.O.E. 17 de enero de 1.996, nº 15.

⁷ Dispone el art. 17 de la Ley 1/1.996, que el menor estará en situación de riesgo cuando exista un perjuicio para él “que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar”. La Administración intentará la superación de las circunstancias desfavorables mediante la intervención en la familia desde una perspectiva preventiva, asistencial e integradora.

⁸ Para un análisis sobre la utilización de la institución en el devenir de los años, *vid.*, FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., “El acogimiento familiar en España: una evaluación de resultados: Investigación realizada por el Grupo de Investigación en Familia e Infancia (GIFI) de la Universidad de Oviedo”, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2.008.

los fines que esta medida protectora ha de cumplir; no obstante, se ha criticado la ausencia de una configuración legal propia para cada subespecie pues en los artículos dedicados a su regulación se establecen únicamente una serie de normas comunes y la finalidad específica de cada una de ellas, lo que exige interpretar en qué supuestos cabe su aplicación y contenido concreto⁹. Se deduce la importancia que adquiere la correcta utilización de las modalidades de la figura por parte de los órganos públicos competentes observándose, en la práctica, que su incorrecto uso genera graves daños a los menores y a sus familias. Por otro lado, consideramos que la idiosincrasia propia de la institución sólo se observa en el acogimiento familiar simple pues el propósito del permanente o preadoptivo supera el ejercicio de la guarda o tutela del menor en situaciones temporales de desprotección.

Además, el documento de formalización del acogimiento familiar es una novedad importante ya que posibilita establecer de manera clara y concisa los extremos que lo conforman evitando, con dicha concreción, posibles conflictos que puedan presentarse mientras tal medida sea aplicada.

Es innegable la trascendencia de esta norma¹⁰, pero siguen observándose carencias referidos a la ausencia de una reglamentación más específica de los distintos tipos de acogimiento familiar y del acogimiento residencial, así como la estipulación de la duración máxima de la modalidad del acogimiento familiar simple y del residencial. Asimismo, la inexistencia de una limitación temporal para impugnar las resoluciones administrativas relativas a las medidas protectoras (declaración de desamparo, formalización acogimientos y cualquier otra resolución complementaria), provocaba que las mismas estuviesen sujetas a una permanente provisionalidad pues cabía su impugnación en cualquier momento.

II. LA LEY 54/2.007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL¹¹.

La promulgación de la Ley 54/2.007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, ha supuesto una profunda reforma de la materia superando las deficiencias que presentaba la normativa anterior resaltadas de forma reiterada por la doctrina¹² y que pueden ser recordadas de forma muy sucinta: dispersión normativa, técnica legal deficiente y soluciones jurídicas autoatentatorias, constantes cambios legales, insistencia en el Título Preliminar del Código Civil como sede natural del DIPr. Español, incorporación desordenada al ordenamiento jurídico español de instrumentos legales e internacionales, regulación autoatentatoria...¹³.

Pretende la nueva Ley la regulación eficaz de la adopción internacional, siendo considerada como una medida de protección al menor y de integración familiar, alejada del tráfico internacional de menores y de cualquier otra práctica punible que sobre los mismos se pudiera realizar. Dispone la L.A.I. que todos sus preceptos deben ser interpretados conforme al principio del "interés superior del menor"¹⁴.

⁹ DÍEZ GARCÍA, H., "El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2.004, p. 268.

¹⁰ Resaltada, entre otros, por GULLON BALLESTEROS, A., "Sobre la ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor", La Ley nº 1, 1.996, p. 1.691; RIVERA FERNANDEZ, M., "Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor", RGD nº 621, p. 6.508; LINACERO DE LA FUENTE, M., "Protección jurídica del menor", ed. Montecorvo, Madrid, 2.001, p. 46.

¹¹ B.O.E. 29 de diciembre de 2.007, nº 312.

¹² Así, entre otros, ALONSO CRESPO, E., "Adopción nacional e internacional", ed. La Ley, Madrid, 2.004; CALZADILLA MERINA, M.A., "La adopción internacional en el Derecho español", ed. Dykinson, Madrid, 2.004; ESPINAR VICENTE, J.M., "La protección del menor extranjero en el sistema jurídico español", Infancia y Sociedad, n1. 667, pp. 81-106; MÉNDEZ PÉREZ, J., "La adopción", ed. Bosch, Barcelona, 2.000; HERRÁN A.I., "La adopción internacional", Dykinson, Madrid, 2.000.

¹³ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La Ley 54/2.007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional", ed. Comares, Granada, 2.008, pp. 19-23.

¹⁴ Exposición de motivos LAI (II): "En aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor par España, esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Asimismo, se pretende evitar y prevenir la venta o el tráfico de niños (...)".

En relación a los cambios introducidos por la Ley 54/2.007 en el sistema de protección jurídica del menor, cabe señalar que ha subsanado, en parte, aquella permanente provisionalidad que provocaba la ausencia de límites temporales para presentar recurso a las decisiones administrativas en materia de protección de menores, mediante la reforma de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En particular, la D.F. 1ª modifica el contenido de los arts. 9.5, 154, 172, 180.5, 268 del C.c. y la D.F. 2ª la redacción de los arts. 141, 164, 779, 780.1º y 781.1º de la L.E.C. Al objeto del presente artículo, se analizarán las modificaciones efectuadas en los arts. 172 C.c. y 780 L.E.C., que regulan, fundamentalmente, los plazos para recurrir las resoluciones emitidas por las entidades públicas en dicha materia. En concreto, la D.F. 1ª en su punto 3º varía los apartados 3 y 6 y adiciona dos nuevos puntos, el séptimo y octavo, al art. 172 C.c. Por otro lado, el apartado 1 del art. 780 L.E.C. es reformado por el punto 4º de la D.F. 2ª.

III. CIRCULAR 1/2008, DE 22 DE DICIEMBRE, SOBRE LIMITACIONES TEMPORALES A LA OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO¹⁵.

Tras la publicación de la citada norma jurídica, la Fiscalía General del Estado emitió la Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, en la que se manifiesta que, a través de la misma, el legislador pretende evitar la apertura permanente de los procesos judiciales en dicha materia, facilitando “que los menores que no puedan ser reinsertados en su familia de origen, puedan vivir en un núcleo familiar definitivo”. Considera, asimismo, que se otorga a los progenitores un plazo para su recuperación y propiciar así la reagrupación familiar¹⁶. Por último, se realiza una interpretación del contenido de los artículos modificados por las citadas disposiciones finales y que se expone en las líneas siguientes.

Señalar que la Ley 54/2.007 distingue dos tipos de acciones: de oposición - arts. 172.3º, 172.6º C.c. y 780.1º L.E.C.- y de revocación –arts. 172.7º y 172.8º C.c.-.

1. Plazo para instar la oposición a la constitución del acogimiento.

La nueva redacción otorgada al art. 172.3º C.c. dispone que los padres o tutores “*podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas*”. Concede este precepto la acción para recurrir no el desamparo, si no la forma de acogimiento y las personas que lo ejercerán, entendiéndose que no será procedente el acogimiento en familia ajena cuando en la extensa haya personas capacitadas y dispuestas.

Podría afirmarse que la *ratio legis* de la citada modificación es regular el ejercicio de la oposición que se puede realizar a la propuesta de acogimiento formulada por la entidad pública. Parece evidente que, por analogía, los padres no podrán estar privados de la patria potestad, aunque nada se establezca al respecto en el artículo mencionado.

Dado que el art. 173 C.c. sigue estipulando que los progenitores o tutores podrán oponerse a la propuesta emitida por la entidad pública, siendo necesario en este caso que el órgano público presente a la autoridad judicial la formalización del mismo, parece que sólo procede la aplicación del art. 172.3 C.c. para recurrir la constitución del acogimiento familiar provisional que, como es sabido, no requiere del consentimiento de los padres o tutores. Asimismo, cabría

¹⁵ J.U.R. 2.009/24418.

¹⁶ Circular 1/2.008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales..., pp. 1-2.

en los supuestos, si bien escasos, en que éstos hubiesen presentado su consentimiento y por diversas razones, decidiesen recurrir tal medida de protección.

Por otro lado, se plantea si esta legitimación puede extenderse a personas distintas de los padres o tutores. La interpretación sostenida por la Fiscalía General del Estado así lo entiende, pues considera que esta acción adquiere verdadero sentido cuando es ejercitada por las personas con interés legítimo, es decir, los guardadores anteriores que pertenecen, generalmente, a la familia extensa del menor¹⁷.

A nuestro entender, con esta reforma el legislador otorga a los progenitores legitimidad para proponer a los acogedores cuestión que, con anterioridad a la aprobación de esta normativa, no parecía clara. Así, desde el sector jurisprudencial se negaba tal potestad, salvo en casos excepcionales, siendo diferentes las razones aducidas. Uno de los argumentos esgrimidos por los órganos judiciales para fundamentar esta decisión era el prevalente interés del menor frente a cualquier otro derecho con el que pudiera colisionar¹⁸. En otras resoluciones, como argumentación de tal negativa, se aludía al contenido del art. 172.3 p.1º C.c., que dispone que corresponde a la entidad pública determinar la persona o personas que habrán de ejercer el acogimiento familiar¹⁹.

¹⁷ Circular 1/2.008 de la Fiscalía General del Estado, ..., p. 7

¹⁸ En este sentido se manifiesta el AAP de Asturias de 24 de marzo de 1.992, ponente MARTÍN DEL PESO, R., A.C. 1.992, marg. 516. El padre de unos menores apela el auto dictado en Instancia que otorgó la guarda de hecho de sus hijos menores a su tía materna, por la vulneración de los principios de congruencia e igualdad en la resolución judicial de Primera Instancia. En relación al segundo, entiende el recurrente que se ha infringido este principio recogido en el art. 14 de la C.E. por el trato que dispensa el auto a la tía de los menores en detrimento del progenitor y su familia paterna para conceder la custodia del menor. Entiende el Tribunal, en respuesta, que no cabe tal oposición, porque “no prima el interés o la libertad de elección del padre imposibilitado para asumir la custodia de sus hijos, a la hora de designar a la persona que pueda hacerse cargo de ellos, evitando cualquier situación de desamparo, aun cuando ésta sea transitoria, sino el interés prioritario y prevalente del menor que ha de respetarse siempre, que prima sobre el deseo de los progenitores y ha de presidir la adopción de toda decisión judicial relativa a su guarda, criterio éste que impregna e inspira la normativa de las sucesivas reformas operadas en el Código Civil, tras la promulgación de la Constitución y que culminan con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre”. En la misma línea jurisprudencial, entre otros, AAP de Valladolid de 12 de junio de 2.003, ponente SALINERO ROMÁN, F., J.U.R. 2.003, marg. 190254. El padre se opone a que el acogimiento se constituya con las personas elegidas por la entidad pública, ajenas a su familia, “prefiriendo que se hagan cargo del menor su madre y una de sus hermanas”. Afirma el Tribunal que los deseos del padre no significan que sean sin más, los más convenientes para el menor. La Sala examina, además, las circunstancias particulares así como las características personales y familiares de las personas que, para acoger a su hijo, propone el progenitor. El menor se encontraba en régimen de internamiento prolongado; en aquel momento, la abuela y tía paterna del menor, según los informes obrantes, “manifestaron un interés en el menor, pero un interés que no pasaba del umbral de la visita”.

Al entender de la Sala “la madre y la hermana del recurrente no pretendían en aquel tiempo más que una relación limitada a un régimen de visitas, pese a que podían ocuparse del menor, pues sus circunstancias socio- económicas no eran distintas de las que ahora ofrecen para hacerse cargo del menor (...). Todas esas capacidades no impidieron que la familia paterna prefiriese, cuando tenía posibilidades, no hacerse cargo directa e integralmente del menor, que no puede quedar expuesto al albur de las decisiones que sobre él puedan tomarse puntualmente, ni ser fragmentadas ni condicionadas al instante en que a la familia biológica le interesa o le conviene intentar ponerlo a su cargo para asumir las responsabilidades que inicialmente y por su relación biológica les correspondían y de las que en su momento hicieron dejación”. Por lo tanto, el interés superior del menor exige que, en virtud de los nulos contactos que mantiene con su familia paterna desde hace años y por encontrarse en una situación de acogida con una familia capaz de proporcionarle el equilibrio y la estabilidad emocional adecuada para su desarrollo, se acuerde la constitución del acogimiento familiar preadoptivo del menor con las personas seleccionadas por el ente público desestimando, por tanto, el recurso de apelación interpuesto por el padre.

¹⁹ Así, la SAP de Málaga de 30 de abril de 2.003, ponente TORRES VELA, M., A.C. 2.003, marg. 1673, en la que la cuestión objeto del recurso de apelación interpuesto se centra en determinar si, en base a los informes psicosociales, “la familia extensa [la abuela y una tía maternas] propuesta por los padres biológicos como acogedores de los menores, están capacitadas para proporcionales un entorno normalizado de convivencia y un desarrollo integral, como interesan los recurrentes, o no lo están, como se mantiene por el Ministerio Fiscal y la entidad pública”. La Sala alega el mencionado precepto, disponiendo que legalmente no se reconoce la legitimación de los recurrentes para realizar tal designación. No obstante, se valora la posible conveniencia de que estos familiares se conviertan en los acogedores de los menores. En base a los informes existentes, el Tribunal entiende que la abuela y la tía no reúnen las garantías suficientes para atenderlos adecuadamente, percibiendo en aquélla y en su marido factores de riesgo que les imposibilitan para realizar estas funciones y respecto de la tía, se determina la no idoneidad de su pareja para el acogimiento de su sobrino. Se ratifica, por tanto, la sentencia de Primera Instancia en la que no se consideraba conveniente “para el desarrollo integral de los menores la reinserción de éstos en su propia familia biológica”, por lo que desestima la oposición al acogimiento acordado. *Vid.*, asimismo, el AAP de Málaga de 14 de noviembre de 2.001, ponente JURADO RODRÍGUEZ, S., J.U.R. 2.002, marg. 20606, SAP de Málaga de 17 de diciembre de 2.003, ponente

Por el contrario, en algún pronunciamiento judicial se reconocía de forma tácita esta legitimidad, al avalar judicialmente la solicitud a los padres para proponer los acogedores de sus hijos realizada por la Administración Pública²⁰.

Tras la aprobación de la citada Ley, consideramos que, de forma expresa, se concede legitimidad a los padres y tutores para mostrar su disconformidad con los acogedores propuestos por la entidad pública así como con la modalidad elegida, por tanto, tácitamente se entiende que podrán proponer a las personas que ellos consideren más cualificadas para el desempeño de tal función y señalar el tipo de acogimiento que estimen más conveniente, resolviéndose así el debate existente en torno a esta cuestión.

2. Ejercicio de la oposición a la declaración de desamparo.

En el ap. 6º del art. 172 C.c. se estipula que el plazo para recurrir las resoluciones que aprecien la declaración de desamparo y las restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores, se determina en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el art. 780.1 que fue modificado, como se dijo, por la D.F. 2ª de la Ley 54/2.007- : *“No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores”.

En relación a la declaración de desamparo, su oposición debe basarse en que la misma es infundada por no ser ciertos los hechos que provocaron su declaración. La legitimidad para tal acción, *strictus sensus*, parece limitarse a los padres y tutores, debido a que la misma produce la suspensión de la patria potestad o tutela. No obstante, defiende la Fiscalía General del Estado la legitimación de esta acción en un sentido amplio, concediéndola a todos aquellos que tienen un derecho o interés legítimo: padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor, guardadores, Fiscal...²¹.

DÍAZ NÚÑEZ, J.J., *J.U.R.* 2.004, marg. 67740; AAP de Cádiz, de 28 de septiembre de 2.000, ponente DE LA HERA OCA, M., *J.U.R.* 2.001, marg. 6837; AAP de Málaga de 14 de noviembre de 2.001, ponente JURADO RODRÍGUEZ, S., *J.U.R.* 2.002, marg. 2.006.

²⁰ SAP de Navarra de 14 de noviembre de 2.003, ponente COBO SÁENZ, J.F., *J.U.R.* 2.004, marg. 108809. El recurso de apelación presentado a la constitución de un acogimiento familiar administrativo provisional en la modalidad de permanente instado por la entidad pública competente, lleva a la Sala a analizar las vicisitudes de la vida de la familia desde que la Administración detectó una situación de “gravísima desprotección social” en los menores, y que trató de paliar a través de diversas actuaciones administrativas. La falta de interés e inhibición de los padres unido a la existencia de indicadores de abuso sexual, provocó la declaración de desamparo de los menores y la asunción de la tutela automática por parte del ente público. Posteriormente, se presentó a los progenitores para su consentimiento el acogimiento anteriormente citado con los abuelos paternos de esos menores al que se opusieron.

En la resolución de este recurso considera el Tribunal que lo determinante es relevar si en el proceso de selección de los acogedores se siguieron las pautas establecidas legalmente en el Capítulo 3º de la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero. Entiende que la actuación administrativa debe ser avalada, pues se otorgó un plazo a los padres de quince días para que “propusieran algún familiar que pudiera ejercitar la labor de acogimiento de los niños” y “no facilitaron la identidad de ninguna de las personas de su entorno familiar –ni ninguna otra persona-, que pudiera asumir tales complejas funciones”. Por ello, a pesar de que a la parte impugnante le pueda parecer desacertada la decisión de trasladar a los niños a residir con sus abuelos paternos residentes en otra localidad, la Sala razona que es la única que “se pudo adoptar en función de las propuestas de que disponía por la administración de protección de menores..., respetando, en este concreto aspecto, las indicaciones que constituían principios rectores de su intervención, fijadas en la letra b -en este caso es perceptible que el interés de los menores excluye su mantenimiento en el medio familiar de origen-, y c del nº 2 del art. 11 de la citada Ley Orgánica 1/1.996, sobre protección jurídica de los menores”.

²¹ Como se recoge en la citada Circular, son numerosas las normativas autonómicas que reconocen legitimación activa a las personas indicadas. Así, arts. 6,7 y 8 de la Ley del Parlamento Catalán 37/1.991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción. Asimismo, el art. 172.1 C.c. prevé la notificación del desamparo a los padres, tutores y guardadores. Esta obligación de notificación de recogen en otras normas autonómicas: art. 71 de la Ley

3. Plazo para recurrir las demás resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

El plazo para formular oposición a las restantes resoluciones administrativas en materia de protección a menores la Ley lo limita a dos meses desde su notificación, como se dispone en el art. 780.1 L.E.C., debiendo extenderse a cualquier decisión dictada en esta materia, así: denegación administrativa de cese de la guarda voluntaria, denegación de la petición de modificación, supresión o reducción del régimen de visitas, de cese del acogimiento familiar, sobre cualquier decisión administrativa relativa a la tutela, educación o de representación sobre el menor....²².

4. Revocación de la situación de desamparo por superación de las circunstancias que lo motivaron.

Se recoge en el ap. 7º del art. 172 C.c. la acción de revocación sobre la declaración de desamparo, por superación de las causas que lo justificaron. *“En el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.*

Es preciso señalar que a través de esta acción no cabe cuestionar las circunstancias que dieron lugar al desamparo, si no que las mismas han sido superadas y los progenitores pueden desarrollar adecuadamente el ejercicio de los deberes de protección derivados de la patria potestad. La legitimidad para realizar esta acción es concedida únicamente a los padres no privados de la patria potestad, no pudiendo ser ejercitada por otros familiares²³.

Parece que el legislador pretende otorgar a los progenitores una oportunidad para demostrar que han superado las causas que originaron el desamparo y que se encuentran en condiciones para asumir, de nuevo, la patria potestad. El plazo para su ejercicio es de dos años. En consonancia con esta premisa, entendemos que la entidad pública no debiera instar en este intervalo la formalización de ninguna medida definitiva (adopción o acogimiento familiar preadoptivo) pues, legalmente, no se considera irreversible el reagrupamiento familiar.

No obstante, y como señala la Circular²⁴, este no debe ser un principio absoluto pues en aquellos supuestos en que se constate la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente a sus hijos -entre otros, por enfermedades graves y crónicas, problemas de drogadicción...-no se debiera esperar el transcurso de los dos años para instar la constitución de la adopción o en su caso, el acogimiento familiar preadoptivo.

En relación a si la revocación ha de presentarse primero ante la entidad pública o puede realizarse directamente ante el órgano judicial, parece que ambas opciones son posibles. Así, planteada en la vía administrativa, la resolución emitida puede ser recurrida judicialmente o bien cabe su pretensión directa ante la autoridad judicial, dado que el art. 780.1 L.E.C. dispone que no es necesaria la reclamación administrativa previa en materia de protección a menores.

17/2.006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; art. 32 de la Ley 7/1.999, de 28 de abril, de protección de la infancia y adolescencia de Cantabria; el art. 22.2 de la Ley 7/1.994, de 5 de diciembre de la infancia de la Comunidad Valenciana o el art. 58.2 de la Ley 3/2.005, de 18 de febrero, de Atención y protección a la infancia y adolescencia del País Vasco..., p. 3.

²² Circular 1/2.008, de la Fiscalía General del Estado..., p. 3

²³ Circular 1/2.008, de la Fiscalía General del Estado..., p. 4

²⁴ Circular 1/2.008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por la Ley 54/2.007, de 28 de diciembre, p. 5.

5. Plazo para acreditar superación causas que justificaron la adopción de otras medidas de protección distintas a la declaración de desamparo.

En el segundo párrafo del art. 172.7 se recoge que *“igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor”*. En consonancia con lo estipulado en el art. 780.1 párrafo segundo L.E.C., que establece un plazo de dos meses para recurrir las decisiones administrativas relativas a la protección de menores -a excepción de la declaración de desamparo-, los padres no privados de la patria potestad podrán instar la revocación de las citadas medidas pasados dos meses y en tanto transcurran los dos años, por cambio en las circunstancias que dieron lugar a las mismas.

El tercer párrafo del art. 172.7 C.c. establece que *“pasado dicho plazo [dos años] decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo”*.

Así, transcurridos dos años desde la notificación de cualquier decisión o medida relativa a la protección de menores, los padres no privados de la patria potestad pierden el derecho para su impugnación o revocación por variación en la situación. Únicamente, pueden poner en conocimiento del órgano público o del Ministerio Fiscal los cambios o nuevos hechos que pudieran dar lugar a la modificación de las decisiones adoptadas.

6. Procedimiento para la revocación de la declaración de desamparo por el órgano competente transcurridos dos años desde su notificación.

Por último, el art. 172.8 C.c. estipula que *“la entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familiar si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si se entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal”*.

Este artículo recoge el principio sancionado en la normativa de protección a los menores de edad que determina que cualquier medida adoptada para la protección del menor, deberá ser revocada si se demuestra que no es adecuada a su interés. De forma específica, el contenido del art. 172.8 C.c. impone la revocación de la declaración de desamparo y promover la reunificación familiar cuando no haya sido posible la integración del menor en otra familia de forma estable, mediante la adopción o el acogimiento familiar, o bien si se considera que es lo más adecuado a su interés, siempre que los padres se encuentran en situación para poder ejercer adecuadamente sus funciones.

La legitimación para emitir esta resolución corresponde a la entidad pública que puede hacerlo de oficio, a instancias del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, y pese al silencio de la Ley, es susceptible de recurso ante la autoridad judicial en el plazo de dos meses conforme al art. 780.1 L.E.C.²⁵. Así, el Ministerio Fiscal o cualquier persona o entidad interesada, transcurridos los dos años, pueden poner en conocimiento del órgano público la existencia de nuevos datos o aportación de pruebas que pongan de manifiesto la idoneidad de revocar la declaración de desamparo.

Por otro lado, se considera que la impugnación judicial de esta decisión corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal, pues si se permitiese recurrir judicialmente a los padres, tras el transcurso de este plazo, se quebraría el principio recogido en la Ley 54/2.007 de limitar temporalmente a los progenitores el derecho a impugnar las resoluciones en materia de protección a menores²⁶.

²⁵ Circular 1/2.008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales, ..., p. 6.

²⁶ Circular 1/2.008, de la Fiscalía General del Estado, ..., p. 6. Solución igualmente aplicable en el supuesto en que la entidad pública dicte resolución denegatoria de la revocación de la declaración de desamparo instada por el Ministerio Fiscal,

IV. CONCLUSIONES

El principio de integración familiar se basa en la defensa del derecho del menor a crecer en el seno de su propia familia, derecho que se extiende a sus padres y familiares²⁷ aunque supeditado a la conveniencia para su interés. En cumplimiento del mismo, el ordenamiento jurídico exige a la Administración que intente de forma fehaciente y rigurosa el mantenimiento del menor en su familia de origen, utilizando para ello todos los medios disponibles. Este principio sólo puede ser quebrado cuando los esfuerzos realizados en ese sentido por el ente público competente sean infructuosos e ineficaces y se hayan agotado todas las vías para su consecución derivando en un evidente riesgo lesivo para el menor²⁸, y que obligará a que sea inmediatamente separado de su núcleo familiar²⁹.

Tras la separación del menor de su familia, el organismo público competente ha de tomar decisiones trascendentes sobre su futuro. Es fundamental que cuando el menor ingresa en el sistema de protección se realice un diagnóstico de su situación y de su familia para elaborar un informe en el que se disponga la posibilidad de reinserción en su entorno familiar o si el por el contrario, las circunstancias son irreversibles y no cabe tal opción. Precisamente uno de los principios rectores recogidos en diversas legislaciones autonómicas, entre ellas la gallega, es la más pronta definición de la situación del menor.

En el supuesto que se demuestre factible la primera opción, la entidad pública aplicará las medidas que sean necesarias³⁰; en concreto, es fundamental que se estipule un programa de

conforme al art. 172.7 p. 3 C.c.

²⁷ Véase, CORRAL GARCÍA, E., "El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos", RGD nº 682, 2.001, pp. 6.709 y ss.

²⁸ Como resalta la SAP de Orense de 31 de marzo de 2.004, ponente CARVAJELES SANTA EUFEMIA, J.U.R. 2.004, marg. 142323, la actividad administrativa debe operar en pro de la posibilidad de la integración familiar biológica. Pero cuando el estado del abandono es objetivamente valorado y la integración familiar se hace imposible, las entidades públicas correspondientes deben, inexcusablemente, adoptar las medidas de protección necesarias para la guarda y buen desarrollo del menor, dentro de un sistema acorde con la estabilidad emocional que, por dignidad de la persona, exige su evolución formativa.

En este sentido se manifiesta la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1.989, cuando en su art. 9 dispone "los Estados partes velarán para que el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". A propósito a la protección que el Derecho internacional ofrece al menor frente a los abusos que pueda infligirle su propia familia, *vid.*, el interesante estudio realizado por TRINIDAD NÚÑEZ, P., "La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia", La Ley nº 3, 2.004, pp. 1.783-1.794.

²⁹ *Vid.*, AAP de Soria de 14 de diciembre de 2.000, ponente CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, R.M., J.U.R. 2.001, marg. 79466. El resumen de los hechos pone de manifiesto que la Administración advirtió las deficientes condiciones de salubridad e higiene de la vivienda de los demandantes y el aspecto sucio y descuidado de los niños, presentando los más pequeños retraso pondoestatural con desnutrición y deficiente aseo, manifestada clínicamente por problemas de dermatitis, eczemas e infección de hongos. En base a estas circunstancias, se incluyó a la familia en un Programa de Intervención Familiar y se comprometió con la Administración a alcanzar unos objetivos en un plazo concreto de tiempo, especificándose que los menores permanecerían en el hogar familiar siempre que se cubrieran sus necesidades básicas. Sin embargo, se siguió constatando negligencia física –alimentación inadecuada y escasa, falta de higiene personal, escasos cuidados médicos–, vivienda con escasas condiciones de habitabilidad debido a las malas condiciones higiénicas, desorden, falta de ventilación y de luz natural y deterioro general, estimándose que en general los padres no eran capaces de cuidar y atender adecuadamente a sus hijos, es decir no asumían sus responsabilidades. Por estas razones se declaró a los menores en desamparo y se procedió a su ingreso en un centro asistencial, decisión recurrida por los progenitores y revocada parcialmente por el Tribunal que impuso a la entidad pública intentar el retorno de los menores con sus padres mediante oportunos programas de información, educación y asistencia, ampliándose asimismo el horario de visitas entre ellos para fomentar e incentivar la relación paterno filial. En el mismo sentido, SAP de Valencia de 9 de junio de 2.004, ponente MANZANA LAGUARDA, M.P., A.C. 2.004, marg. 2237.

³⁰ PÉREZ ALVÁREZ, M.A., "La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección al Menor*, Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi, A Coruña, 1.997, pp. 28-30; Díez GARCÍA, H.: "¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?", RDP nº 7, marzo-abril 2.003, p. 176; LÓPEZ SÁNCHEZ, F., LÓPEZ GÓMEZ DE CÁDIZ, B., FUERTES ZURITA, J., SÁNCHEZ REDONDO, J.M. y MERINO MUÑOZ, J., "Necesidades de la infancia y protección infantil", ed. Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1.995, p. 58.

En este sentido, se manifiestan numerosas resoluciones judiciales. *Vid.*, SAP de Asturias de 19 de septiembre de 2.005,

ayuda a la familia y se realicen los seguimientos oportunos para posibilitar el retorno³¹ cuya duración no exceda de dos años. Si a pesar de los esfuerzos no se consigue que los progenitores superen sus problemas o las circunstancias son tan graves que impiden la reunificación familiar, se deberán adoptar de forma inmediata otras medidas más estables y, si es posible, definitivas³².

No obstante, y de forma generalizada, la entidad pública es renuente a este proceder constituyendo, con cierto automatismo, un acogimiento familiar simple para con posterioridad proponer la formalización de un acogimiento familiar preadoptivo o permanente incrementado de este modo las posibilidades de oposición de la familia originaria y alargando innecesariamente la falta de resolución legal definitiva a la situación de desprotección del menor³³. En concordancia con lo expuesto anteriormente, es imprescindible que se determine, a la mayor brevedad posible, sustentado en informes y estudios rigurosos, el futuro del menor para evitar que el transcurso del tiempo haga imposible su integración de forma definitiva en un núcleo familiar.

En base a este argumento, nos parece muy acertada la interpretación dada al art. 172.8 C.c. que parece conceder a los padres un plazo máximo de dos años para su rehabilitación, perdiendo a partir de ese momento cualquier derecho sobre sus hijos; sería conveniente que esta circunstancia se recogiese de forma expresa en el texto legal correspondiente. De forma genérica, consideramos que las modificaciones introducidas por la Ley 54/2.007, reclamadas de forma reiterada por la doctrina cualificada³⁴, constituyen un acierto del legislador, dado que uno de los problemas más graves que presentaba el sistema de protección a los menores de edad era precisamente la ausencia de un plazo de oposición a las medidas adoptadas por la entidad pública que entorpecía de, forma manifiesta, la correcta aplicación de la normativa vigente³⁵, pues cabía la impugnación judicial de las mismas en cualquier momento. Así, no

ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J.U.R.* 2.005, marg. 236955; AAP de Soria de 14 de diciembre de 2.000, ponente CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, *J.U.R.* 2.001, marg. 79766; SAP de Cádiz de 20 de abril de 2.005, ponente ALVÁREZ-OSSORIO BENÍTEZ, M., *J.U.R.* 2.005, marg. 234098; AAP de Tarragona de 19 de julio de 2.002, ponente ARTERO MORA, J.C., A.C. 2.002, marg. 1972; AAP de Guipúzcoa de 24 de octubre de 1.994, ponente FRAGOSO BRAVO, J.M., A.C. 1.994, marg. 1849; AAP de Teruel de 30 de octubre de 1.993, ponente OCHO FERNÁNDEZ, J.O., A.C. 1.993, marg. 2024; AAP de Huelva de 28 de noviembre de 2.001, ponente GARCÍA GARCÍA, S., *J.U.R.* 2.001, marg. 77720; AAP de Barcelona de 15 de febrero de 2.002, ponente NOBLEJAS NEGRILLO, M.B., *J.U.R.* 2.002, marg. 135781; SAP de Guipúzcoa de 1 de julio de 2.003, ponente SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *J.U.R.* 2.003, marg. 88784; SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2.003, ponente HIJAS FERNÁNDEZ, E., *JUR.* 2.003, marg. 31421; SAP de Barcelona de 27 de junio de 2.004, ponente NOBLEJAS NEGRILLO, M., *J.U.R.* 2.004, marg. 55144; SAP de Salamanca de 13 de julio de 2.004, ponente PÉREZ SERNA, J., A.C. 2.004, marg. 1669; AAP de Sevilla de 19 de enero de 2.005, ponente BLANCO LEIRA, M.A., *J.U.R.* 2.005, marg. 140308; SAP de Granada de 23 de febrero de 2.005, ponente GALLO ERENA, A., *J.U.R.* 2.005, marg. 135049; SAP de Cádiz de 12 de febrero de 2.002, ponente FELIZ Y MARTÍNEZ, M.A., *J.U.R.* 2.002, marg. 114364; AAP de Cuenca de 17 de noviembre de 2.003, ponente LÓPEZ-CALDERÓN BARREDA, L., *J.U.R.* 2.004, marg. 53685.

³¹ En el AAP de Tarragona de 29 de junio de 2.000, ponente GARCÍA MEDINA, M.A., *J.U.R.* 2.000, marg. 284690, el padre de un menor interpone recurso de apelación contra el auto de Primera Instancia que confirmaba la resolución de la entidad pública que había declarado la situación de desamparo de su hijo y su ingreso en un centro asistencial. Considera el Tribunal que se debe mantener la medida de acogimiento residencial sin perjuicio de que la Administración procure mediante las vías y planes de seguimiento oportunos y ayudas institucionales necesarias, la integración de los menores en la familia biológica. En el mismo sentido se manifiestan, entre otros, la SAP de Cádiz de 20 de abril de 2.005, ponente ALVAREZ-OSSORIO BENÍTEZ, M., *J.U.R.* 2.005, marg. 234098; AAP de Tarragona de 29 de junio de 2.000, ponente GARCÍA MEDINA, M.A., *J.U.R.* 2.000, marg. 284690.

³² Así en la SAP de Cádiz de 14 de junio de 2.007, ponente SANABRIA PAREJO, A.L., A.C. 2.007, marg. 1983; SAP de Madrid de 24 de octubre de 2.007, ponente HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., *J.U.R.* 2.008, marg. 40883.

³³ DÍEZ GARCÍA, H., "¿El imposible retorno del menor...?", ob. cit., p. 208; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., "La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido", DPC, nº 18, 2.004., p. 323

³⁴ CORRAL GARCÍA, E., "El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia", *Ar Civ* nº 2, 2.003, p. 1.997; DÍEZ GARCÍA, H., "¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?", ob. cit. p. 200; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., "La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido", ob. cit. pp. 300-302.

³⁵ En este sentido se manifiesta la AAP de Cádiz de 8 de junio de 2.004, ponente MARÍN FERNÁNDEZ, A., A.C. 2.004, marg. 1708.

No obstante, no considera DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A., "El acogimiento del menor en situación de desamparo", en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, dirigido por GARCÍA GARNICA, M.C., coordinado por MORILLAS FERNÁNDEZ, M., y QUESADA PÁEZ, A., ed. Aranzadi, Navarra, 2.008, pp. 245-246, el establecimiento de plazos para presentar recurso la solución más adecuada; en su opinión, sería necesaria una reforma legislativa "referida al origen de estas situaciones", es

era infrecuente que los progenitores presentasen recurso a las resoluciones administrativas transcurrido periodos significativos de tiempo; en ocasiones, se recurría la declaración de desamparo cuando el menor se encontraba en situación de adoptabilidad sin que hasta ese momento hubiesen mostrado interés alguno por sus hijos. En otros supuestos, y a pesar de las circunstancias, se decidía, tras el recurso de los progenitores, la reinserción familiar provocando en el menor un grave perjuicio al alejarle de su familia de acogida con la que había establecido lazos afectivos y logrado la estabilidad emocional tras largo tiempo de convivencia.

En cualquier caso, en nuestra opinión, se requieren nuevas modificaciones en la normativa en vigor en materia de menores para una adecuada protección de los mismos. Un aspecto a modificar es la limitación de la duración del acogimiento familiar simple dado que a pesar de que, por definición legal, el carácter de esta modalidad debe ser transitorio, generalmente se prolonga en el tiempo de forma manifiesta. Además la normativa es clara cuando determina que su constitución será procedente cuando se prevea la reinserción del menor en su familia o en tanto se adopte una medida de naturaleza más estable. De conformidad a lo establecido con anterioridad y en concordancia con el objetivo señalado, parece esencial la estipulación de un plazo máximo de duración de la medida³⁶. Nada dispone la normativa estatal sobre esta cuestión, aunque el documento de formalización imponga determinar la duración prevista de cualquier modalidad de acogimiento familiar. Sí se recoge este límite temporal en distintas normativas autonómicas, así, la Ley 37/1.991, de 30 de diciembre, de Cataluña estipula en su art. 11 que en la resolución de constitución del acogimiento familiar simple se ha de determinar su vigencia, no debiendo superar el año, salvo prórroga comunicada previamente al Ministerio Fiscal³⁷.

En este sentido, señalar que la práctica ha puesto de manifiesto que la formalización del acogimiento familiar en su modalidad simple, sin obedecer a los criterios establecidos legalmente para su constitución, y la prolongación de esta situación pueden provocar el incumplimiento de los principios del sistema protector que, principalmente, son procurar la reinserción del menor en su familia de origen o si no es posible proceder a la adopción de medidas definitivas, basándose en la estabilidad alcanzada por el menor en su familia de acogida y su plena integración en la misma.

Se observa que en determinadas ocasiones, la reunificación familiar no es posible debido a la existencia de fuertes vínculos emocionales entre los acogedores y el menor pese a la superación de las causas que motivaron el acogimiento³⁸ o incluso en los supuestos en que se considera improcedente la declaración de desamparo³⁹. En otros supuestos, en los que no exista posibilidad alguna de reinserción del menor en su familia originaria, no se promueve la

decir, al momento en que se procede a declarar al menor en desamparo y su retirada de su familia biológica.

³⁶ En este sentido se manifiestan, HERAS HERNÁNDEZ, M.M., "El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios)", ed. Montecorvo, Madrid, 2.002, p. 230; EGEA FERNANDEZ, J., "Comentario al art. 173 del Código civil", en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1.993 p. 105; LINACERO DE LA FUENTE, M., "Protección jurídica del menor", ob. cit., p. 306.

En el AAP de Guipúzcoa de 3 de junio de 1.999, ponente UNANUE ARRATÍBEL, J.M., A.C. 1.999, marg. 1057 y en el AAP de Valencia de 12 de septiembre de 2.002, ponente MANZANA LAGUARDA, M.P., J.U.R. 2.003, marg. 52228, la entidad pública estipula en la propuesta de acogimiento familiar simple que la duración de la medida será de dos años.

³⁷ En el mismo sentido, *vid.*, Ley 7/1.995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados de Islas Baleares, art. 16; Ley 4/1.994, de 10 de noviembre, que establece las normas reguladoras de protección de menores de Extremadura, art. 25.

³⁸ STSJ de Cataluña de 14 de abril de 2.000, ponente FELIU I LLANSA, P., R.J. 2.001, marg. 8163. En la SAP de Almería de 7 de febrero de 2.005, ponente SOLAR BELTRÁN, G., J.U.R. 2.005, marg. 149663.

³⁹ Como exponente de esta realidad cabe mencionar dos supuestos que tuvieron amplio eco social y mediático. Nos referimos a los casos conocidos como la "niña de Benamaurel" y "los niños de Dos Hermanas".

constitución de la tutela o adopción y se mantiene la situación de acogida de forma indefinida por encontrarse ese menor plenamente integrado con sus acogedores⁴⁰.

Otro aspecto que requiriere, a nuestro entender, una regulación más detallada es la figura del acogimiento residencial, fundamentalmente en dos puntos; por un lado, es necesario estipular una duración máxima de la medida, que actualmente no se regula en ningún texto legal del ordenamiento jurídico territorial español, y cuya consecuencia práctica es la “institucionalización” del menor y por otro lado, establecer de forma expresa la subsidiariedad de esta medida de protección frente a las demás alternativas posibles. Es ambigua la normativa vigente en el territorio común en esta cuestión, dado que la Ley Orgánica 1/1.996 en su art. 21.1 dispone que cuando se proponga la acogida residencial de un menor, se tenga en cuenta la necesidad de que el menor tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurando que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, en claro contraste con la legislación autonómica que declara de forma expresa el carácter subsidiario del acogimiento residencial⁴¹. La doctrina jurisprudencial, como órgano encargado de aplicar la Ley, ha determinado la prioridad en el uso del acogimiento familiar, en cualquiera de sus modalidades, frente al residencial como se recoge en numerosas resoluciones judiciales⁴².

A nuestro parecer procede la formalización del acogimiento residencial en tan solo dos únicos supuestos: en tanto se realiza el análisis de la situación familiar⁴³, si no ha sido posible

⁴⁰ SAP de Sevilla de 10 de junio de 2.005, ponente HERRERA TAGUA, J., *J.U.R.* 2.005, marg. 233867.; SAP de Sevilla de 17 de febrero de 2.005, ponente SANZ TALLYERO, F., *J.U.R.* 2.005, marg. 139528AAP de Palencia de 13 de julio de 1.995, ponente MUÑIZ DELGADO, A., A.C. 1.995, marg. 1302; AAP de Ávila de 29 de junio de 1.996, ponente SÁNCHEZ MELGAR, J., A.C. 1.996, marg. 1470; AAP de Zaragoza de 26 de septiembre de 2.000, ponente ARQUÉ BESCÓS, J.C., A.C. 2.000, marg. 1871; SAP de Málaga de 4 de febrero de 2.000, ponente TORRES CUELLA, M.J., *J.U.R.* 2.000, marg. 121676; AAP de Valencia de 7 de enero de 2.002, ponente MANZANA LAGUARDA, M.P., *J.U.R.* 2.003, marg. 51952; SAP de Cantabria de 24 de noviembre de 2.000, ponente FINEZ RATÓN, J.M., *J.U.R.* 2.001, marg. 52356; AAP de Palencia de 13 de julio de 1.995, ponente MUÑIZ DELGADO, A., A.C. 1.995, marg. 1302; AAP de Málaga de 16 de abril de 2.001, ponente HERNÁNDEZ BAREA, H., *J.U.R.* 2.001, marg. 243724; AAP de Zaragoza de 13 de noviembre de 2.002, ponente SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *J.U.R.* 2.002, marg. 20410; SAP de Murcia de 9 de enero de 2.004, ponente ALONSO SAURA, M.P., *J.U.R.* 2.004, marg. 79548; AAP de Málaga de 13 de febrero de 2.003, ponente DíEZ ARGAL, W., *J.U.R.* 2.003, marg. 186562; AAP de Granada de 22 de febrero de 2.005, ponente REQUENA PAREDES, J., *J.U.R.* 2.005, marg. 139412; AAP de Sevilla de 1 de julio de 1.997, ponente MALPICA SOTO, M.P., A.C. 1.997, marg. 1532; AAP de Zaragoza de 20 de septiembre de 1.994, ponente FERNÁNDEZ ALVÁREZ, L., A.C. 1.994, marg. 1368; AAP de Barcelona de 30 de septiembre de 1.992, ponente ORO-PULIDO LÓPEZ, J., A.C. 1.992, marg. 1326; AAP de Cádiz de 14 de abril de 2.000, ponente RODRÍGUEZ ROSALES, P.M., A.C. 2.000, marg. 3906; AAP de Madrid de 14 de enero de 1.997, ponente HIJAS FERNÁNDEZ, E., A.C. 1.997, marg. 216; AAP de Murcia de 18 de diciembre de 2.007, ponente CASTAÑO PENALVA, A., *J.U.R.* 2.008, marg. 81700; AAP de Murcia de 4 de diciembre de 2.007, ponente CASTAÑO PENALVA, A., *J.U.R.* 2.008, marg. 73206; AAP de Sevilla de 11 de octubre de 2.007, ponente PALACIOS MARTÍNEZ, A., *J.U.R.* 2.008, marg. 69684; SAP de Valladolid de 13 de febrero de 2.006, ponente GARCÍA ABURUZA, M.P., *J.U.R.* 2.006, marg. 128116; SAP de Sevilla de 24 de diciembre de 2.004, ponente BLANCO LEIRA, M.A., *J.U.R.* 2.005, marg. 140593; AAP de Cantabria de 25 de marzo de 2.002, ponente RIVAS DÍAZ DE ANTOÑANA, M., *J.U.R.* 2.002, marg. 163076.

⁴¹ Ley 2/2.006, de Derecho Civil de Galicia, art. 21; Ley 1/1.998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención al menor de Andalucía, art. 36.1; Ley 12/2.001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia de Aragón, art. 66.1; Ley 1/1.995, de 27 de enero, de protección de menores de guarda y protección de menores de Islas Baleares, art. 61.1; Ley 3/1.999, de 31 de marzo, que regula las competencias en materia de menores de Castilla-La Mancha, art. 44.b; Ley 37/1.991, de 30 de diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción de Cataluña, art. 12.1; Ley 3/1.995, de 21 de marzo, de la infancia de Murcia, art. 29.1; Ley 1/2.006 de Protección de Menores de La Rioja, art. 87.3; Ley 3/2.005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y adolescencia del País Vasco, art. 76.1.

⁴² SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de julio de 2.003, ponente ARAGÓN RAMÍREZ, P., *J.U.R.* 2.003, marg. 24600; SAP de Lleida de 25 de octubre de 2.004, ponente POCINO MOGA, J.M., *J.U.R.* 2.005, marg. 7910; SAP de Cuenca de 9 de diciembre de 1.995, ponente VESTEIRO PÉREZ, J., A.C. 1.995, marg. 2416; SAP de Cantabria de 4 de febrero de 2.003, ponente DE LA HOZ DE LA ESCALERA, J., A.C. 2.003, marg. 1345; AAP de Castellón de 18 de octubre de 2.004, ponente SOLAZ SOLAZ, E., *J.U.R.* 2.004, marg. 313931; SAP de Zaragoza de 29 de octubre de 2.004, ponente NAVARRO PEÑA, E., *J.U.R.* 2.004, marg. 297765; SAP de Navarra de 15 de febrero de 2.005, ponente GOYENA SALGADO, F.J., *J.U.R.* 2.005, marg. 85280; SAP de Asturias de 19 de septiembre de 2.005, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J.U.R.* 2.005, marg. 236955; AAP de Cantabria de 25 de abril de 1.997, ponente DE LA HOZ DE LA ESCALERA, J., A.C. 1.997, marg. 903; SAP de Cádiz de 29 de julio de 2.004, ponente SANABRIA PAREJO, A.L., A.C. 2.004, marg. 2020; SAP de Salamanca de 25 de mayo de 1.996, ponente ANAYA PÉREZ, F., A.C. 1.996, marg. 942; AAP de La Rioja de 3 de febrero de 2.003, ponente MOTA BELLO, J.F., *J.U.R.* 2.003, marg. 93395; SAP de Málaga de 16 de mayo de 2.000, ponente ANGITA CAÑADA, J., *J.U.R.* 2.000, marg. 264224

⁴³ SAP de Navarra de 19 de septiembre de 2.003, ponente COBO SÁENZ, J.F., *J.U.R.* 2.003, marg. 236287. Así lo declara, asimismo, el art. 68 de la Ley 1/1.997, de 7 de febrero, que establece las normas reguladoras de la atención integral de menores de Canarias.

constituir un acogimiento de urgencia⁴⁴, o cuando se declare factible la reinserción familiar⁴⁵, no siendo viable el acogimiento por familiares y desaconsejándose la acogida por otra familia ajena si dificulta el posterior proceso de reunificación⁴⁶.

Consideramos muy acertada, por tanto, la aprobación por unanimidad y tras más de dos años de trabajos, de la Comisión Especial de estudio del Senado sobre la problemática de **la adopción nacional y otros temas afines**, de un informe que **recomienda al Gobierno modificar la legislación** vigente en la materia para introducir, entre otras propuestas, la **supresión del acogimiento residencial** para niños menores de seis años de edad.

Así, la Cámara Baja recomienda que el acogimiento residencial se suprima en los casos de niños entre 0 y 6 años y **se considere “subsidiario” en el resto de las edades** para dar prioridad legislativamente al acogimiento familiar.

⁴⁴ El acogimiento familiar de urgencia es una figura desconocida en el ámbito jurídico estatal pero con vigencia en otras autonomías del territorio español (Aragón, Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Canarias, Cataluña, Cantabria, Extremadura, Islas Baleares, País Vasco, La Rioja, Comunidad Valenciana, Madrid y Murcia) así como en distintos ordenamientos del Derecho comparado. Se realiza por acogedores profesionales - aquellas familias que hacen del acogimiento su principal actividad profesional y perciben por ello una remuneración económica- en tanto se procede a la valoración de la situación del menor. La duración máxima es de seis meses pero se procurará que no excede de tres, plazo suficiente para evacuar el correspondiente informe.

⁴⁵ GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M., “Comentario a los arts. 5-26 de la L.D.C.G.”, en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia* por REBOLLEDO VARELA, A. L., ed. Aranzadi, Navarra, 2.008, pp. 151 y 152, parece seguir este postulado cuando afirma que el acogimiento residencial es el modo más adecuado para ejercitar la guarda a solicitud de los titulares de los deberes de protección, pues se pretende dar respuesta a situaciones provisionales que, en principio, pueden ser solucionadas en un breve plazo temporal, aunque en momentos posteriores del texto, defiende la procedencia de esta figura cuando el menor se encuentra en situación de desamparo y sea inadecuada la formalización de cualquier otra medida protectora.

El sector judicial, de forma generalizada, defiende el ingreso del menor en un centro asistencial en tanto se intenta la rehabilitación de los progenitores. Entre otras, SAP de Barcelona de 18 de abril de 2.005, ponente GARCÍA ESQUIUS, A.M., *J.U.R.* 2.005, marg. 126819; AAP de Salamanca de 11 de septiembre de 2.000, ponente GONZÁLEZ CLAVIJO, R., A.C. 2.000, marg. 1535; AAP de Sevilla de 8 de marzo de 2.001, ponente BLANCO LEIRA, M.A., A.C. 2.002, marg. 260; SAP de Barcelona de 27 de junio de 2.003, ponente NOBLEJAS NEGRILLO, M., *J.U.R.* 2.004, marg. 55144; SAP de Barcelona de 1 de abril de 2.004, ponente ANGLADA FORS, E., *J.U.R.* 2.004, marg. 154231; SAP de Las Palmas de 10 de marzo de 2.005, ponente CABA VILLAREJO, V., *J.U.R.* 2.005, marg. 108285; AAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de marzo de 2.005, ponente GONZÁLEZ DELGADO, M., *J.U.R.* 2.005, marg. 111454; SAP de Barcelona de 5 de mayo de 2.005, ponente ALAVEDRA FARRANDO, E., *J.U.R.* 2.005, marg. 170779; AAP de Islas Baleares de 29 de octubre de 2.007, ponente GELABERT FERRAGUT, J.M., *J.U.R.* 2.008, marg. 85714. Incluso se contempla la cesación de un acogimiento familiar y la acogida residencial de un menor para facilitar la reunificación familiar, *vid.*, AAP de Sevilla de 8 de marzo de 2.001, ponente BLANCO LEIRA, M.A., A.C. 2.002, marg. 260.

Por el contrario, se ha de determinar el cese del acogimiento residencial y la constitución de otra medida protectora si, transcurrido un tiempo razonable, no se observan cambios en la conducta de los padres que posibiliten el retorno a la familia de origen para evitar así la institucionalización del menor; SAP de Asturias de 19 de septiembre de 2.005, ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, E., *J.U.R.* 2005, marg. 236955; SAP de Barcelona de 12 de enero de 2.006, ponente VIÑAS MAESTRE, M.D., *J.U.R.* 2.006, marg. 84798.

⁴⁶ En este sentido, CORRAL GARCÍA, E., “El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos”, *ob. cit.*, pp. 6.729 y 6.730, recomienda instaurar un acogimiento residencial en tanto se resuelve la oposición judicial a la declaración de desamparo. En la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de julio de 2.007, ponente FERNÁNDEZ DEL VISO, M.B., *J.U.R.* 2.007, marg. 136, se acuerda la finalización de un acogimiento familiar simple y el ingreso del menor en el centro al comprobar el fracaso de aquél.

V.BIBLIOGRAFÍA

ALONSO CRESPO, E., “Adopción nacional e internacional”, ed. La Ley, Madrid, 2.004.

ARCE Y FLOREZ VALDÉS, J., “El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987”, RDP 1.987, pp. 743-784.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La Ley 54/2.007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional”, ed. Comares, Granada, 2.008.

CALZADILLA MERINA, M.A., “La adopción internacional en el Derecho español”, ed. Dykinson, Madrid, 2.004

CORRAL GARCÍA, E.,

“El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos”, RGD nº 682, 2.001, pp. 6.709-6.742.

“El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia”, Ar Civ nº 2, 2.003, pp. 1.987-2.008.

DE LA HAZA DIAZ, M.P., “Notas sobre el “affidamento” familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español”, La Ley, 1.987 nº.6, p. 1.004.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A., “El acogimiento del menor en situación de desamparo”, en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, dirigido por GARCÍA GARNICA, M.C., coordinado por MORILLAS FERNÁNDEZ, M., y QUESADA PÁEZ, A., ed. Aranzadi, Navarra, 2.008, pp. 231-246.

DIEZ GARCÍA, H.,

-“¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, RDP, nº 7, marzo-abril 2.003, pp. 166-208.

-“El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2.004.

EGEA FERNÁNDEZ, J., “Comentario al art. 173 del Código civil”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1.993, pp. 88-111.

ESPINAR VICENTE, J.M., “La protección del menor extranjero en el sistema jurídico español”, *Infancia y Sociedad*, nº 667, pp. 81-106.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., “El acogimiento familiar en España: una evaluación de resultados: Investigación realizada por el Grupo de Investigación en Familia e Infancia (GIFI) de la Universidad de Oviedo”, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2.008.

GARCIA CANTERO, G., “Notas sobre el acogimiento familiar”, AC nº 21, 1.992, pp. 305-318.

GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M., “Comentario a los arts. 5-26 de la L.D.C.G.”, en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia* por REBOLLEDO VARELA, A. L., ed. Aranzadi, Navarra, 2.008, pp. 77-174.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley* nº 1, 1.996, pp. 1.690-1.693.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido”, *DPC* nº 18, 2.004, pp. 171-342.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M., “El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios)”, ed. Montecorvo, Madrid, 2.002.

HERRÁN A.I., “La adopción internacional”, Dykinson, Madrid, 2.000.

LINACERO DE LA FUENTE, M., “Protección jurídica del menor”, ed. Montecorvo, Madrid, 2.001.

LÓPEZ SÁNCHEZ, F., LÓPEZ GÓMEZ DE CÁDIZ, B., FUERTES ZURITA, J., SÁNCHEZ REDONDO, J.M. y MERINO MUÑOZ, J., “Necesidades de la infancia y protección infantil”, ed. Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1.995.

MÉNDEZ PÉREZ, J., “La adopción”, ed. Bosch, Barcelona, 2.000.

PÉREZ ALVAREZ, M., “La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores”, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo regulados en la Ley Orgánica de Protección al Menor*, Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi, A Coruña, 1.997, pp. 23-37.

RAMOS SÁNCHEZ, J., “Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad”, *La Ley* nº 2, 1.989, pp. 996-1.012.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor”, *RGD* nº 621, pp. 6.501-6.531.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)”, *AC* nº 1, 1.988, pp. 137-160.

TRINIDAD NÚÑEZ, P., “La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia”, *La Ley* nº 3, 2.004, pp. 1.783-1.794.