

1.2. Derecho de familia

La “necesaria revisión” del sistema de protección de los menores en situación de desamparo y el retorno a su familia de origen: en especial, el acogimiento de menores migrantes no acompañados.

The “necessary review” of the protection system for minors in a situation of desert and their return to their family of origin: especially, the reception of unaccompanied migrant minors.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
(acreditada a profesor Titular).
Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis del acogimiento y la tutela *ex lege* por parte de la Entidad Pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores. Asimismo, en relación con los menores extranjeros no acompañados estudiaremos el Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo y las consecuencia del reparto de menores extranjeros no acompañado; y, con respecto al acogimiento que se regula en el Código Civil la Proposición de Ley de modificación del Código Civil presentada por el Grupo Parlamentario vox en el Congreso de los Diputado para la protección de menores tutelados en situación de desamparo. A tal fin, analizaremos, si resulta necesaria en base a la normativa actual o futura una reforma del sistema de protección de los menores en situación de riesgo y desamparo.

ABSTRACT: *This study will focus on the analysis of ex lege foster care and guardianship by the public entity entrusted with the protection of minors in the respective territory. Likewise, with regard to unaccompanied foreign minors, we will study Royal Decree-Law 2/2025, of March 18, and the consequences of the distribution*

of unaccompanied foreign minors. Regarding foster care regulated by the Civil Code, we will study the Bill to amend the Civil Code presented by the Vox Parliamentary Group in the Congress of Deputies for the protection of minors in care in situations of neglect. To this end, we will analyze whether a reform of the protection system for minors at risk and in situations of neglect is necessary based on current or future regulations.

PALABRAS CLAVE: menores de edad no emancipados, menores de edad extranjeros no acompañados, situaciones de riesgo, situaciones de desamparo, acogimiento familiar y residencial, tutela *ex lege* de la Entidad Pública.

KEYWORDS: *unemancipated minors, unaccompanied foreign minors, risk situations, situations of abandonment, family and residential care, ex lege guardianship of the Public Entity.*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ACOGIMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO. 1. CONCEPTO Y SUPUESTOS DE DESAMPARO. 2. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL. A. Acogimiento familiar. B. Acogimiento residencial. 3. GUARDA PROVISIONAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL. 4. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.—III. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO-LEY 2/2025, DE 18 DE MARZO POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES PARA LA GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA ANTE SITUACIONES DE CONTINGENCIAS MIGRATORIAS EXTRAORDINARIAS.—IV. ESTUDIO DEL REAL DECRETO 658/2025, DE 22 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN LAS MEDIDAS A ADOPTAR EN SITUACIONES DE CONTINGENCIA MIGRATORIA EXTRAORDINARIA PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA.—V. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 743/2025, DE 26 DE AGOSTO, POR EL QUE SE APRUEBA LA CAPACIDAD ORDINARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y TUTELA DE PERSONAS MENORES DE EDAD EXTRANJERAS NO ACOMPAÑADAS DE LAS COMUNIDADES Y CIUDADES AUTÓNOMAS.—VI. PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES TUTELADOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La protección del “interés superior del menor” se configura como un importante principio rector de la actuación de los poderes públicos. Así lo reconocen los distintos Tratados Internacionales en la materia —aplicables en nuestro país en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española—, siendo destacable la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 3.1 establece el siguiente mandato: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Tal obligación se concreta también en nuestra Carta magna. En efecto, el artículo 39.4 de la Constitución Española recuerda que: “Los niños gozarán de la

protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”; previsión que, se recuerda, dada su ubicación constitucional en el capítulo III del título I, termina por erigirse en un genuino mandato, habiendo tal principio de informar “la legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos” (ex artículo 53.3 de la Constitución Española).

Todo ello tiene su plasmación normativa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM) cuyo artículo 2 dispone que “en aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Este principio se ha concretado también en ulteriores normas en la materia, siendo destacable la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia. Por su parte, la regulación de los artículos 172, 172 bis y 172 ter del Código Civil, permite que la declaración de desamparo y la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente de cada región se realicen mediante resolución administrativa y el acogimiento residencial o familiar.

En este contexto, en los últimos años se ha producido una intensificación de la inmigración procedente del continente africano a la Unión Europea, con especial afectación a las fronteras del sur de la Unión Europea y, por consiguiente, a las españolas.

Dentro de nuestras fronteras, y en lo relativo al desigual impacto del fenómeno migratorio, merece una especial referencia la situación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. En los últimos ocho años, su número ha crecido en España en un 221,4 por ciento.

En los últimos años se ha producido una intensificación de la inmigración procedente del continente africano a la Unión Europea, con especial afectación a las fronteras del sur de la Unión Europea y, por consiguiente, a las españolas.

Dentro de nuestras fronteras, y en lo relativo al desigual impacto del fenómeno migratorio, merece una especial referencia la situación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. En los últimos ocho años, su número ha crecido en España en un 221,4 por ciento.

En relación con las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, se han venido adoptando sucesivos Acuerdos en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, de forma que, en 2022, 2023 y 2024 se ha acordado y producido efectivamente el traslado de un total de 574 personas menores de edad extranjeras no acompañadas procedentes de Canarias y Ceuta. En el seno de la Unión Europea, se ha adoptado un nuevo Pacto sobre Migración y Asilo en el que destacan las medidas para mejorar la ubicación de los grupos más vulnerables entre los diversos Estados de la Unión Europea, estableciendo mecanismos obligatorios de ayuda recíproca entre ellos, así como ciertas obligaciones de acogida y ubicación.

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024 “a fecha de 31 de diciembre 2023, figuraban inscritos un total de 12.878 menores no acompañados bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección, frente a los 11.417 del año 2022, de los cuales 10.570 son niños y 2.308 niñas (...). Durante el año 2023 se han incoado un total de 7.422 Diligencias preprocesales de Determinación de la Edad, lo cual supone un importante incremento respecto a las 4.805 tramitadas durante el 2022 (artículo 35 de la LOex). De ellas, 2.436 han resultado ser mayores,

3.231 eran menores o existían posibilidades de que lo fueran y 1.755 han concluido sin determinación de la edad por abandono de los centros antes de poder practicarse diligencias”.

Asimismo, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 5 de septiembre de 2025 indica que “mediante Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 27 de septiembre de 2024 se acordó asignar a la Unidad de Menores de la Fiscalía General del Estado las funciones relativas a la coordinación de las actuaciones tendentes a la determinación de la edad de las personas extranjeras indocumentadas y no acompañadas, que hasta entonces había correspondido a la Unidad de Trata de Personas y Extranjería.

Por otro lado, hay que destacar el esfuerzo que, por parte de todas las fiscalías en general y las de Canarias en particular, se ha realizado para acometer el incremento de trabajo que ha supuesto el aumento exponencial de los expedientes de determinación de edad, derivados de la intensificación de entradas de migrantes por la costa, muchos de ellos de mayoría de edad dudosa, situación que comenzó en 2023 y aún continua.

En el año 2024 se mantiene la tendencia al alza de llegada de menores extranjeros no acompañados a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles, pasando de 2.375 que llegaron durante el año 2022, 4.865 menores en 2023 y 5.922 en el año 2024. Mayoritariamente son de sexo masculino (5.291), aunque la llegada de niñas se ha triplicado pasando de 238 detectadas en 2023 a 631 en 2024.

Este año, a diferencia del 2023 en el que la nacionalidad predominante de estos menores era Senegal, el mayor número procede de Marruecos (1.834), seguido de Mali (1.190), Argelia (1.006) y Senegal en cuarto lugar con 687 menores. Respecto a las llegadas por vía terrestre a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, la primera ha recibido en su territorio a 2.768 menores irregulares, habiendo recibido Melilla 147.

Se ha duplicado la realización de pruebas de ADN por parte del Cuerpo Nacional de Policía, con el objetivo de establecer el vínculo de filiación de menores acompañados de adultos que manifestaban ser los progenitores sin pruebas fehacientes de ello, ascendiendo de 577 en 2023 a un total de 1.028 pruebas en 2024.

En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2024, figuraban inscritos un total de 16.041 (2.603 niñas/13.438 niños) cifra que supera con creces los datos de 2023 con 12.878 menores no acompañados bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección y frente a los 11.417 del año 2022. La mayoría de los menores inscritos en este Registro en el año 2024 al igual que en 2023 proceden de Marruecos (4.393), seguidos por Senegal (2.379), Mali (1.794) Ucrania (1.688), Argelia (1.449) y Gambia (1.471)”.

Pese a estas cifras, se señala en esta Memoria “que, de conformidad con la legislación nacional e internacional vigente, sólo se han repatriado 8 menores (4 de Colombia, 3 de Rumanía y 1 de Francia)”.

Ahora bien, en el año 2007 nuestro país y el Reino de Marruecos firmaron un Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007. En dicho acuerdo se prevé, tal y como recoge su artículo primero que “las Partes Contratantes cooperarán para: 1. Establecer un marco de trabajo conjunto en materia de preven-

ción de la emigración ilegal de menores de edad no acompañados y de protección y de retorno de dichos menores. 2. Consolidar un diálogo permanente y facilitar el intercambio de datos e información con vistas a tratar de manera eficiente la prevención de la emigración de los menores de edad no acompañados, su protección y su retorno”. De tal modo, se establece como favorable garantizar, como así dictamina el artículo dos “el retorno asistido de los menores al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social”. Por lo tanto, la tutela indefinida de estos menores por parte de las autoridades españolas y su ingreso en Centros de Acogimiento Residencial de Menores no debe mantenerse como único recurso. Se ha de procurar el retorno de los menores con sus familias.

En relación con este acuerdo se ha pronunciado el Tribunal Supremo al señalar que la devolución de menores desde Ceuta a Marruecos en agosto de 2021 fue ilegal al no seguir el procedimiento previsto en la Ley de Extranjería. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª, de 22 de enero de 2024¹ ha confirmado que la devolución de menores marroquíes desde Ceuta a Marruecos llevada a cabo por las autoridades españolas en agosto de 2021 fue ilegal por la “absoluta inobservancia” de las prescripciones de la Ley de Extranjería, que exigen un procedimiento administrativo individual, información sobre la situación de cada afectado, audiencia del mismo si tiene madurez e intervención del Ministerio Fiscal.

Asimismo, la Sala, de acuerdo con la Fiscalía, confirma que se vulneraron los derechos a la integridad física y moral de los menores devueltos a Marruecos, ya que ello sucede cuando se pone a una persona en serio peligro de sufrir un padecimiento corporal o psíquico, lo que no puede negarse que ocurriera en este caso, según el tribunal, cuando la Administración no hizo ponderación alguna del interés de los menores ni mucho menos una comprobación de sus circunstancias individuales.

El Alto Tribunal rechaza los recursos de la Abogacía del Estado y de la Ciudad Autónoma de Ceuta contra las sentencias de un Juzgado de Ceuta y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estimaron las razones de la Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Jóvenes y Menores —que actuó en su nombre y en el de ocho menores marroquíes— y establecieron que España incurrió en una vía de hecho al no seguir los procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de Extranjería en el retorno de los menores.

Al respecto, comienza destacando que comprende perfectamente la gravedad de lo acaecido los días 17 y 18 de mayo de 2021 en Ceuta, cuando se produjo la entrada masiva e ilegal de unas 12.000 personas, de ellas unos 1.500 menores, y que ello supuso un extraordinario reto tanto para el Estado como para dicha comunidad autónoma.

Sin embargo, señala que el debate del pleito versa sobre si el Acuerdo entre España y Marruecos de 6 de marzo de 2007 era suficiente por sí solo para fundamentar la decisión de retorno de los menores a Marruecos o si, por el contrario, era preceptivo además seguir los trámites establecidos en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 y en los artículos 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011 (procedimiento administrativo individualizado, información sobre la situación del afectado, audiencia del mismo si tiene madurez e intervención del Ministerio Fiscal).

Para el Tribunal Supremo el citado Acuerdo de 2007 no constituye por sí solo fundamento normativo suficiente para decidir el retorno de los menores, básicamente porque no contempla ningún trámite ni requisito procedimental, por lo que,

como en cualquier otra actuación administrativa, “máxime si puede afectar a los derechos fundamentales de las personas, las autoridades españolas deben encauzar su actuación a través del correspondiente procedimiento administrativo, como garantía de la legalidad y el acierto de su decisión y como salvaguardia de los intereses de los afectados”. En este caso, el regulado en la Ley y el Reglamento de Extranjería.

Además, la sentencia considera que la invocación de circunstancias excepcionales por parte de los recurrentes concurrentes en este caso “resulta abstracta, pues no explica la absoluta pasividad de la Administración: lo que en un primer momento podría resultar comprensible dista de serlo cuando la situación se prolonga en el tiempo. De aquí que no quepa justificar una interpretación laxa de la legalidad, ni menos aún una dispensa de su cumplimiento, invocando circunstancias excepcionales”.

El Alto Tribunal añade que el argumento de la absoluta inobservancia de trámites procedimentales se ve reforzado por otra consideración, que es lo establecido en el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “que establece de manera lapidaria que “quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso-administrativo resalta que esa norma convencional ha sido ratificada por España y forma parte del ordenamiento jurídico español, por lo que la decisión acordando el retorno de un número elevado de menores no acompañados sin haber seguido ningún procedimiento constituyó una expulsión colectiva de extranjeros; “algo que es ilegal con arreglo al citado artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

Por último, los magistrados contestan a la alegación tanto del Abogado del Estado como del Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta sobre que Marruecos no solo no formuló protesta alguna sobre el modo en que se llevó a cabo el retorno de los menores, sino que al parecer envió un mensaje electrónico a las autoridades españolas diciendo genéricamente que todos estaban bien y de vuelta con sus familias.

En fin, la mencionada Sala de lo Contencioso-administrativo considera que se trata de un dato irrelevante, ya que “la conformidad de Marruecos únicamente significa, en el plano puramente jurídico, que no considera que España haya infringido el Acuerdo de 3 de marzo de 2007”, “pero no significa que la Administración haya actuado con observancia estricta de la legalidad española. Y, concluye señalado que “la aquiescencia de otro país no dispensa a las autoridades españolas de actuar con sujeción plena a la Constitución y a las leyes”; y “va en ello la respetabilidad de España como Estado de derecho”².

Pues bien, en este contexto, conviene recordar que el Estado ostenta competencias en materia de “Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” (*ex* artículo 149.1.2ª de la Constitución Española), lo que implica su debido ejercicio tomando las decisiones y medidas más favorables para con las personas menores de edad. Y es que la obligación de que la política migratoria respete la integración social de los migrantes y sus derechos según el artículo 2 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx). Y, en relación con los menores es preciso mencionar lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM) establece que las personas menores de edad extranjeras que se encuentren en España tienen derecho a la

educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que las personas menores de edad españolas.

Por otra parte, las diecisiete comunidades autónomas, así como las Ciudades de Ceuta y Melilla tienen las competencias exclusivas en materia de infancia y de servicios sociales, bien al amparo de su competencia en materia de asistencia social (en la denominación contenida en el artículo 148.1.20ª de la Constitución Española), bien bajo sus competencias en materia de protección de personas menores de edad.

Precisamente, con respecto a la doctrina constitucional relativa a las competencias en conflicto, el Tribunal Constitucional en sentencia 31/2010, de 28 de junio FJ 83º se ocupó por primera vez de la relación entre ambos títulos competenciales donde manifestó que “la evolución del fenómeno inmigratorio en España impide configurar la competencia estatal *ex* artículo 149.1.2 de la Constitución Española como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las comunidades autónomas de carácter sectorial, pues algunos de ellos, en especial los relativos a “determinados servicios sociales” y a “las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.)” tienen incidencia evidente en la población extranjera”; y reiteramos que “la entrada y residencia de extranjeros en España se “inscribe en el ámbito de la inmigración y extranjería”, mientras que el fomento de la integración de los inmigrantes para facilitar su inclusión social, prevenir situaciones de riesgo y promover la convivencia se inscribe en el ámbito de la “asistencia social” en cuanto “mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas” (sentencia del Tribunal Constitucional 227/2012, de 29 de noviembre, FJ 4º; 26/2013, de 31 de enero, FJ 5º; 154/2013, de 10 de septiembre)” (sentencia del Tribunal Constitucional 87/2017, de 4 de julio, FJ 3º).

Por su parte, en la citada sentencia 87/2017, FJ 4º ahondó en la sistematización del contenido de la competencia estatal sobre extranjería *ex* artículo 149.1.2 de la Constitución Española se indicó que dicha competencia comprendería el establecimiento por el Estado del “estatuto del extranjero”, delimitado fundamentalmente dos aspectos: (i) “la determinación (...) de los derechos que, correspondiendo, en principio, a los españoles, deben ser extendidos a los ciudadanos de otras nacionalidades radicados en nuestro país”; y (ii) “la capacidad del Estado de determinar aquellos derechos que corresponden a los extranjeros en su condición de tales”. Asimismo, en su Fundamento Jurídico 3º, reiteró “la competencia de “primera acogida” no es (...) otra cosa que la denominación que adopta la competencia exclusiva sectorial de la [comunidad autónoma] en materia de asistencia social cuando incide sobre las primeras necesidades de integración social de la población extranjera”. Esta materia —“asistencia social”— aludida en el artículo 148.1.20 de la Constitución Española “aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social” (sentencia del Tribunal Constitucional 36/2022, de 10 de marzo, FJ 4º). En la sentencia del Tribunal Constitucional 36/2021, de 18 de febrero, FJ 4º se relacionó también la “protección de menores” con la competencia en materia de “asistencia” y “servicios sociales”.

En fin, la doctrina del Tribunal Constitucional es clara respecto a la irrenunciabilidad e indisponibilidad de las competencias (entre otras, las sentencias 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 1º; 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2º; 168/2009, de 9 de julio, FJ 3º; 1/2012, de 13 de enero, FJ 13º; 36/2021, de 18 de

febrero, FJ 3º; y 157/2021, de 16 de septiembre, FJ 3º), cuya distribución entre el Estado y las comunidades autónomas responde a la forma de organización territorial del Estado configurada por la Constitución (sentencia del Tribunal Constitucional 26/1982, de 24 de mayo, FJ 1º).

Es, por ello que, las relaciones del Estado con las comunidades autónomas se sustentan en la fijación de esferas de competencia indisponibles e irrenunciables por imperativo constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22º).

En cuanto al régimen jurídico aplicable a los menores extranjeros no acompañados, en la sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5º, cuya doctrina fue seguida poco tiempo después por la sentencia 40/2023, de 8 de mayo, FJ 3º, se puso de relieve por el Tribunal de Garantía la situación de “especial vulnerabilidad en que se encuentran los menores extranjeros no acompañados”, “la importancia de la protección de sus derechos” y la aplicación del “principio de presunción de minoría de edad” como “un elemento inherente a la protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad”, con cita de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2022, asunto *Darboe y Camara c. Italia* (§ 153).

A los menores extranjeros no acompañados les es de aplicación, por tanto, el estatuto de protección de las personas menores de edad, y así lo confirma la LOPJM.

Esta Ley, que define su ámbito de aplicación estableciendo que lo será “a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español” (artículo 1), contiene disposiciones específicas referidas a los menores extranjeros no acompañados; en particular, su artículo 10.3 que establece que “los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las administraciones públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados (...) garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley”; añadiendo el apartado 4 que “cuando la entidad pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha entidad pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”; disposiciones estas que deben entenderse con la prevención establecida en la disposición final vigésima segunda de que “las entidades públicas mencionadas en esta ley son las designadas por las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización”.

Asimismo, la LOPJM enuncia en su artículo 12 las distintas actuaciones de protección a adoptar por los poderes públicos, con referencia al ejercicio de la guarda en situaciones de riesgo, y la asunción de la tutela por ministerio de la ley en los casos de declaración de desamparo. Sin embargo, la protección del menor no se agota con el despliegue de las referidas instituciones, sino que la integralidad que inspira la función tuitiva del menor exige que la respuesta protectora se materialice desde los primeros momentos en que se localice a un menor o a quien, razonablemente, pudiera serlo.

Ello explica que, junto con los institutos típicos de protección del menor, la LOPJM regule en su artículo 14 la denominada “atención inmediata” que tendrán obligación de prestar las autoridades y servicios públicos, actuando en tal sentido si corresponde a su ámbito de competencias, o dando traslado, en otro caso, al órgano competente y poniendo los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario de la entidad pública y del Ministerio Fiscal; previendo, igualmente, el artículo 14.2 de la LOPJM en cumplimiento de la obligación de prestar tal atención inmediata, la posible asunción de la guarda provisional del menor, *ex* artículo 172.4 del Código Civil, con comunicación al Ministerio Fiscal, y práctica simultánea de las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Lo anterior se complementa con la previsión referida a los casos de urgencia que exigirán la atención inmediata de los servicios sociales (artículo 14 *bis* de la LOPJM) y con lo dispuesto en el artículo 18.4 de la mencionada LOPJM, que establece que, en caso de traslado permanente de residencia de una persona menor de edad sujeta a una medida de protección desde la comunidad o ciudad autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a esta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado.

En este contexto, el artículo 172.1 del Código Civil señala que cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores de edad constata que una persona menor de edad se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela de la misma y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. En esta línea, el artículo 18.1 de la LOPJM establece que cuando la Entidad Pública constata que la persona menor de edad se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del citado Código Civil, asumiendo la tutela de aquella por ministerio de la ley.

La legislación de extranjería no resulta tampoco desconocedora de dicha circunstancia, y en tal sentido el artículo 35 LOEx, bajo la rúbrica “Menores no acompañados”, dispone en su apartado tercero que “en los supuestos en que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”; estableciendo, por su parte el apartado cuarto que “determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la comunidad autónoma en la que se halle”.

De lo anterior se deriva, por tanto, con relativa claridad, que la recepción y acogimiento inicial de un extranjero menor de edad, o que pudiera, razonablemente, serlo, es competencia de la comunidad autónoma que tenga asumidas estatutariamente competencias en materia de protección de menores.

Ahora bien, conviene precisar que, el menor extranjero no acompañado es, ante todo, un menor, y como tal debe ser tratado. Esto comprende no solo aquellos

supuestos en que, de forma indubitada, se esté ante un menor de edad, sino también aquellos otros en que exista una duda razonable de que pudiera serlo. Ante la incertidumbre, se impone también la minoría de edad. No es preciso, por tanto, razonar en demasía por qué, la presencia de un extranjero menor de edad que es localizado sin apoyo familiar constituye el presupuesto para el desenvolvimiento de las competencias encaminadas a su protección. Asimismo, hemos de precisar que, las personas menores de edad extranjeras no acompañadas gozan en España de los derechos que para las personas menores de edad establecen la legislación española, la Unión Europea, y los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España. Y las distintas Administraciones Públicas implicadas deben velar, en definitiva y en todo momento, por el interés superior del menor, como principio rector que ha de servir de guía a toda política pública en la materia.

En la citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Darboe y Camara c. Italia*, el Tribunal de Estrasburgo declara la importancia de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de un menor como factor decisivo que debe prevalecer sobre las consideraciones relativas a su condición de inmigrante y a su situación irregular (§ 173, con cita también de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de octubre de 2006, asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, § 55). Así lo impone, por lo demás, recordémosla necesaria observancia del mandato dirigido a los poderes públicos en el artículo 39 de la Constitución española (“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”) y los numerosos pronunciamientos de este tribunal que han subrayado que “el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5º; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3º; y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4º)³.

Sobre tales bases, ha destacado la sentencia del Tribunal Constitucional 109/2011, de 22 de junio, en su FJ 5º que “el adecuado funcionamiento del Estado autonómico se sustenta en los principios de cooperación y coordinación entre el Estado y las comunidades y ciudades autónomas y de estas entre sí, además de en el establecimiento de un sistema de relaciones presididas por la lealtad constitucional, principios todos ellos que deben hacerse efectivos al margen, incluso, del régimen de distribución competencial”.

A tal fin, el artículo 2 ter de la LOEx señala que: “La Administración General del Estado cooperará con las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la consecución de las finalidades descritas en el presente artículo, en el marco de un plan estratégico plurianual que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados. En todo caso, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán y coordinarán sus acciones en este ámbito tomando como referencia sus respectivos planes de integración”.

Ciertamente, tal colaboración ha tenido lugar en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia se erige como un órgano fundamental en la materia y ha adoptado ya acuerdos en esta materia en régimen de cooperación. Ahora bien, la actual situación migratoria y la necesaria prevalencia del interés superior del menor, han hecho que se adopten medidas adicionales por parte del Estado en ejercicio de las competencias anteriormente expuestas en la materia. De ahí, la adopción del Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias⁴, convalidado en el Congreso de los Diputados en la sesión de 10 de abril de 2025.

Asimismo, el Grupo Parlamentario Vox ha presentado una Proposición de Ley de modificación del Código Civil, para la protección de los menores tutelados en situación de desamparo presentado el 24 de junio de 2025, calificado el 8 de julio de 2025.

En todo caso, la inmigración es un fenómeno de evidente naturaleza supraautonómica que trasciende el círculo de sus intereses propios (artículo 137 de la Constitución Española) y sobrepasa notoriamente su capacidad de gestión autónoma. Junto con el derecho a la “autonomía” de las nacionalidades y regiones españolas, el artículo 2 de la Constitución Española alude a la necesaria “solidaridad entre todas ellas”. Además, este tribunal ha reiterado que “el Estado y las comunidades autónomas están recíprocamente sometidos a un deber general de colaboración que no es preciso justificar en preceptos concretos, porque es de esencia al modelo de organización territorial implantado por la Constitución” (sentencias del Tribunal Constitucional 80/1985, de 4 de julio, FJ 2º; 96/1986, de 10 de julio, FJ 3º; 118/1996, de 27 de junio, FJ 66º; y, 148/2000, de 1 de junio, FJ 13º). Dicho en otros términos, “el adecuado funcionamiento del Estado autonómico se sustenta en los principios de cooperación y coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas y de estas entre sí, además de en el establecimiento de un sistema de relaciones presididas por la lealtad constitucional, principios todos ellos que deben hacerse efectivos al margen, incluso, del régimen de distribución competencial” (sentencias del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 23º, con cita de las sentencias 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14º; 152/1988, de 20 de julio, FJ 6º; y 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9º, entre otras).

De nuevo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5ª, de 6 de junio de 2025⁵ ordenando al Gobierno la urgente adopción de medidas en relación con los menores no acompañados radicados en Canarias —más de un millar— y que están interesados en solicitar asilo. En caso de incumplimiento de lo ordenado advierte sobre la imposición de medidas coercitivas a quienes sean responsables de la adopción de las medidas.

La Sala, tras la vista celebrada el día 29 de mayo, constata el “claro incumplimiento” de la medida cautelar acordada el 25 de marzo pasado al no haberse evaluado a ningún menor en los dos meses transcurridos, ni elaborado una relación completa y precisa de los mismos, con desconocimiento de los derechos que la legislación relativa a la protección internacional reconoce a los solicitantes de asilo, muy especialmente a los que se encuentran en situación de “vulnerabilidad y necesidad”.

Los magistrados insisten en que, “hasta el momento, en claro incumplimiento de la medida cautelar acordada —son ya dos los requerimientos incumplidos—, la Administración estatal ni se ha implicado eficazmente en garantizar el acceso

de estos menores a las condiciones de acogida que resultan de su competencia, ni ha adoptado medidas eficaces para corregir la masificación en la tramitación de solicitudes, circunstancia que se erige en presupuesto de la anterior”.

En la propia sentencia, para evitar dudas al respecto, se relaciona el conjunto de derechos que debe ser garantizado a estos menores y que son competencia exclusiva del Estado. Tales derechos, que no sólo son los de contenido material o asistencial, atendidos en este momento por la Comunidad Autónoma Canaria, continúan sin ser efectivamente reconocidos a estos menores por parte de la Administración del Estado o no lo están siendo en su extensión debida, a pesar de tratarse de personas en evidente situación de vulnerabilidad y necesidad.

Tras estas consideraciones, en la resolución se acuerda:

1. Que, en el plazo improrrogable de 30 días, se dote a las oficinas administrativas encargadas de la tramitación de estas solicitudes de protección internacional de los medios personales y materiales necesarios para que sean formalizadas, tramitadas y resueltas en un plazo razonable, sin que pueda transcurrir más de 6 días entre la manifestación de la voluntad de solicitar la protección internacional y la formalización de la solicitud.

2. Que en el plazo improrrogable de 15 días se articule en la forma que resulte más eficaz la colaboración con la Comunidad Autónoma de Canarias mediante la puesta a disposición de la misma de los medios y recursos materiales, personales y económicos necesarios para garantizar el acceso de estos menores al completo sistema material de acogida que deriva de su estatuto de solicitantes de protección internacional, con precisión del calendario de reuniones.

3. Identificación de los responsables del cumplimiento de las medidas acordadas en cada uno de los Ministerios afectados, presumiéndose, en otro caso, que serán quienes sean titulares del correspondiente Departamento Ministerial.

4. De todo ello deberá darse cuenta detallada a la Sala cada 15 días hasta su completo cumplimiento con advertencia de que se adoptarán las medidas coercitivas previstas en la ley (artículo 112 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa —LJCA—) en caso de no ser atendido este requerimiento.

En todo caso, el marco jurídico español, presidido por la Constitución española, no sólo da cabida al fenómeno migratorio, sino que cuenta con un espacio y una normativa propia, que han tenido que ir adaptándose a los cambios y nuevas tendencias experimentadas en el tiempo. Asimismo, España forma parte de la Unión Europea y de su Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; y participa tanto en el diseño de las políticas de migración y asilo junto con las instituciones europeas como en la elaboración de normativa de la Unión Europea. Precisamente, se ha de destacar que, dentro de ese marco europeo la situación geográfica y estratégica de España es un elemento capital que debe tenerse en cuenta a la hora de diseñar una política migratoria estable, planificada y capaz de responder a los desafíos migratorios a medio y a largo plazo. Una política migratoria integral, en consonancia también con los instrumentos internacionales de los que forma parte como el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, que fue formalmente aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución de 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195).

Pues bien, el presente estudio se va a centrar en si resulta necesario “reformular” o simplemente “reforzar” la regulación existente en materia de acogimiento y adopción y en qué forma se puede lograr el mejor interés de los menores extranjeros no acompañados en los que representa su acogimiento en territorio español. Trataremos primero la regulación actual de acogimiento ante situaciones de riesgo o desamparo y la exigencia o no de una “necesaria revisión o readaptabilidad” y del posible retorno o en su caso la reagrupación familiar del menor de edad no emancipado, no sólo por la situación actual de crisis económica que afecta a los sectores más vulnerables, sino también por la concurrencia de una realidad creciente como la llegada de menores extranjeros no acompañados, para luego analizar cómo se está intentando resolver esta situación que desborda las previsiones migratorias y satura los centros de acogida de menores, analizando para ello las últimas normativas aprobadas al respecto el citado Real Decreto-Ley 2/2025; del Real Decreto-Ley 658/2025, de 22 de julio, por el que se regulan las medidas a adoptar en situaciones de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada⁶; y, del Real Decreto-Ley 743/2025, de 26 de agosto, por el que se aprueba la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas de las comunidades y ciudades autónomas⁷; y, la citada Proposición de Ley.

II. EL ACOGIMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.

1. CONCEPTO Y SUPUESTOS DE DESAMPARO.

Nos parece oportuno antes de analizar el acogimiento residencial y familiar por la Entidad Pública, referirnos al concepto de desamparo y a las actuaciones en situación de desamparo. El desamparo es “el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de menores y la administración encargado de proteger a los menores tiene la obligación de actuar en el momento que detecte un desamparo”⁸. A tal fin, si el menor se encuentra en situación de desamparo, la Entidad Pública actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material⁹. La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo¹⁰. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Ahora bien, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

Por otra parte, se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que,

valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: 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 ejercerla¹¹; 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 menor¹². En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas¹³; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal¹⁴; 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 guardadores¹⁵. 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 mismo¹⁶; 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 mental¹⁷; f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad¹⁸; 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 obligatoria¹⁹; y, 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 convivencia²⁰. En todo caso, la situación de desamparo no requiere la culpabilidad de los progenitores, sino una situación objetiva de desamparo; asimismo, la situación de desamparo sea o no voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente²¹. De todas formas, como señala PÉREZ ÁLVAREZ citando las palabras del autor DE PABLO CONTRERAS “la “necesaria asistencia moral o material”, exigible como resultado para apreciar

el desamparo, constituye un concepto jurídico indeterminado —equivalente a “asistencia de todo orden” que deben prestar los padres a sus hijos según el artículo 39.3 de la Constitución española—, que remite a un cierto estándar de trato de los menores que asocialmente se considera adecuado y aun imprescindible para su desarrollo personal”²².

Ahora bien, la declaración de desamparo opera como actuación subsidiaria respecto de las situaciones de riesgo; de forma que, aquella solo se adopta cuando resultan insuficientes las medidas preventivas en la protección de los menores. Se instaura por ello un sistema de prevención como pauta primordial en la materia (artículo 11.2 d) de la LOPJM)²³. Ciertamente, las situaciones de riesgo suponen una situación de perjuicio para el menor derivada de cualquier circunstancia personal, social o familiar en que se encuentre, que, no revisten la entidad suficiente —no son de especial gravedad— para la declaración de desamparo, y, además, no resulta necesario la separación del menor de su entorno familiar, pues, pueden ser subsanadas, manteniéndolo en el mismo, al poder la Administración Pública actuar directamente en tal entorno familiar²⁴. El artículo 17.1 de la LOPJM considera como tales “aquellas en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o 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”²⁵.

En este contexto, corresponde a la administración competente valorar la situación de riesgo iniciando el correspondiente expediente, que, conlleva, en un primer momento, la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar.

Por otra parte, se otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido²⁶; por lo que, al *nasciturus* se le incluye en tales situaciones. En todo caso, salvo situaciones de especial gravedad, la declaración de desamparo tiene siempre como antecedente necesario una previa resolución administrativa en que se declare la situación de riesgo y, por ende, la adopción por parte de la Administración competente de las medidas para resolverla. Asimismo, se ha de partir de la premisa que, en toda acción administrativa resulta esencial procurar el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen (artículo 11.2 apartado 2 de la LOPJM).

Sobre tales bases, una vez decretada la situación de desamparo, la Entidad Pública asumirá automáticamente la tutela *ex lege* de los menores sin intervención judicial; si bien, con carácter provisional, procurando siempre la reinserción del menor en la familiar de origen, en aras del mantenimiento de la unidad familiar y siempre atendiendo al interés del menor (artículo 172.1 del Código Civil)²⁷. De todas formas, debe concurrir la adecuada proporcionalidad entre la situación de riesgo detectada por la Administración y la medida de protección acordada, con-

sistente en la declaración de desamparo. Tal proporcionalidad debe someterse al control jurisdiccional²⁸. En todo caso, se trata de una medida adoptada en interés del menor²⁹, dirigida, de ser posible, a la reintegración de la potestad a los progenitores³⁰; y, que el menor sea oído³¹. Si bien, se puede acompañar de un régimen de visitas de la menor con sus padres³². No obstante, éstos se pueden oponer a la resolución, como veremos, que decreta la situación de desamparo³³. Ciertamente, la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria³⁴.

Por su parte, la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela³⁵. De todas formas, se consideran válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.

Ahora bien, hay que diferenciar la situación de desamparo prevista en el citado artículo 172 del Código Civil, de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (artículo 172 bis del citado cuerpo legal) y de las medidas de la intervención en ambos supuestos (artículo 172 ter del dicho cuerpo legal) mediante el acogimiento residencial y familiar y la adopción³⁶.

En este contexto, en principio, no hay situación de riesgo y desamparo cuando existe una guarda de hecho del menor. No obstante, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. De todas formas cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores³⁷. Igualmente, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

En todo caso, puede proceder la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172³⁸. Si bien, en los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

Sobre tales bases, serán aplicables a la guarda de hecho del menor, con carácter supletorio, las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad (artículos 237 y 238 del Código Civil).

Ahora bien, los progenitores se pueden oponer a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor, en concreto, a la resolución administrativa que declara el desamparo en el plazo de dos años (artículo 172.2 apartado 2 del Código Civil)³⁹; transcurrido dicho plazo de dos años desde la declaración de desamparo, los progenitores (o el tutor) solo podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo (artículo 172.2.III del Código Civil), y únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la entidad pública (artículo 172.2.IV del Código Civil)⁴⁰.

Este plazo de dos años no impide que, antes que se cumpla, la entidad pública asuma incluso como medida la propuesta de adopción del menor declarado en

situación de desamparo; ello, siempre que exista una imposibilidad de retorno con su familia de origen (artículo 172.2 *in fine* del Código Civil).

Pues bien, se ha planteado, atendiendo al citado artículo 172.2 del Código Civil y al artículo 780 de la LEC, si transcurridos dos años desde la declaración de desamparo toda demanda referida a una resolución administrativa en materia de protección de menores estaría caducada o si las personas legitimadas según el citado artículo 780 de la LEC siempre podrían impugnar la resolución administrativa dentro del plazo de dos meses desde la notificación de la resolución que establece el mismo precepto. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el plazo de oposición judicial en las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores en la sentencia de la Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024⁴¹ tras indicar que, la interpretación que deduce del artículo 172 del Código Civil que transcurridos dos años desde la declaración de desamparo solo puede recurrir ante los tribunales civiles el Ministerio Fiscal, a pesar de que el artículo 780 de la LEC, al diseñar los procedimientos judiciales de oposición contra las resoluciones administrativas en el plazo de dos meses desde su notificación, reconoce una amplia legitimación, no es respetuosa con las garantías exigibles para la tutela de los intereses en conflicto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los procedimientos de oposición a las medidas de protección de menores; fija como doctrina: “A estos efectos no puede prescindirse del marco de la regulación de la norma, referida a las solicitudes de los progenitores dirigidas a la entidad pública para que revoque la declaración de desamparo por cambio de circunstancias. La limitación temporal debe entenderse por tanto circunscrita a las solicitudes que se dirijan a la propia entidad pública, y no alcanza a la pretensión de una actuación revisora de los tribunales, con la carga procesal que ello conlleva. Por otra parte, no hay que olvidar que el procedimiento judicial instaurado en el artículo 780 de la LEC expresamente rechaza que sea necesaria una reclamación administrativa previa para impetrar la tutela judicial. Por lo que interesa a efectos de este recurso, en el que se impugna ante los tribunales civiles una resolución administrativa en materia de protección de menores, debe estarse a la regulación contenida en el citado artículo 780 de la LEC, conforme al cual la oposición puede formularse en el plazo de dos meses desde su notificación. Por ello, compartimos el criterio del Ministerio Fiscal en el sentido de que cabe una interpretación sistemática del artículo 172 del Código Civil y 780 de la LEC que, sin violentar el precepto y por ende el principio de seguridad jurídica, es más respetuosa con la naturaleza de los intereses en juego, y en especial con el interés superior del menor; considerando que el artículo 172.2 del Código Civil y el plazo de dos años que en el mismo se establece se refiere a las peticiones dirigidas a la entidad pública para que revoque la decisión de desamparo para recuperar la patria potestad suspendida, pero ello no impide que, cumpliendo el plazo previsto en el párrafo primero del artículo 780.1 de la LEC, las personas legitimadas precisadas en el párrafo segundo del mismo artículo puedan impugnar las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores”.

En aplicación del citado artículo 780 de la LEC, la resolución administrativa que aprecie la situación de desamparo y declare la tutela *ex lege* de la administración autonómica será recurrible ante la jurisdicción civil. Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del

Código Civil, el Tribunal del domicilio del adoptante (artículo 779.2 de la LEC). De todas formas, los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente y deberán realizarse en el plazo de tres meses desde la fecha en que se hubieren iniciado. No obstante, la acumulación de procedimientos no suspenderá el plazo máximo (artículo 779.1 de la LEC).

Además de la oposición, los progenitores o tutores que, a pesar de la suspensión, sigan ostentando la patria potestad o la tutela *“podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela”* (artículo 172.2 del Código Civil).

Sobre tales bases, los progenitores o los tutores podrán: o bien oponerse a las resoluciones administrativas; o bien, justificando un cambio de las circunstancias que motivaron la situación de desamparo, solicitar el cese de la suspensión de la patria potestad o la tutela y la revocación de la declaración de desamparo con el consiguiente retorno a la familia de origen, de prosperar tal solicitud. En todo caso, sin ánimo de ser reiterativos, tanto la solicitud de revocación como la oposición a la declaración de desamparo tienen lugar en el plazo general de dos años contados desde la notificación de la declaración de desamparo (artículo 172.2 del Código Civil).

Ahora bien, hemos de referirnos a la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2025⁴² en relación con la resolución administrativa que denegó la solicitud de visitas formulada por la madre de los menores declarados en desamparo. Así manifiesta la citada resolución que “la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, debe ser revisada (al menos cada seis meses, artículo 172 ter.2 del Código Civil). La obligación de revisión comporta que la situación de los menores no queda congelada, sin que el criterio de la entidad pública de no modificar las medidas pueda quedar excluido de un control judicial. Descartar la posibilidad de una revisión judicial de las denegaciones de visitas por parte de la entidad pública con apoyo exclusivo en el transcurso del plazo de dos años equivaldría a dejar en manos de la Administración la exclusión definitiva de las comunicaciones y visitas. Es decir, equivaldría a atribuir a la entidad pública la competencia de privar ilimitadamente y sin control judicial del derecho de visitas, lo que en modo alguno está justificado cuando, además, como sucede en el caso, no se ha constituido un acogimiento preadoptivo (artículo 176.bis.2 del Código Civil) sino un acogimiento con familia educadora”. Ciertamente, nuestro Alto Tribunal está operando sobre la base del necesario retorno del menor acogido con la familia de origen. De ahí que, se ha de facilitar las visitas y comunicación; y, por ende, dejar margen temporal para oponerse a la resolución relativa a la misma por parte de la Administración competente.

Por otra parte, conviene precisar que, las medidas de protección de los menores son también aplicables a los menores extranjeros no acompañados que, se encuentren en España⁴³.

Ahora bien, en ocasiones las medidas jurídicas ante las situaciones de riesgo y desamparo que llevan a cabo las autoridades administrativas competentes a tal fin, determinan una vulneración del artículo 8 de la Convención europea de los

derechos del hombre. Así lo ha resuelto la sentencia del Tribunal Europea de Derechos Humanos, sección 4ª, de 26 de febrero de 2002 (Caso Kutzner c. Alemania)⁴⁴ pues, se ha considerado que la retirada de la patria potestad y la custodia de los hijos a sus padres biológicos por deficiencias intelectuales de éstos por las autoridades y tribunales nacionales alemanes no eran pertinentes no suficientes para justificar esta grave injerencia en la vida familiar de los progenitores. En esencia, la injerencia litigiosa no ha sido proporcionada a las finalidades legítimas perseguidas y ha determinado la suma de 15.000 euros por daño moral y 8.000 euros en gastos y costas; de este mismo Tribunal, sección 1ª, de 9 de mayo de 2003 (Caso Covezzi et Morselli c. Italie)⁴⁵ ante el procedimiento de urgencia y la medida de alejamiento de los hijos, además de determinar una interrupción prolongada de las relaciones con los padres, ha derivado en la privación de la patria potestad y el acogimiento familiar de los niños por separado, careciendo los progenitores de la posibilidad de participar activamente en el proceso.

2. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL.

Como hemos indicado, a las entidades públicas se les atribuye por ministerio de la ley la tutela y guarda de los menores en situación de desamparo. Tal guarda puede tener lugar mediante acogimiento familiar o residencial. A tal fin, se da preferencia al acogimiento familiar⁴⁶. Si bien, como principio rector de la actuación de los poderes públicos, la integración del menor en su familia de origen (el artículo 11.2 c) de la LOPJM); y, la adopción de las medidas deberán hacerse respetando el principio del interés superior del menor⁴⁷.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 3ª, de 20 de marzo de 1995 entiende por acogimiento “aquellas situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privado —aunque sea circunstancialmente— de una adecuada atención familiar y consiste en confitar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y, especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales. El acogimiento produce la plena participación en la vida de la familia e impone a quien la recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”, y añade “en materia de acogimiento de un menor, los tribunales han de velar prioritariamente por los intereses de aquél que son, sin duda, los más dignos de protección, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto, en concordancia con el Derecho tradicional y actual”⁴⁸.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, de 4 de marzo de 2014⁴⁹ entiende que “se trata de un instrumento legal para la protección de los menores, privados, temporal o definitivamente de un ambiente familiar idóneo, que se traduce en la inserción plena del acogido en la familiar del acogedor”.

El artículo 172 ter del Código Civil establece que, la guarda en todos los supuestos señalados, se realizará mediante el acogimiento familiar y no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante acogimiento residencial. Dicho precepto regula algunas cuestiones relativas al acogimiento en general y los artículos 173 y 173 bis del citado cuerpo legal se refieren al acogimiento

familiar. En ninguno de tales preceptos se da una definición legal del acogimiento. Para MAYOR DEL HOYO se puede conceptuar como “una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar originario”⁵⁰.

Ahora bien, en esta nueva regulación con la finalidad de agilizar y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista conformidad de los progenitores o tutores, y todo ello sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo.

Asimismo, como pauta general, tal como hemos indicado, se sigue manteniendo que, debe prevalecer la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial (artículos 2.2 c); 11.2 b) y 21.3 de la LOPJM). Por tanto, este último constituirá una medida excepcional y provisional⁵¹.

Precisamente, pensando en el interés del menor, el artículo 21.1 de la LOPJM establece que, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, especialmente para menores de seis años; y, asimismo, no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, debidamente acreditado o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor⁵². En todo caso, y con carácter general no podrá tener una duración superior a tres meses (artículo 21.3 de la LOPJM). Igualmente, debemos recordar que, el artículo 12.5 de la LOPJM establece que, cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años, se habrá de revisar cada tres meses y respecto de mayores de esa edad cada seis meses⁵³. Por otra parte, debe procurarse no separar a los hermanos con la consiguiente asunción de la guarda y tutela en una misma persona o institución con el fin de que permanezcan unidos (artículo 172 ter.2 del Código Civil).

En fin, el artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines adoptivos en el caso que el menor se encuentre en situación de desamparo. Viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo regulado en el antiguo artículo 173 bis 3 del Código Civil; de ahí que, la Disposición Adicional 6ª de la Ley 26/2015 establezca al respecto la equiparación de la guarda con fines de adopción al acogimiento preadoptivo⁵⁴. Se califica de una novedad más aparente que real⁵⁵, y un cambio meramente terminológico⁵⁶. Se trata ahora de una fase previa a la adopción. Como señala LÓPEZ MAZA la finalidad de esta figura es “conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva, evitando así que tenga que permanecer en tanto se constituye la adopción en un centro de protección o con otra familia”⁵⁷. Esta medida de protección termina con la adopción del menor; y si ésta al final no procede, deberá la Entidad Pública fijar otra medida protectora del menor que sea más adecuada a su situación, como puede ser la tutela o el acogimiento permanente (artículo 176 bis 3 apartado 2 del Código Civil).

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines de adopción acordada mediante resolución debidamente motivada habrá de tener lugar antes de la presentación de propuesta de adopción —a diferencia de la anterior regulación que posibilitaba la constitución del acogimiento preadoptivo cuando la Entidad Pública remitía la propuesta de adopción (antiguo artículo 173 bis 1.3 del Código Civil)—⁵⁸ y hasta que se dicte la resolución judicial de adopción.

A. Acogimiento familiar.

El acogimiento familiar como medida de protección del menor está concebida en interés de los mismos y tiene como finalidad procurar al menor separado de su familia la atención en un contexto familiar o de convivencia adecuado, ya sea con carácter provisional, temporal, permanente o como paso previo para la adopción⁵⁹. Se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta respecto a los acogedores su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de origen. En todo caso, el régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento (artículo 20.2 de la LOPJM). En esa valoración se ha de tener en cuenta, además que, no podrán ser acogedores los que no pueden ser tutores de acuerdo con lo previsto en la Ley; y que este acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que, determine la Entidad Pública (artículo 172 ter.1 del Código Civil). A la resolución de formalización del acogimiento familiar acordada, se acompañará *un documento anexo* que incluirá entre otros extremos: 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; y, d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1º. El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor. 2º. El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. 3º 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; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (artículo 20.3 de la LOPJM).

Tanto la resolución de formalización del acogimiento como el documento anexo, se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes (artículo 20.3 *in fine* de la LOPJM).

El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años

(artículo 173.2 del Código Civil); si es menor de dicha edad, en principio, han de ser oídos en la constitución del acogimiento (artículo 9 de la LOPJM)⁶⁰. Ahora bien, el acogimiento familiar supone la guarda del menor y, el ejercicio del contenido personal de la patria potestad o en su caso de la tutela —la titularidad corresponde a la Entidad Pública—, por lo que se impone a los acogedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo (artículos 20 bis 1 g) y 20 bis 2 l) de la LOPJM). En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (artículo 173.1 del Código Civil). Hay dos tipos de acogimiento familiar en relación con las características de la familia acogedora y de la vinculación del menor con la misma. Así podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, resultando preferente el primero —artículo 20.2 de la LOPJM que en la valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento tiene en cuenta la relación previa entre el menor acogido y los acogedores, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa respecto de las personas pertenecientes a su familia extensa⁶¹. Por otra parte, el acogimiento en familia ajena podrá ser especializado que, podrá ser, a su vez, profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública (artículos 173 bis.1 del Código Civil y 20.1 apartado 2 de la LOPJM). También el acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda (artículo 173 bis a) del Código Civil)⁶²; b) Acogimiento familiar temporal: que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción⁶³. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva —plazo de tiempo que coincide con el de la guarda administrativa asumida a solicitud de los padres o tutores (artículo 172 bis del Código Civil); o con el cese de la suspensión y revocación de la declaración de desamparo (artículo 172.2 del Código Civil)⁶⁴; c) Acogimiento familiar permanente: que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales⁶⁵ o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, o se trate de menores de cierta edad⁶⁶. Si bien, la Entidad Pública, si lo considera procedente, podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que, faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173 bis.2 del Código Civil), con lo que se amplía el contenido del ejercicio del acogimiento no sólo al ámbito personal, sino también a un ámbito patrimonial —administración de bienes— y de representación del menor⁶⁷.

De todas formas, pese al carácter permanente del acogimiento, nada impide que, se pueda establecer un régimen de visitas a favor de los padres y otros parientes⁶⁸.

De todas formas, conforme el artículo 172 ter número 3 del Código Civil la Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones, así como visitas⁶⁹. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

En cualquier caso, se hará constar en el documento anexo a la resolución administrativa de acogimiento familiar la duración prevista para el mismo (artículo 20.3 c) de la LOPJM).

Por otra parte, se regula el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes que, se enumeran en el artículo 20 bis 2 de la LOPJM; también se incluyen los derechos de los menores acogidos en el artículo 21 bis de la LOPJM. Ahora bien, si durante el desarrollo del acogimiento surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar; aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda (artículo 173.3 del Código Civil)⁷⁰. Finalmente, el acogimiento familiar cesará: a) Por resolución judicial; b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores —se entiende no privados de la patria potestad—, tutores —no removidos del cargo—, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor; c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor; y, d) Por la mayoría de edad del menor⁷¹.

El acogimiento familiar podrá tener lugar, de acuerdo al interés superior del menor, en la propia familia extensa del menor —que en todo caso requiere la existencia de una relación previa entre acogedor y menor de edad⁷², o en familia ajena —cuando no existe familiar que esté en condiciones de asumir la guarda del menor y se proporciona para su guarda un ambiente familiar no propio del menor acogido, sustituyendo a la familia de origen⁷³. Asimismo, el acogimiento familiar podrá ser especializado, entendiéndose por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguna o algunas de las personas que integran la unidad familiar, dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales, pudiendo percibir por ello una compensación. También, el acogimiento especializado podrá ser de dedicación exclusiva, cuando así se determine por la Entidad Pública por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación (artículo 20.1 de la LOPJM —modificado por la Ley Orgánica 8/2021—).

Ahora bien, como indica el artículo 19 bis apartado 3 de la LOPJM “Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales

adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”⁷⁴.

Respecto de este artículo 19 bis, el Preámbulo de la Ley 26/2015 que lo introduce había advertido que “este artículo incorpora los criterios que la sentencia 565/2009, de 31 de 2009 del Tribunal Supremo ha establecido para decidir si la re-integración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida”⁷⁵.

Pues bien, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 170/2016, de 17 de marzo⁷⁶: “El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2011 (RJ 2011,4526); y, de 17 de febrero de 2012 (RJ 2012,3924); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.

A tal fin, continúa manifestando que “las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009). (...) En concreto el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, pero que sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el número 3 que “para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma....En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”.

Por otra parte, debemos traer a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aparece sintetizada en el apartado 296 de la Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de la siguiente manera: “El principio según el cual es importante que un padre/madre y su hijo/a estén juntos también se aplica a los casos que se refieren a la relación entre un niño/a y sus abuelos/as (L. c. Finlandia, § 101; Manuella y Nevi c. Italia, §§ 54, 58-59, respecto a la suspensión del derecho de visita de unos abuelos a su nieta). Particularmente cuando los padres naturales están ausentes, se consideró que existen vínculos familiares entre tíos/as y sobrinos/as (Butt c. Noruega, §§ 4 y 76; Jucius y Juciuviene c. Lituania, § 27). Sin embargo, normalmente, la relación entre abuelos/as y nietos/as y la de padres/madres e hijos/as tienen una naturaleza y una intensidad diferente. Por lo tanto, por su propia naturaleza, la relación entre abuelos/as y nietos/as requiere un menor grado de protección (Krukic c. Croacia (dec.), § 110; Mitovi c. la antigua República Yugoslava de Macedonia, § 58)”.

Sobre tales bases, la citada sentencia del Alto Tribunal de 23 de febrero de 2022 entiende que no procede el acogimiento de la nieta por los abuelos, pues, como observa el Ministerio Fiscal, siendo inviable el retorno con su madre, acceder a la solicitud de acogimiento pretendida por los abuelos supondría un evidente peligro para el desarrollo físico y afectivo de la menor, siendo además evidente el que las medidas de control que se adoptaron por parte de la Entidad Pública mientras residió la menor con los abuelos no tuvieron efecto alguno en su comportamiento. Y a ello se uniría el riesgo de desubicación del entorno socio familiar, educativo e incluso sanitario, en el que se encontraba plenamente integrada desde julio de 2018.

De acuerdo con lo anterior, incluso para el supuesto de que se entendiera que los abuelos estaban en condiciones de acoger a su nieta sin riesgo para ésta, coincidimos con la sentencia recurrida en que tal medida no resultaría beneficiosa para la niña. No debe olvidarse, como observa el Ministerio Fiscal, que los abuelos permanecieron con la niña solo hasta que la misma tenía siete meses, que después hubo visitas semanales de muy corta duración hasta que en el mes de septiembre de 2017 la Entidad Pública las suspendió, y que no se reanudaron hasta que la sentencia de 31 de julio de 2019 estimó parcialmente la demanda. Los informes periciales ponen de manifiesto que la menor está adaptada a su nueva situación socio familiar y que el cese del acogimiento sería vivido por la menor como un abandono y un rechazo de las personas que para ella suponen sus fuentes de seguridad y protección, lo que podría llevar a una regresión en todas las áreas de su desarrollo, poniendo en riesgo su salud emocional y su capacidad para establecer vínculos seguros, por lo que el retorno con los abuelos maternos sería contraproducente para el bienestar de la menor.

Ahora bien, con respecto a este acogimiento especializado con dedicación exclusiva, la Disposición Adicional novena de esta Ley Orgánica 8/2021 establece que, el Gobierno mediante Reglamento en el plazo de un año de la entrada en vigor de la Ley —25 de junio de 2021— fijará el alcance y las condiciones de incorporación al régimen de Seguridad Social de las personas nombradas como acogedoras especializadas de dedicación exclusiva, en el régimen específico que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización. Está en tramitación el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de las personas acogedoras especializadas de dedicación exclusiva.

En todo caso, se ha aprobado el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. Se estructura en un artículo que aprueba el reglamento, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Por su parte, el Reglamento que aprueba este Real Decreto se compone de cincuenta y tres artículos, divididos en cinco títulos.

El título I regula el objeto del sistema de acogida de protección internacional y su ámbito subjetivo y territorial de aplicación, así como el órgano encargado de la gestión del sistema de acogida de protección internacional, que corresponde a la Secretaría de Estado de Migraciones en el ámbito de sus competencias.

El título II desarrolla los contenidos del itinerario del sistema de acogida de protección internacional. Primero se establecen los principios generales de actuación y las características del sistema de protección internacional, incluyendo la necesaria cooperación interinstitucional para el cumplimiento de los objetivos

del sistema. Después se desarrollan los requisitos de acceso y de permanencia en el sistema de protección internacional, con especial mención a las personas en situación de vulnerabilidad. Posteriormente se describen las características del itinerario de acogida de las personas destinatarias del sistema, incluyendo sus derechos y deberes. Este itinerario se realiza en tres fases, la de valoración inicial y derivación, la de acogida y una final de autonomía.

El título III describe la tipología de recursos que forman parte del sistema de acogida de protección internacional y los criterios para la asignación de las personas a dichos recursos. Se definen dos tipos de centros: los de valoración y derivación y los de acogida de protección internacional.

El título IV regula los distintos supuestos en los que va a producirse una reducción o una retirada de las condiciones de acogida sobre la base del artículo 33 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre y del artículo 20 de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Aquellos hechos de naturaleza sancionadora serán desarrollados en la normativa que desarrolle el régimen disciplinario correspondiente.

El título V regula la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante la acción concertada. En primer lugar, recoge las disposiciones generales, ámbito de aplicación, definiciones, principios rectores y duración de la autorización. En segundo lugar, se regulan los requisitos de autorización, que deberán cumplir las entidades para poder acceder al sistema. En tercer lugar, se determina el procedimiento de acción concertada y sus distintas fases. En cuarto lugar, se regula la supervisión, el pago y la financiación de la acción concertada. En quinto lugar, se recogen cuestiones relativas a la suspensión y revocación de la autorización de acción concertada. Por último, se establecen provisiones generales para el establecimiento de sistemas de intercambio de información. En fin, este Real Decreto se dicta en ejercicio de la habilitación normativa contenida en los artículos 30.2, 31.1 y 33.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.2ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de extranjería y derecho de asilo.

En fin, se puede optar por un acogimiento familiar temporal o un acogimiento familiar permanente conforme establece el artículo 173 bis 2 letra b) y c del Código Civil. El primero, tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien porque se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva; y, el acogimiento familiar permanente, se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales, o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen.

En todo caso, la Entidad Pública podrá solicitar del Juez que, se atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173 bis 2 c) *in fine* del Código Civil).

Cualquiera que sea la modalidad de acogimiento familiar, éste se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora (artículo 20.2 de la LOPJM). Ahora bien, cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento.

A la resolución de formalización del acogimiento familiar, acordada conforme a lo previsto en el Código Civil, se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos: 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: 1º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor; 2º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros; 3º 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; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (artículo 20.3 de la LOPJM).

Esta resolución y su documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes.

En este contexto, ante la situación de nulidad, separación o divorcio de los acogedores de una menor, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2015⁷⁷ no cabe en la sentencia de nulidad, separación o divorcio establecer medidas definitivas respecto a los menores acogidos. Será la autoridad pública administrativa, tutora del menor y autorizante del acogimiento, la que de oficio o a instancia de parte, habrá de decidir sobre el cese del acogimiento o su modificación y, en su caso, términos de ésta.

Por su parte, respecto del contrato para la prestación del “Servicio de asistencia técnica para el diseño de un servicio estable de captación, sensibilización, fidelización y formación de familias interesadas en el acogimiento de niños, niñas

y adolescentes cuya tutela la tienen las Administraciones Públicas” licitado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (cuyas competencias en la materia han sido asumidas actualmente por el Ministerio de Juventud e Infancia), el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia de 24 de septiembre de 2025⁷⁸ ha estimado parcialmente el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Comunidad de Madrid en relación con dicho contrato, pues, entre otros motivos alega que la doctrina constitucional sobre el principio de cooperación, no puede permitir alterar las competencias de las otras Administraciones o desposeerlas de ellas, y que cualquier técnica de cooperación que se instrumente ha de tener naturaleza voluntaria. De ahí que, declara el tribunal de garantías que el diseño de este servicio vulnera las competencias de la Comunidad de Madrid, al ser competencia de dicha Comunidad y no del Estado que solo ostenta competencias en materia de menores desde el punto de vista de la legislación civil.

El Gobierno de la Comunidad de Madrid sostenía que el contrato suponía una injerencia en la competencia de la Comunidad de Madrid en materia de protección y tutela de menores, recogida en el artículo 26.1.24 de su Estatuto de Autonomía.

De ahí que, la sentencia, rechazando la objeción de admisibilidad opuesta por el abogado del Estado sobre la inidoneidad del contrato como objeto posible del conflicto, lo incardina en la materia de protección y tutela de menores, sobre la que la Comunidad de Madrid ostenta competencia en virtud del citado artículo 26.1.24 de su Estatuto de Autonomía, mientras que el Estado sólo podría intervenir en ella a través de la competencia del artículo 149.1.8 de la Constitución española en materia de legislación civil.

Asimismo, el Tribunal pone de relieve el doble objeto del contrato, al dirigirse, por una parte, a aumentar el conocimiento disponible sobre el acogimiento familiar para mejorar las políticas públicas en la materia; y, por otra, al diseño del referido servicio estable de captación, sensibilización, fidelización y formación de familias interesadas en el acogimiento de niños, niñas y adolescentes cuya guarda o tutela tienen las administraciones públicas.

En cuanto al primer objeto, la sentencia concluye que el contrato no excede de la competencia estatal ni supone una intromisión en las competencias autonómicas, pues nada impide al Estado encargar una asistencia técnica con objeto de aumentar los conocimientos disponibles en cuanto al acogimiento familiar, con el fin de mejorar sus propias políticas en la materia.

Sin embargo, se estima el conflicto respecto al objeto del contrato destinado al diseño de un servicio estable de captación, sensibilización, fidelización y formación de familias interesadas en el acogimiento de niños, niñas y adolescentes cuya guarda o tutela tienen las administraciones públicas, al tratarse de una competencia ejecutiva que corresponde desarrollar a las comunidades autónomas y que excede de la competencia estatal del artículo 149.1.8 de la Constitución española, que se limita al ámbito legislativo.

Recuerda que, el objeto del contrato es la protección y tutela de menores, pues, su finalidad es la de profundizar en la promoción del acogimiento familiar como sistema preferente al residencial, en relación con los menor que se encuentran bajo la tutela de las Administraciones Públicas, para lo cual se contrata una asistencia técnica cuyo objetivo último es diseñar un servicio estatal permanente encargado de la búsqueda, captación, sensibilización, fidelización y formación de familias interesadas

en el acogimiento de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en su situación de tutela, aunque también se dirige el incremento de los conocimientos sobre la figura del acogimiento familiar; con el objeto de mejorar las políticas públicas en la materia.

Asimismo, el Pleno analiza la cuestión competencial desde diversos puntos de vista, siendo uno de ellos el principio de supraterritorialidad como criterio determinante para la atribución o el traslado de la titularidad competencial al Estado y conforme al cual, en ámbitos reservados a las competencias autonómicas, al intervención estatal tiene carácter excepcional sin que pueda afirmarse la competencia estatal solo en base a una genérica e inconcreta afirmación. A tal fin, la sentencia desecha los argumentos opuestos por el Estado para justificar esa actuación, negando que exista un problema de supraterritorialidad o que el exceso competencial se pueda resolver por la vía de las instrucciones que se den al contratista. Especial énfasis pone en descartar que responda a un instrumento de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a partir de lo previsto en sendos planes aprobados por la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, en la Estrategia Estatal de Derechos de la Infancia y la Adolescencia, aprobada por el Consejo de ministros, o en el tramo estatal de la concentración temática de garantía infantil del programa del Fondo Social Europeo FSE+. De acuerdo con la doctrina constitucional sobre el principio de cooperación, se recuerda que este no permite alterar las competencias de las otras Administraciones o desposeerlas de ellas, y que cualquier técnica de cooperación que se instrumente ha de tener naturaleza voluntaria, como queda reflejado en los artículos 141 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Por último, se excluye la posibilidad de que el contrato objeto del conflicto responda a una función de coordinación estatal, a partir de la doctrina constitucional sobre esta figura, esencialmente porque no tiene atribuida dicha competencia por el artículo 149.1 de la Constitución española.

Los Magistrados D. Enrique Arnaldo Alcubilla y Doña Concepción Espejel Jorquera en sus votos particulares consideran que el Estado carece de competencias y que la sentencia del Pleno descompone artificiosamente una única actuación administrativa en dos para afirmar apodícticamente la existencia de competencias estatales. Defienden que la competencia corresponde a la Comunidad de Madrid porque el objeto directo del contrato no es obtener información sobre el acogimiento familiar de cara a una eventual modificación de su regulación (obtención de información que puede hacerse por otras vías, sin necesidad de contrato alguno), sino influir en el modo en que quien es competente, la Comunidad de Madrid, ejerce y diseña su propia política de protección a los menores. Indican también que la sentencia incurre en una suerte de *overruling* procesal porque la decisión se fundamenta en un documento que, en rigor, no forma parte del proceso ya que el análisis de las supuestas competencias estatales en relación con el contrato, se basa en la acrítica aceptación de los sostenidos por el Consejo de Ministros en respuesta al preceptivo requerimiento formulado por el Gobierno de la Comunidad de Madrid.

B. Acogimiento residencial.

La guarda será ejercida por centros de protección de menores, autorizados y acreditados por la entidad pública competente, dando lugar al acogimiento re-

sidencial (artículos 172 ter.1 del Código Civil y 21 de la LOPJM). En este caso, el acogimiento será ejercido por el director responsable del centro donde esté acogido el menor (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Representa una medida de protección que consiste en la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro de carácter residencial⁷⁹. Se establece, en interés del menor, la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial. No obstante, se introduce una regulación flexible a este último acogimiento para dar cobertura a aquellos supuestos en los que, por motivos debidamente justificados, el ingreso en un centro de protección sea la única medida que se disponga, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor⁸⁰. Este acogimiento se ejercerá por el Director o responsable del centro, donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Por otra parte, en lo relativo a los servicios de acogimiento residencial (denominados hasta ahora “servicios especializados” y ahora “acogimiento residencial” para utilizar una terminología equivalente al “acogimiento familiar”) se establece con carácter general sus características básicas, su necesario ajuste a criterios de calidad y el carácter preferente de las soluciones familiares. Asimismo, todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de protección, deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública debiendo respetar el régimen de habilitación dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio.

De forma que, con respecto a los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta Ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las obligaciones básicas que, se establecen en artículo 21.1 de la LOPJM. Ahora bien, la Entidad Pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial y, se inscribirán en el registro correspondiente, prestando especial atención a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos; también la Entidad Pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares —hogar funcional—. Por otra parte, a los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como la inspección sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial, analizando, entre otros, los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno. En todo caso, la Administración Pública podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que en ningún caso podrán atentar contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro

de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de éstos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.

Si bien, respecto de aquellas medidas que, se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal (artículo 21.7 de la LOPJM).

La resolución de la Entidad Pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda, se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal (artículo 172 ter.1 apartado 3 del Código Civil).

Ahora bien, se regula la posibilidad que, la Entidad Pública acuerde estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con la familia de origen u otras familias, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento —familiar o residencial— (artículos 161 y 172 ter.3 del Código Civil)⁸¹. En este contexto, se impone al Director del centro en caso de acogimiento residencial, o a la familia de acogida en el acogimiento familiar (artículo 20 bis.2 h) LOPJM como tal deber), o a otros agentes implicados en ambos casos, informar a la Entidad Pública de cualquier indicio que las visitas perjudiquen al menor (artículo 13.1 de la LOPJM). De todas formas, al tratarse de una resolución administrativa, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal están legitimados para oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme al artículo 780 de la LEC.

Por otra parte, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores o del tutor, la Entidad Pública puede fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidados y atención del menor o para atender a la responsabilidad civil que pudiera imputarse al menor de edad por actos realizados por los mismos (artículo 172 ter.4 del Código Civil).

En este contexto, atendiendo a las altas funciones que, se encomienda al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, la Entidad Pública dará noticia a tal órgano de forma inmediata, de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor (artículo 174.1 del Código Civil).

También el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que, estime necesarias (artículo 174.2 del Código Civil).

Por otra parte, para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

En todo caso, debemos referirnos, como mencionamos en líneas precedentes, además del retorno del menor con la familia biológica en los términos analizados, al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto con sus progenitores y con su familia de origen, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

Respecto al retorno del menor con sus padres hay que partir de la base que no es un derecho absoluto e incondicionado. En este sentido, se han pronunciado

las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009⁸²; de 17 de marzo de 2016⁸³; de 21 de febrero de 2023⁸⁴; de 20 de septiembre de 2023⁸⁵; y, de 2 de abril de 2024⁸⁶.

Asimismo, conviene tener presente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2019 (asunto Haddad c. España, núm. 16527/17 (TEDH 2019,86) estima la demanda contra España interpuesta por el padre de una niña en un caso en el que los tribunales españoles confirmaron las resoluciones administrativas de acogimiento y no atendieron a las peticiones del padre de retorno con el argumento de la falta de contacto, cuando eran las autoridades competentes las responsables de la interrupción del contacto.

En su razonamiento conviene destacar lo siguiente: “69. El Tribunal recuerda la jurisprudencia citada en el párrafo 54 supra, según la cual el artículo 8 del Convenio implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reagruparlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar tales medidas. Observa que, a pesar de la oposición del demandante al acogimiento en régimen pre-adoptivo de su hija (véanse los apartados 22 y 26 supra), esta opción se eligió únicamente por la falta de contacto entre la menor y su padre durante varios años, a pesar de que las visitas se habían suspendido por decisión del juez nº 1 de Coslada, ante quien se interpuso una denuncia por violencia de género. Por tanto, las autoridades competentes son responsables de la interrupción del contacto entre el demandante y su hija, al menos desde la absolución del demandante, incumpliendo su obligación positiva de tomar medidas que permitieran al demandante beneficiarse de un contacto regular con la menor (Pontes v. Portugal, no 19554/09, § 92, de 10 de abril de 2012). El Tribunal considera que la tutela de un menor debe ser considerada en condiciones normales como una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como la situación lo permita y que cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reagrupar al padre biológico y al menor (Johansen v. Noruega, de 7 de agosto de 1996, § 78, Compendio 1996-III). (...) 72. Este Tribunal considera que el procedimiento debería haber estado rodeado de las garantías adecuadas para proteger los derechos del demandante y tener en cuenta sus intereses. De esta manera, el tiempo transcurrido como consecuencia de la inercia de la Administración, así como de los tribunales nacionales, que no calificaron de poco razonables los motivos aducidos por la Administración para seguir privando a un padre de su hija basándose únicamente en la ausencia de contacto, que por otro lado tenía prohibido por ley, contribuyó decisivamente a que no existiera posibilidad alguna de reunificación familiar entre el demandante y su hija. 73. A la vista de cuanto antecede y a pesar del margen de discrecionalidad del Estado demandado a este respecto, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no han realizado los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante a vivir con su hija junto a sus hermanos, ignorando de esta manera su derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio”.

La sentencia del Tribunal Supremo, la Sala de lo Civil, 858/2021, de 10 de diciembre⁸⁷, que al amparo del artículo 510.2 de la LEC, estima la demanda de revisión interpuesta por el Sr. Conrado contra las resoluciones judiciales que autorizaron en acogimiento de su hija, y que se rescinden, destaca que la vulneración del art. 8 del Convenio, que consagra el derecho al respeto de la vida privada

y familiar, consistió en que en el procedimiento de acogimiento las autoridades españolas (administrativas y judiciales) no realizaron los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante (el Sr. Conrado) a vivir con su hija junto a sus hermanos.

En la sentencia del dicho Alto Tribunal y Sala, de 18 de octubre de 2023⁸⁸, aunque el demandante no es el progenitor (que ha fallecido) y lo que se pretende es el acogimiento por la familia paterna extensa, el criterio de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es perfectamente trasladable.

Con ocasión de la multitud de recursos interpuestos por los abuelos de la niña frente a las resoluciones de la entidad pública (interesando el acogimiento familiar extenso) y por la “familia acogedora” (interesando una guarda preadoptiva) se han dictado numerosas resoluciones judiciales. Al respecto procede destacar el auto de esta Sala Primera de 20 de octubre de 2021 (que inadmitió los recursos de casación contra la sentencia 79/2020 de la sección 2ª de la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Castellón dictada en las actuaciones sobre juicio verbal de oposición a medidas de protección de menores n.º 298/2018), y destaca que la Consejería no llegara a explorar el acogimiento familiar extenso a pesar del interés de los abuelos en cuidar de la niña. Tanto en las diferentes resoluciones judiciales dictadas en el anterior procedimiento como en las que se han dictado en el procedimiento en el que se plantea este recurso, y en particular en la sentencia recurrida, se explica que la razón de que se haya prolongado el acogimiento de Maite en familia extraña se debe a circunstancias que, si bien no inicialmente, luego solo pueden achacarse a la Administración, cuyo comportamiento en las decisiones adoptadas durante estos años ha sido calificado, tanto por la sentencia que ahora se recurre como por las anteriores, de actuación irregular, desconcertante, obstaculizadora, de no fácil comprensión, de incorrecto proceder; se ha hablado de errores de la Administración y, sobre todo, se le ha reprochado ser incumplidora de los preceptos legales que en un primer momento le habrían llevado a valorar a la familia paterna como acogedores y reticente en el cumplimiento de sentencias judiciales firmes.

No se trata en absoluto de minimizar el impacto que tendría en la niña una súbita separación de la familia de acogida con la que ha estado desde septiembre de 2018 (con independencia de que no ha quedado claro si los acogedores son uno o dos, pues en las resoluciones aportadas se habla de familia de acogida y en ocasiones se hace referencia a dos personas, pero en las actuaciones judiciales solo se ha personado como acogedor Carlos Daniel).

En una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes expuestas en este caso y de acuerdo con los criterios que recogen los textos legales y la jurisprudencia sobre protección del interés superior del menor, nuestro Alto Tribunal procede a estimar el recurso de casación de los abuelos recurrentes. En consecuencia, se estima su demanda y se acuerda el acogimiento permanente de Maite por parte de los abuelos paternos, que siempre han querido cuidarla y son idóneos para ello, lo que además permitirá a la niña vivir en compañía de su hermano de doble vínculo, reforzando sus vínculos afectivos y el sentimiento de identidad de pertenencia a su propia familia.

En su demanda, los abuelos solicitaron que “se acuerde el acogimiento como familia extensa de la menor Petra por parte de los abuelos paternos D. José Igna-

cio y Dña. Esther, previo régimen de visitas progresivo en favor de nuestros patrocinados”. También que se “acuerde instar a la Conselleria demandada a elaborar sin dilación un Plan de Intervención Familiar que permita llevar a cabo dicho acogimiento con todas las garantías jurídicas para el superior interés del menor”.

En cuanto al derecho de visitas o de relación con la familia de origen viene reconocido en los textos internacionales y en el derecho español para los casos de adopción por las entidades públicas de una medida de protección que comporte la salida del niño de su grupo familiar.

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, después de referirse en su apartado 1 a los supuestos en los que, en el interés superior del niño, se determine por las autoridades competentes (siempre a reserva de revisión judicial) que es necesario separarlo de sus padres, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, establece expresamente en el apartado 3: “Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre los derechos del niño reconoce: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

En el ordenamiento interno, el artículo 2 c) de la LOPJM establece como uno de los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor; la preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares.

Conforme al artículo 21 bis 1.d) de la LOPJM, el menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a “relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la entidad pública”.

Por su parte, el artículo 20.3.d.1º de la LOPJM ordena que la resolución de formalización del acogimiento familiar se acompañe de un documento anexo que debe incluir, entre otros extremos, el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la entidad pública en atención al interés superior del menor.

Además, conforme al apartado segundo del artículo 172 ter del Código Civil “la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses”.

En este contexto, la sentencia 565/2009, de 31 de julio⁸⁹, ya había dicho que: “El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 del Código Civil como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la STS 298/1993, de

18 de octubre. Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. Asimismo, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 170/2016, de 17 de marzo⁹⁰: “El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2011 o de 17 de febrero de 2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. En fin, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2024⁹¹ como acertadamente advierte la fiscal, en criterio que comparte la citada Sala, tampoco puede admitirse que la entidad pública no haya intentado y valorado la vuelta de la menor con su padre, o la conveniencia de establecer un régimen de visitas, como se refleja en los informes realizados sobre la situación familiar: informe sobre la situación psicosocial de la madre de 27 de febrero de 2020; informe técnico sobre el recurrente de 11 de junio de 2020 (que recoge su declaración de que no tiene capacidad personal para atender a la menor), ampliado el 9 de julio de 2020; informe de 20 de julio de 2020, sobre la viabilidad de acogimiento con la tía paterna, propuesto por el padre, y del que resulta que ha sido necesario un plan para que pueda seguir asumiendo el cuidado de los tres menores que ya tiene a su cargo, uno el hijo del recurrente, además de que ella no solicita el acogimiento de la niña por considerar que sus circunstancias personales y familiares no se lo permiten; informe de 11 de agosto de 2020, sobre la viabilidad del cuidado de la niña por el recurrente o visitas (en el que se refleja su relación con sus hijos anteriores, sobre los que no ha ejercido sus funciones parentales: en un caso, delegándolas en la familia de su hermano y su cuñada; en otro, permitiendo que quede con la madre, a pesar de manifestar preocupación por su inestabilidad y problemas de drogadicción). Además, señala el Alto Tribunal olvida el recurrente que el artículo 19 bis) de la LOPJM, alegado como vulnerado en el recurso, establece expresamente que, para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la

misma. El interés superior de la menor requiere igualmente, tener en cuenta que actualmente la niña se encuentra plenamente integrada escolar y socialmente en su nueva familia que le aporta estabilidad y atiende a todas su necesidades con los que ha establecido vínculos afectivos adecuados y firmes.

Ahora bien, el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, así como con su familia de origen (hermanos, abuelos, parientes, y también allegados) está regulado más precisamente en los artículos 160 y 161 del Código Civil. En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2013 al disponer que “si conforme al artículo 160 del Código Civil los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del artículo 172.1 del Código Civil. La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que no ocurre en este caso, en el que no existiendo norma autonómica de cobertura, se otorga esta competencia a la administración competente por extensión y sin fundamento, en vez de declarar su nulidad por no contar, para acordarla, con la debida autorización judicial”⁹².

Al respecto, la redacción actual del artículo 161 del Código Civil declara la competencia de la entidad pública para, de forma motivada, y previa audiencia de los afectados, regular y suspender temporalmente las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. Pero esta decisión está siempre sujeta a control judicial, como expresamente deja a salvo el citado artículo 161 del Código Civil, que se remite a la oposición conforme a la LEC.

Esa regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se remite el mencionado artículo 161 del Código Civil es la prevista en su artículo 780, conforme al cual la oposición ante los tribunales civiles a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

No cabe duda, por tanto, de que las personas que tenían reconocido un derecho de visitas están legitimadas para impugnar la resolución que las suspende en el plazo de dos meses desde su notificación.

Lo anterior, con independencia de que, además, en cualquier momento el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda adoptar las medidas de prohibición de visitas y comunicaciones para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas conforme al artículo 158 del Código Civil.

Pues bien, en el caso que juzga la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024 puesto que el proceso de oposición a la resolución administrativa suspendía las visitas de la recurrente se presentó escrito de oposición, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 780 de la LEC antes de que transcurrieran dos meses desde la notificación de la resolución, debemos entender que se presentó dentro de plazo y que la acción no estaba caducada.

Con todo, puesto que la sentencia recurrida, a pesar de apreciar incorrectamente la caducidad de la acción ejercitada, se pronunció en cuanto al fondo sobre

la corrección de la decisión de la entidad pública de suspender en interés de los niños las visitas, no solo respecto de los progenitores sino también respecto de la abuela recurrente, la estimación del motivo del recurso de casación basado exclusivamente en la falta de caducidad de la acción no comporta que casemos la sentencia recurrida, pues no puede prosperar la pretensión de que se deje sin efecto la resolución administrativa que suspendió las visitas de la recurrente.

Ahora bien, la Ley Orgánica 8/2021 regula en su Título IV las actuaciones en centros de protección —artículos 53 a 55— y en la Disposición Final octava. De forma que, en estos centros de protección de menores con independencia de su titularidad se ha de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los menores —vida e integridad física y psíquica— y, evitar cualquier forma de violencia y abuso. En esencia, que sean entornos seguros. Se incluyen también a los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta.

3. GUARDA PROVISIONAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL.

Para la adopción de cualquiera de las guardas indicadas no se necesita de una previa declaración de desamparo. Si bien, para establecer la guarda judicial, se necesita que sea decretada por el Juez en proceso civil (artículos 103.2, 158.6 y 172.2 bis del Código Civil), penal o incluso en expediente de jurisdicción voluntaria; mientras que, para las otras guardas basta una resolución administrativa.

A la guarda judicial se refiere el artículo 19.1 *in fine* de la LOPJM cuando indica que la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. Por tanto, representa la asunción de una guarda provisional por parte de la Entidad Pública por mandato judicial⁹³.

Por su parte, en el artículo 172.4 del Código Civil se recoge, como hemos precisado en líneas precedentes, la posibilidad de asumir la guarda provisional mediante resolución administrativa, sin declaración previa de desamparo, ni solicitud expresa de los progenitores; mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica. Por ello, se prevén las obligaciones de las Entidades y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa. No se trata ni de una guarda judicial, ni a solicitud de los propios progenitores en situación de especial necesidad (guarda voluntaria). Si bien, tendrá carácter necesario. Puede ser de escasa duración temporal o, en fin, derivar en una declaración de riesgo o desamparo. En todo caso, para una parte de la doctrina, el presupuesto objetivo de la guarda voluntaria es el “semidesamparo” consistente “en un estado en que se halla el menor, caracterizado por la carencia de la necesaria asistencia moral y material, siendo los causantes de dicha carencia los mismos que acuden a la Entidad Pública buscando un remedio transitorio”⁹⁴. De todas formas, el artículo 172.5 *in fine* del Código Civil establece que: “La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela”.

En cuanto a la guarda voluntaria en el artículo 172 bis del citado cuerpo legal establece que, es la que tiene lugar a petición de los progenitores, no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales; de forma que, transcurrido dicho plazo, o la prórroga, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores, o ser dictada una nueva medida de protección permanente⁹⁵.

En fin, en el artículo 172 ter del Código Civil se recoge la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial, y se regula también la posibilidad de acordar, por las Entidades Públicas, estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias, de origen o alternativas, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento y se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor (y de responsabilidad civil por daños).

4. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.

El artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines adoptivos en el caso que el menor se encuentre en situación de desamparo⁹⁶. Viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo regulado en el antiguo artículo 173 bis 3 del Código Civil; de ahí que, la Disposición Adicional 6ª de la Ley 26/2015 establezca al respecto la equiparación de la guarda con fines de adopción al acogimiento preadoptivo⁹⁷. Se califica de una novedad más aparente que real⁹⁸, y un cambio meramente terminológico⁹⁹. Se trata ahora de una fase previa a la adopción. Como señala LÓPEZ MAZA la finalidad de esta figura es “conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva, evitando así que tenga que permanecer en tanto se constituye la adopción en un centro de protección o con otra familia”¹⁰⁰. Esta medida de protección termina con la adopción del menor; y si ésta al final no procede, deberá la Entidad Pública fijar otra medida protectora del menor que sea más adecuada a su situación, como puede ser la tutela o el acogimiento permanente (artículo 176 bis 3 apartado 2 del Código Civil).

Para que tenga lugar esta guarda con fines de adopción, deben reunir a quienes de atribuye la misma los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 del Código Civil, esto es, la edad necesaria para adoptar, así como las diferencias mínima y máxima de edad que debe existir entre el adoptante y adoptado; además deben haber prestado su consentimiento —se entiende a la adopción y no a la guarda y no impide que prestado ante la Entidad Pública se deba volver a prestar ante el Juez-¹⁰¹; y, que hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para la adopción.

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines de adopción acordada mediante resolución debidamente motivada habrá de tener lugar antes de la presentación de propuesta de adopción —a diferencia de la anterior regulación que posibilitaba la constitución del acogimiento preadoptivo cuando la Entidad Pública remitía la propuesta de adopción (antiguo artículo 173 bis 1.3 del Código Civil)-¹⁰² y hasta que se dicte la resolución judicial de adopción.

Por otra parte, es necesaria la audiencia previa de los afectados y del menor si tuviera madurez suficiente y en todo caso, fuera mayor de doce años. Al referirse a afectados y no únicamente a futuros adoptantes, se ha planteado, acertadamente, la posibilidad de incluir en dicho término, además de a estos últimos, a la institución que tenga a su cargo al menor, a los progenitores no privados de la patria potestad y a los tutores no removidos de la tutela¹⁰³.

En todo caso, la resolución habrá de notificarse a los progenitores no privados de la patria potestad o a los tutores no removidos de la tutela —al igual que en el acogimiento familiar—. No se prevé la notificación al Ministerio Fiscal; lo que, si ocurre en el acogimiento familiar, lo que no está exento de crítica¹⁰⁴. Tampoco se establece la notificación a los futuros adoptantes, aunque resulta obvia la necesidad de tal notificación por ser parte interesada y, además se les da audiencia en los términos apuntados.

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines adoptivos solo podrá decretarse con respecto a menores en situación de desamparo que hayan sido declarados como tales por la Entidad Pública y estén en acogimiento familiar o residencial¹⁰⁵.

Una vez acordada la delegación de la guarda con fines de adopción en la correspondiente resolución administrativa debidamente motivada, los futuros adoptantes tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares (artículo 176 bis 1 apartado 2 del Código Civil)¹⁰⁶.

En este contexto, esta guarda constituye un tipo de acogimiento familiar temporal que, tendrá según establece el artículo 173 bis 2 b) del Código Civil una duración máxima de dos años, salvo que el interés del menor aconseje una prórroga; asimismo, representa una medida de protección transitoria que, va a culminar en una medida definitiva y más estable como es la adopción; de ahí que, el artículo 176 bis 3 del Código Civil establezca que, la propuesta de adopción al juez deberá realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en que se hubiera acordado la delegación de la guarda con fines de adopción; si bien, este plazo puede prorrogarse, cuando la Entidad Pública los considere necesario en función de la edad y circunstancias del menor; estableciendo un periodo de adaptación del menor a la familia adoptiva¹⁰⁷. Ahora bien, como apunta MAYOR DEL HOYO el artículo 176 bis del Código Civil choca con el artículo 176.2.2.3ª del citado cuerpo legal que, establece que no se requiere propuesta previa de la Entidad Pública cuando el adoptando “lleve más de un año en guarda con fines de adopción”, probablemente señala la citada autora “esta regulación aparentemente poco clara se debe a la inercia del legislador que ha ido introduciendo modificaciones mediante un parcheado del articulado y fijándose solo en los aspectos parciales que en cada momento interesaba retocar”¹⁰⁸. De todas formas, conviene recordar que, si la Entidad Pública no presenta la propuesta de adopción en el plazo de un año, esto no impide que, pasado dicho plazo y teniendo en cuenta la duración de este tipo de guarda, pueda plantearse por los futuros adoptantes —guardadores— la adopción.

Como novedad y, a diferencia del acogimiento familiar en general, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de vivistas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva, salvo que otra cosa convenga al interés del menor; y a excepción de los casos previstos en el artículo 178.4 que se refiere a la posibilidad de mantener contacto o relación entre el menor y la familia de origen y a la adopción abierta (artículo 176 bis 2 del Código Civil).

Finalmente, esta guarda con fines de adopción cesa cuando se constituye la adopción con la correspondiente resolución o también cuando ésta no tenga lugar, debiendo la entidad pública determinar la medida protectora más adecuada para el menor (artículo 176 bis 3 apartado segundo del Código Civil)¹⁰⁹.

III. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO-LEY 2/2025, DE 18 DE MARZO POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES PARA LA GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA ANTE SITUACIONES DE CONTINGENCIAS MIGRATORIAS EXTRAORDINARIAS

Este Real Decreto-Ley tiene por objeto la introducción de un nuevo artículo 35 bis en la LOEx, en que se prevé que la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia podrá acordar por unanimidad, los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, el Plan de respuesta a dicha situación, y los criterios para la aplicación de dicho Plan, que incluirán, en todo caso, los necesarios para determinar en qué supuestos procede que se ordene el traslado de personas menores de edad extranjeras no acompañadas de una comunidad o ciudad autónoma a otra por resolución de la persona que presida la Conferencia Sectorial, previa comunicación y acreditación de dicha contingencia por parte de la comunidad o ciudad autónoma afectada. En defecto de dicho acuerdo unánime, los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, el Plan de respuesta a dicha situación, y los criterios para la aplicación de dicho Plan se regularán de conformidad con lo dispuesto en la LOEx.

Así, se declarará la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada en aquellas comunidades o ciudades autónomas cuyo sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas exceda en ocupación tres veces su capacidad ordinaria en los términos de la disposición adicional undécima de la LOEx. La aprobación de dicha declaración se realizará en un plazo máximo de cinco días naturales desde la comunicación por parte de la comunidad o ciudad autónoma, y será trasladada al conjunto de integrantes de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Dicha situación de contingencia migratoria extraordinaria determinará que se establezca por el órgano competente de la Administración General del Estado cuál será la comunidad o ciudad autónoma a la que se traslade para su ubicación a la persona menor de edad extranjera no acompañada en cada caso en los términos previstos en los artículos 35 ter y 35 quáter de la LOEx.

En este sentido, se introduce un nuevo artículo 35 ter, que regula el Modelo de gestión de contingencias migratorias extraordinarias para la infancia y adolescencia migrante no acompañada, que contiene el conjunto de criterios objetivos para la determinación, por el órgano competente de la Administración General del Estado, de cuál será la ubicación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en las diferentes comunidades o ciudades autónomas, así como la re-

gulación del mecanismo de derivación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas a otras comunidades o ciudades autónomas y los criterios para la determinación de plazas por comunidad o ciudad autónoma en caso de derivación.

De este modo, establece el artículo 35 ter, en defecto del acuerdo unánime a que se refiere el artículo 35 bis, los criterios objetivos para la determinación, por el órgano competente de la Administración General del Estado de cuál será la ubicación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en las diferentes comunidades y ciudades autónomas.

El artículo 35 quáter regula el contenido del Plan de respuesta solidaria ante una situación de contingencia migratoria extraordinaria, que recoge el conjunto de actuaciones a desarrollar ante la declaración de una situación de esta naturaleza, y comprenderá las que se regulan en este artículo, así como las previstas en los criterios de aplicación del mencionado Plan de respuesta solidaria y las establecidas en el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados previsto en el reglamento de desarrollo de la LOEx, así como en la restante normativa de aplicación.

Se formulará por el órgano competente de la Administración General del Estado propuesta de traslado a otra comunidad o ciudad autónoma, determinándose mediante resolución el traslado, una vez la persona afectada y la comunidad o ciudad autónoma de destino hayan sido oídas y con conocimiento del Ministerio Fiscal, en garantía del interés superior del menor y de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico, garantizándose asimismo la intervención del Ministerio Fiscal de oficio en cualesquiera de las actuaciones previstas en dicho artículo. Esta resolución será, asimismo, objeto de inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

El traslado a la comunidad o ciudad autónoma de destino habrá de producirse en el plazo de 15 días naturales a contar desde la inscripción de la persona afectada en el citado Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

Se regulan en el nuevo artículo 35 quíntos los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante una situación de contingencia migratoria extraordinaria, que consisten en los criterios objetivos para la determinación de la reasignación territorial de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, así como la asignación de la tutela y custodia por parte de los servicios de protección de las comunidades o ciudades autónomas en las que hayan sido redistribuidas. Dichos criterios, en defecto del acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a que se refiere el artículo 35 bis.1, serán adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia con carácter obligatorio para todas las comunidades o ciudades autónomas en ejercicio de las funciones de coordinación de la Administración General del Estado, en los términos del artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Asimismo, cabe destacar que se adiciona una disposición adicional undécima a la LOEx que regula la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas de cada comunidad o ciudad autónoma en defecto del acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a que se refiere el artículo 35 bis.1. Además, en la citada disposición se incluye la creación de un Fondo en el Ministerio con competencia en materia de infancia y juventud para compensar los costes ocasionados por la sobreocupación y/o traslado de menores extranjeros no acompañados.

Por último, cabe señalar que ninguno de los preceptos recogidos en este Real Decreto-Ley tiene naturaleza orgánica, motivo por el cual no resulta necesaria una modificación de lo dispuesto en la disposición final cuarta de la LOEx, referida a los preceptos de la ley que tienen naturaleza orgánica, y aquéllos que no tienen dicha naturaleza de ley orgánica.

Se prevé en la disposición adicional primera en este Real Decreto-Ley que los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la infancia y adolescencia migrante no acompañada deberán aprobarse en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley.

La disposición adicional segunda establece que las reubicaciones de personas menores de edad extranjeras no acompañadas que resulten necesarias como consecuencia de la aplicación de lo previsto en este Real Decreto-Ley a la fecha de su entrada en vigor, deberán llevarse a cabo dentro del plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha.

La disposición final primera determina los títulos competenciales al amparo de los cuales se aprueba este Real Decreto-Ley, que son los referidos en las reglas 1ª y 2ª del artículo 149.1 de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y en las materias de inmigración y extranjería, respectivamente.

La disposición final segunda regula una habilitación normativa, que prevé que mediante real decreto se protocolizarán las actuaciones que deberán realizar las comunidades y ciudades autónomas de origen y destino para coordinar la ubicación de personas menores de edad extranjeras no acompañadas.

Finalmente, la disposición final tercera prevé la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” —el 20 de marzo de 2025—.

Como bien sabemos, el artículo 172.1 del Código Civil establece que la administración autonómica debe asumir la tutela de un menor en situación de desamparo. En consecuencia, cuando un menor es trasladado de una comunidad a otra, la entidad pública de destino debe asumir su protección en un plazo máximo de tres meses, conforme al artículo 18.4 de la LOPJM.

La nueva norma regula el traslado y reasignación de estos menores, estableciendo que: 1. Se declarará una contingencia migratoria extraordinaria cuando una comunidad supere tres veces su capacidad ordinaria de acogida; 2. Se asignará a cada comunidad un número de menores basado en criterios objetivos como su población, su renta per cápita, su tasa de paro o su capacidad estructural de acogida; 3. Se establece un plazo máximo de 15 días para ejecutar el traslado de los menores una vez declarada la contingencia; 4. El Ministerio Fiscal supervisará estos traslados para garantizar el respeto del interés superior del menor.

Ahora bien, para compensar a las comunidades, se crea un Fondo en el Ministerio de Juventud e Infancia, con una dotación inicial de 100 millones de euros. Este fondo cubrirá gastos de atención, vivienda, educación y sanidad para los menores trasladados. Además, las comunidades deben remitir anualmente datos

sobre su capacidad de acogida, y en caso de excederla, podrán solicitar revisión de su carga asistencial.

Asimismo, este Real Decreto-Ley establece mecanismos de control y seguimiento, entre los que destacan: 1. Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, donde se inscribirá cada traslado; 2. Intervención del Ministerio Fiscal, asegurando la protección de los derechos de los menores; y, 3. Protocolo de actuación coordinado entre administraciones, regulado por un real decreto posterior.

En fin, este Real Decreto-Ley 2/2025 establece un modelo vinculante de redistribución de menores extranjeros no acompañados, asegurando una distribución equitativa, una mayor protección de los menores y una cooperación efectiva entre administraciones. La norma busca evitar la saturación de los sistemas de acogida y garantizar que todos los menores reciban una atención adecuada.

En todo caso, la acumulación de inmigrantes irregulares en centros de acogida de las Islas Canarias es lo que ha motivado a sus autoridades a pedir al gobierno central un reparto de los denominados “menores extranjeros no acompañados” hacia las demás comunidades autónomas; y la aprobación de este Real Decreto-Ley.

Por otra parte, desde hace ya tiempo, con carácter general, corresponde a las autonomías la competencia de proteger a los niños en situaciones de riesgo o desamparo, asumiendo su tutela en defecto de sus progenitores o familiares directos.

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el 27 de mayo de 2025 los recursos de inconstitucionalidad presentados por los gobiernos autonómicos de Aragón, Cantabria y Extremadura contra este Real Decreto-Ley 2/2025.

El Gobierno de Aragón ha sido especialmente crítico con el Real Decreto, calificándolo como una norma “pactada con un partido independentista por razones políticas ajenas al interés de los menores”. El Ejecutivo aragonés, además, sostiene que esta norma “desprecia e ignora” el modelo de gestión de contingencias migratorias vigente, “dinamita los consensos alcanzados” en conferencias sectoriales y vulnera derechos fundamentales al utilizar un decreto-ley para regular materias que, por su naturaleza, deberían tratarse mediante una Ley Orgánica.

Asimismo, la consejera de Bienestar Social y Familia denuncia que el decreto “impone una reubicación forzosa de menores en situación de extrema vulnerabilidad” y se aprobó “a espaldas del resto de autonomías”.

Además del recurso ante el Tribunal Constitucional, Aragón mantiene otras dos vías judiciales abiertas: un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo por la petición de información sobre las plazas disponibles¹¹⁰; y otro ante la Audiencia Nacional contra la convocatoria extraordinaria de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Asimismo, la Junta de Castilla-León ha acordado presentar un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra el Real Decreto-Ley 2/2025, aprobado por el Gobierno de España. Lo ha hecho durante la reunión del Consejo de Gobierno celebrada este jueves, al considerar que la norma vulnera hasta diez artículos de la Constitución Española por siete motivos distintos.

El Ejecutivo autonómico señala como una de las principales transgresiones la invasión de su competencia exclusiva en materia de protección y tutela de menores. A su juicio, el Real Decreto-Ley impone de forma unilateral, forzosa y discrecional el reparto de menores no acompañados que llegan a Canarias, Ceuta y Melilla entre las comunidades autónomas. Este reparto, además, se articula me-

diente un protocolo de actuación obligatorio que, según la Junta, altera el marco competencial previsto en la Constitución.

Desde el Gobierno autonómico se defiende que el objetivo del decreto —el reparto de estos menores— no puede justificarse bajo las competencias estatales en migración y extranjería, pues afecta de forma directa a un ámbito de responsabilidad autonómica.

También, la Comunidad de Madrid ha acordado interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional por la decisión del Gobierno central de modificar la Ley de Extranjería sobre los criterios de reparto de menores extranjeros no acompañados.

El Consejo de Gobierno ha dado el 26 de marzo de 2025 la instrucción a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de recurrir el Real Decreto-Ley 2/2025 con estos cambios que fue aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 18 de marzo.

Según el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, ese Real Decreto-Ley infringe varios preceptos de la Carta Magna de 1978 y es inconstitucional al invadir las competencias exclusivas del Gobierno regional, ya que la recepción y acogimiento inicial de un extranjero menor de edad corresponde a las comunidades autónomas que las tengan asumidas estatutariamente en materia de protección y tutela de menores. Además, considera que se vulneran sus derechos fundamentales, desplazándolos por cuotas subjetivas y sin priorizar la garantía de su asistencia. Subraya el consejero de Presidencia, Justicia, Administración Local y portavoz del Ejecutivo madrileño que “desplaza a los menores migrantes no acompañados por cuotas meramente políticas”.

Paralelamente, la Comunidad de Madrid entiende que el texto validado por el Gobierno central es contrario al principio de solidaridad y lealtad entre administraciones. “La aplicación de los criterios de reparto carece de justificación” y se han realizado sin contar con las comunidades autónomas mientras vulnera también el principio constitucional de autonomía financiera de las regiones, ya que el Ejecutivo central no garantiza la aportación económica necesaria para atender con garantías a los menores desplazados, añaden.

El recurso de la Comunidad de Madrid ante el Tribunal Constitucional también señala la inadecuada utilización de la figura del Real Decreto-Ley, ya que esta reforma legislativa se tendría que llevar a cabo mediante Ley Orgánica al afectar a los derechos y deberes de los ciudadanos (artículos 81.1 y 86.1 de la Constitución Española). Además, exige la extraordinaria y urgente necesidad de tomar medidas, a pesar de que el mismo Real Decreto-Ley reconoce que el problema existe desde al menos ocho años.

El día 29 de abril de 2025 el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el mencionado Real Decreto-Ley 2/2025. El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid sostiene en su demanda, en los términos apuntados, que el citado Real Decreto-Ley podría, precisamente, vulnerar los artículos 81.1 y 86.1 de la Constitución, dado que, explican, regula el contenido esencial del derecho fundamental de las personas menores extranjeras no acompañadas a la libre circulación y elección de residencia dentro del territorio nacional. Asimismo, alegan, en los términos apuntados, que la norma sería contraria al régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comu-

nidades Autónomas (artículos 149.1.1 y 149.1.2 de la Constitución española y artículos 26.1.23 y 26.1.24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), a los principios de autonomía y solidaridad (artículos 2 y 138 de la Constitución española), de interdicción de la arbitrariedad de poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución española), y de lealtad institucional y de autonomía financiera (artículo 156.1 de la Constitución española).

Asimismo, los representantes de las administraciones de Islas Baleares han acordado trazar una “estrategia legal” para frenar el reparto de menores migrantes que se prevé que comience el 28 de agosto. El Tribunal Constitucional ya ha admitido a trámite el pasado marzo el recurso, que interpuso el Govern ante la modificación de la ley de extranjería, que habilita el reparto.

En esa línea, se ha anunciado también que se recurrirá ante el Tribunal Supremo el Real Decreto posterior, del 22 de julio, que establece el procedimiento de acogida de estos menores migrantes y analizaremos en el próximo apartado.

Lo mismo harán con el decreto o la resolución que el Gobierno pretende aprobar el 26 de agosto de 2025 que, asimismo, estudiaremos, para iniciar el reparto y pedirán al Tribunal Supremo que lo suspenda de forma cautelar, usando como argumento la situación límite que viven los sistemas de acogida de las cuatro islas.

La comunidad autónoma de Islas Baleares, ha detallado, acoge en la actualidad a 680 menores extranjeros no acompañados que han llegado en patera a sus costas, de los cuales más de 300 han arribado a lo largo de este año. La sobreocupación en los centros de acogida, ha apuntado, supera el 1.000%. Es, por ello que, ante el elevado número de menores que acogen los consells insulares imposibilita que puedan hacerse cargo de los 49 que previsiblemente llegarán de Canarias y Ceuta. El perfil principal de los menores que llegan a Baleares, ha indicado, es el de jóvenes argelinos de entre 16 y 17 años, a quienes por su edad ya ni siquiera pueden obligarles a escolarizarse, formarse o integrarse, pese a que, a su parecer, “eso es lo que da sentido a las ayudas de emancipación”.

En todo caso, los argumentos que comparten las comunidades autónomas recurrentes se centran en la invasión de competencias exclusivas en materia de protección de menores, la falta de consenso interterritorial, el uso “discrecional” del reparto y la ausencia de financiación adecuada por parte del Gobierno central.

En fin, el 8 de julio de 2025 el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consell de la Generalitat Valenciana, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León, el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Xunta de Galicia contra el citado Real Decreto-Ley 2/2025. Los demandantes alegan en sus recursos de inconstitucionalidad que la norma podría vulnerar, entre otros, los artículos 81 y 86 de la Constitución, así como ser contraria al orden constitucional de distribución de competencias e infringir el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (artículo 156 de la Constitución).

En este contexto, el término “Mena” es un acrónimo que significa “Menores extranjeros no acompañados”. Para la RAE se puede definir como “inmigrante menor de edad que no cuenta con la atención de ninguna persona que se responsabiliza de él”. Asimismo, el artículo 165 apartado primero del Real Decreto

115/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social define al menor extranjero no acompañado como “al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor; mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”. Igualmente, según la web del Ministerio del Interior el concepto “mena” se refiere “al extranjero menor de 18 años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgos de desprotección del menor mientras tal adulto responsable no se ha hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”. Para el Defensor del Pueblo el término “mena” es “deshumanizante” ya que “castiga y contribuye a quitarles dignidad”. UNICEF también entiende que utilizar este término “conlleva una carga negativa” que se vincula habitualmente a la peligrosidad, a hechos y a cifras no fidedignas. De ahí que, se opte por la denominación de menores migrantes no acompañados o menores extranjeros no acompañados.

Según el Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección de la Infancia en España durante 2023 había 51.972 menores sin cuidado parental, una cifra ligeramente superior a la registrada en el año 2022 en la que a fecha de 31 de diciembre se había contabilizado un total de 51.203 menores. Según datos de la Fiscalía incluidos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024 durante el año pasado se localizaron un total de 4.865 menores extranjeros no acompañados que llegaron a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles en comparación con los 2.375 que llegaron durante el año 2023. A esto añade que, los menores llegado en 2024 a España eran mayoritariamente hombres (4.627) ya que solo se detectaron 238 niñas. Gran parte de ellos procedían de Senegal (1780), seguido de Marruecos (1075), Gambia (657) y Argelia (472). Respecto a la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2025 en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2024, figuraban inscritos un total de 16.041 (2.603 niñas/13.438 niños) cifra que supera con creces los datos de 2023 con 12.878 menores no acompañados bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección y frente a los 11.417 del año 2022. La mayoría de los menores inscritos en este Registro en el año 2024 al igual que en 2023 proceden de Marruecos (4.393), seguidos por Senegal (2.379), Mali (1.794) Ucrania (1.688), Argelia (1.449) y Gambia (1.471).

Al día de hoy Canarias, Ceuta y Melilla están sobresaturados, pues, son la frontera sur donde llegan un mayor número de migrantes. Ciertamente, el número de menores no acompañados que acogen supera con creces sus capacidades para garantizar los derechos que asisten a dichos menores. Recordemos que, la LOPJM impone el artículo 12.1 y 2 referido a las actuaciones de protección establece que éstas se realizaran mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables

frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. Asimismo, los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores. En sus apartados 4 y 5 que cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Ministerio Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas. Una vez adoptada la medida de guarda o tutela respecto a personas menores de edad que hayan llegado solas a España, las Entidades Públicas comunicarán la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior; a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente; y, las Entidades Públicas garantizarán los derechos reconocidos en esta LOPJM a las personas menores de edad desde el momento que accede por primera vez a un recurso de protección y proporcionarán una atención inmediata integral y adecuada a sus necesidades, evitando la prolongación de las medidas de carácter provisional y de la estancia en los recursos de primera acogida¹¹¹.

El artículo 14 de la citada LOPJM referido a la atención inmediata, ya analizando recordemos, dispone que, las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor; de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

Por su parte, la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor; investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

En todo caso, se considera situaciones de riesgos: sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes basadas en el género, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado (artículo 17.2 g).

En caso de desamparo, la tutela es asumida por ministerio de la Ley por parte de la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga la función de protección de menores. En el supuesto de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma de origen y sea previsible una reintegración

familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de éste. Tampoco será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección en los casos de traslado temporal de un menor a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella, con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas (artículo 18.4 de la LOPJM).

Se pretende la reagrupación familiar y en su caso, procurar el retorno con la familia de origen. Así, cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados; y, en el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad (artículo 19 bis 2 y 5 de la LOPJM). A dicho retorno, también se refiere el artículo 10.4. cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

En esta línea, el artículo 35 de la LOEx señala que, el Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos. No obstante, éstas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos¹¹².

En todo caso, en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias¹¹³. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle. En todo caso, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento para la devolución de un extranjero indocumentado que haya entrado en España irregularmente cuando la Administración tiene dudas sobre si se trata de un menor no acompañado¹¹⁴.

Ahora bien, en el propio Reglamento de la Ley de extranjería ha preciso que el permiso de residencia de los menores extranjeros no acompañados no expiren a los

18 años y que puedan solicitar autorizaciones de trabajo con menos trabas para lograr su mejor inserción laboral (artículos 172-174)¹¹⁵. Ciertamente, la modificación del citado Reglamento en su reforma por el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre tiene como objetivo que el permiso de residencia de las menores migrantes no acompañados no expire a los 18 años; y, asimismo, con la reforma por Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre contempla que los jóvenes *ex* tutelados que cumplan 18 años pueden solicitar autorización de trabajo con menos trabas burocráticas con el objetivo de mejorar su inserción laboral. Tiene como objetivo simplificar trámites, crear nuevos tipos de arraigo —arraigo social, arraigo socio-laboral, arraigo socio-formativo y arraigo de segunda oportunidad—, flexibilizar la reagrupación familiar y facilitar la reinserción laboral de los extranjeros en España¹¹⁶. Se reduce a dos años el tiempo para el arraigo, la autorización para trabajar desde el primer año en la mayoría de los permisos y facilitar la reagrupación de hijos y ascendientes¹¹⁷.

En fin, como medidas para ejercitar sus derechos los menores extranjeros que se encuentren en España, el citado artículo 10.3 de la LOPJM prevé su derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. A tal fin, las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley. Y, en cuanto a la prestación sanitaria el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública durante el periodo de duración de las mismas (artículo 10.5 de la LOPJM).

Sobre tales bases, la aprobación de este Real Decreto-Ley 2/2025 responde al incremento sostenido de llegadas y al impacto desproporcionado en determinadas comunidades y ciudades autónomas, especialmente Canaria y Ceuta. Introduce un nuevo marco jurídico para la redistribución de menores extranjeros no acompañados en situación de contingencia migratoria extraordinaria. La norma se sustenta en la competencia exclusiva del estado en materia de inmigración y extranjería (artículo 149.1.2º de la Constitución Española), en la aplicación del interés superior del menor como principio rector conforme a la LOPJM y, la Convención sobre Derechos del Niño e introduce nuevos preceptos y disposiciones en la LOEx. Asimismo, ha revivido las controversias en torno a la gestión de estos menores extranjeros no acompañados y el papel de las Administraciones en su protección e integración, ya que partiendo de la competencia exclusiva en materia de protección a la infancia y adolescencia, defienden la necesidad de una distribución equitativa; otras han expresado su rechazo a la medida, argumentando la falta de recursos o, sus discrepancias con el enfoque gubernamental.

Recordemos que este Real Decreto-Ley ha modificado la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en concreto, ha previsto una modificación del artículo 35 bis 1 apartado 2: si bien, como hasta ahora parte, de la adopción de acuerdo por unanimidad en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia tanto relativo a los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria

para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, como al Plan de respuesta a dicha situación, así como los criterios para la aplicación de dicho Plan, que incluirán, en todo caso, los necesarios para determinar en qué supuestos procede que se ordene el traslado de personas menores extranjeras no acompañadas de una comunidad o ciudad autónoma a otra por resolución de la persona que presida la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, previa comunicación y acreditación de dicha contingencia por parte de la comunidad o ciudad autónoma afectada; sin embargo, añade como novedad que, en defecto de dicho acuerdo unánime, los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, el Plan de respuesta a dicha situación, y los criterios para la aplicación de dicho Plan se regularán de conformidad con lo dispuesto en esta ley y los fijará el Gobierno. Esta posibilidad ha determinado la oposición de la mayoría de las Comunidades Autónomas, pues, la práctica general hasta ahora era la adopción de acuerdo en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. Máxime, si como veremos, han quedado excluidas del reparto dos Comunidades: País Vasco y Cataluña —socios del actual Gobierno—.

Asimismo, para ello modifica el modelo de gestión de contingencias migratorias extraordinarias para la infancia y la adolescencia migrante no acompañada. Por lo que, en defecto del acuerdo unánime, los criterios objetivos para la determinación, por el órgano competente de la Administración General del Estado, de cuál será la ubicación de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en las diferentes comunidades autónomas, serán los siguientes: a) Un 50 por ciento de las niñas y niños en razón a la población de las comunidades o ciudades autónomas de acogida según los datos recogidos en la Estadística continua de población.; b) Un 13 por ciento de las niñas y niños en razón a la Renta disponible bruta per cápita de los hogares de las comunidades o ciudades autónomas de acogida, publicada por el Instituto Nacional de Estadística; c) Un 15 por ciento en razón inversa a la Tasa de paro según la Encuesta de Población Activa del último cuatrimestre de las comunidades o ciudades autónomas de acogida; d) Un 6 por ciento atendiendo al esfuerzo en atención a personas menores no acompañadas, valorando, en sentido inverso, el esfuerzo de la comunidad o ciudad autónoma en la atención a niñas, niños y adolescentes acogidos con base en los siguientes parámetros: promedio de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados atendidos en los últimos seis meses; ratio de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados por cada 100.000 habitantes de la población de la comunidad o ciudad autónoma; e) Un 10 por ciento en razón inversa al dimensionamiento estructural de sistema de plazas de acogida estimado por el Ministerio de Juventud e Infancia, a partir de los acogimientos residenciales del Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia (Boletín número 26), actualizados a 19 de febrero de 2025, con la información comunicada por comunidades autónomas. Se calculará en razón a la diferencia de plazas existentes con respecto al promedio deseable de disponer de una plaza por cada 2.500 habitantes; f) Un 2 por ciento en razón a su realidad de ciudad fronteriza estableciéndose una ponderación negativa a la Ciudad de Melilla del -100 % para atender a su situación fronteriza; g) Un 2 por ciento en razón a la insularidad estableciéndose una ponderación negativa a Islas Baleares del -100 %

para atender a su situación de insularidad; y, h) Un 2 por ciento atendiendo a la dispersión de la población (artículo 35 ter.2).

También como novedad se fijan los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la infancia y la adolescencia migrante no acompañada. Así en defecto del acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a que se refiere el artículo 35 bis.1, los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria serán adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia en ejercicio de las funciones de coordinación de la Administración General del Estado, en los términos del artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Para ello, los órganos competentes de las comunidades o ciudades autónomas deberán realizar las actuaciones necesarias para garantizar la atención a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas que deban ubicarse en su territorio en los plazos previstos por los criterios de aplicación aprobados en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia de acuerdo con la resolución a la que se refiere el artículo 35 quáter. En dicho acuerdo se recogerán los criterios objetivos para la determinación de la reasignación territorial de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, así como la asignación de la tutela y custodia por parte de los servicios de protección de las comunidades o ciudades autónomas en las que hayan sido redistribuidas. En cuanto, a los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria, una vez aprobados, serán comunicados por la Secretaría de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a todas las comunidades y ciudades autónomas afectadas por conducto de las personas titulares de la Consejerías competentes en materia de juventud e infancia, quienes darán traslado, a su vez, a los servicios de su titularidad, así como a otras Administraciones de su territorio que pudieran resultar afectadas y al Ministerio Fiscal. Respecto al régimen de tutela, guarda y acogimiento de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas se estará a lo dispuesto en la legislación civil —lo que resulta lógico—. En todo caso, las personas menores de edad extranjeras no acompañadas que se desplacen, sin autorización, fuera del territorio de la comunidad o ciudad autónoma titular de su guarda o tutela podrán ser conducidas nuevamente por los servicios competentes, una vez localizadas, a su territorio y, en cualquier caso, deberán ser puestas a disposición de la autoridad correspondiente. Y, en cuanto, a las actuaciones a desarrollar por los órganos competentes de las comunidades o ciudades autónomas en ejecución del Plan de respuesta solidaria y de sus criterios de aplicación podrán ser ejercidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco por las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos de acuerdo con la distribución de competencias que se derive de su propia normativa de aplicación. A estos efectos, podrán participar en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia en los términos que establezca la legislación autonómica (artículo 35 quinquies).

Como hemos señalado, en defecto de acuerdo unánime adoptado en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, se aplica lo establecido al efecto por la LOEx (artículos 35 ter y 35 quáter), esto es, imponer la derivación. Asimismo, se establece que la aprobación de la declaración debe resolverse en un plazo máximo de cinco días naturales desde la comunicación por la comunidad o ciudad autónoma afectada (artículo 35 bis). Ahora bien, el Plan de respuesta solidaria ante la

declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria prevé que si se localiza a menores extranjeros no acompañados se llevarán a cabo las actuaciones contenidas en el Protocolo marco de menores extranjeros no acompañados (Protocolo marco) con las especialidades y plazos siguientes: 1. Tanto si su minoría de edad resulta indubitada como si se trata de menores indocumentados cuya minoría de edad no pudiera ser establecida con seguridad, se procederá a realizar su reseña inmediata o a la mayor brevedad posible y a su inscripción, sino no estuvieran ya inscritos, en el Registro de Menores Extranjeros no acompañados dentro de las 24 horas siguientes desde que se realiza esta reseña en la que se refleja la minoría de edad de la persona extranjera no acompañado, acreditada ésta o no; 2. El menor con independencia que su minoría de edad pudiera ser establecida con seguridad o no, será trasladado en el plazo máximo de 15 días naturales a contar desde la fecha de inscripción en el Registro citado, a la comunidad o ciudad autónoma de destino, que será la que corresponde de acuerdo con los establecido en el mencionado artículo 35 quinquies de la LOEx. La propuesta de ubicación en una comunidad o ciudad autónoma se adoptará por el órgano competente de la Administración General del Estado de forma simultánea a su inscripción; 3. La resolución de ubicación y traslado a una concreta comunidad o ciudad autónoma por el órgano competente de la Administración General del Estado será dictado dentro del plazo de quince días naturales desde su inscripción en el Registro, dentro de los cuales el menor afectado y la comunidad o ciudad autónoma de destino habrá de ser oídas, dando conocimiento al Ministerio Fiscal. Dicha resolución deberá inscribirse en el mencionado Registro indicando la comunidad o ciudad autónoma de destino donde será ubicado el menor; 4. Si no pudiera ser establecida con seguridad la edad del menor indocumentado en la comunidad o ciudad autónoma de destino, se practicarán las actuaciones del expediente de determinación de la edad a que se refiere el artículo 35.3 de la LOEx y las restantes que procedan conforme a la normativa de aplicación y al Protocolo marco; 5. La Disposición Adicional primera del Real Decreto-Ley 658/2025 señala un plazo de tres meses (hasta el 20 de junio de 2025) para que se aprueban los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, deberán aprobarse en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley —lo que no ha tenido lugar—, sin perjuicio de sus actualizaciones o revisiones posteriores cuando la situación lo requiera por el mismo procedimiento utilizado para su aprobación; 6. La Disposición adicional segunda del dicho Real Decreto-Ley 2/2025 se refieren a la aplicación inicial del mecanismo de derivación. Así, las reubicaciones de personas menores de edad extranjeras no acompañadas deberán llevarse a cabo dentro del plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha; 7. Se incluye como nuevo supuesto de infracción leve en materia de extranjería un nuevo párrafo f) al artículo 52 de la LOEx ante el incumplimiento por parte de las entidades que se dedican a la atención de menores y personas que trabajen con este colectivo, así como de las personas que actúen en su representación de informar a la autoridad pública sobre la localización de los menores para que estos puedan actuar para protegerles u atender sus necesidades; y, 8. La Disposición Adicional undécima de la LOEx establece como se determinará la capacidad ordinaria de los sistemas para ofrecer una protección y tutela adecuada a los menores migrantes no acompañados.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha ordenado al Gobierno que atienda de forma inmediata a los menores extranjeros no acompañados con peticiones de asilo. A tal fin, sin llegar a un acuerdo unánime en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, el Gobierno central ha acordado con Junts una distribución de los menores por la Península, excluyendo del reparto a las Comunidades del País Vasco y Cataluña¹¹⁸. La mayoría de las Comunidades Autónomas, en los términos apuntados, no están de acuerdo con tal reparto. Además de no saber nada sobre la financiación para hacer frente a los costes extraordinarios. El Gobierno procederá en primer lugar a distribuir a los menores en centros de titularidad estatal y a finales de agosto a centros de titularidad autonómica. En España hay un total de 1375 centros de protección de menores, y con capacidad saturada. El problema también se plantea respecto del lugar donde se podrá acoger a tales menores con la adecuada cobertura de todas sus necesidades. La orden ejecutiva del Alto Tribunal se dirige a los menores migrantes no acompañados solicitantes de asilo. El Gobierno español tiene que hacerse cargo de los mismos y ofrecerles la guarda y acogimiento en centros públicos de titularidad estatal.

En todo caso, debemos tener presente la obligación legal de protección de esos menores y de su tutela y acogimiento por parte de las Administraciones Públicas, pero también favorecer la reagrupación familiar o en su caso, el retorno de los menores extranjeros a su lugar de origen con su familiar, siempre que la situación lo permita.

Asimismo, hemos de dudar de la constitucionalidad de la fórmula de Real Decreto-Ley, pues, como señala el artículo 86.1 de la Constitución española que los decretos leyes no pueden afectar al régimen de las Comunidades Autónomas. Precisamente, este Real Decreto viene a imponer un marco de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino hay acuerdo de la Conferencia Sectorial, determinado a qué Comunidad van los menores migrantes no acompañados. Se puede plantear que el propio contenido del Real Decreto invade competencias exclusivas en materia de migración y protección a la infancia y adolescencia al imponer a las comunidades la guarda y tutela de menores que están acogidos fuera de esa Comunidad de destino sin contar con ellas. El Estado español, amparándose en el cumplimiento de una orden ejecutiva proveniente del Tribunal Supremo, en defecto de acuerdo unánime en el seno de la Conferencia sectorial, se procede a regular un plan de respuesta y de forma arbitraria a qué Comunidad o ciudad autónoma se va a trasladar a los menores migrantes no acompañados, en base a la alegación del artículo 149.1ª de la Constitución española. No fija el régimen jurídico de los menores migrantes no acompañados, sino un procedimiento para distribuir a los menores migrantes no acompañados cercenando competencias autonómicas. La asunción de la tutela de estos menores por la Comunidad de destino exige disponer de medios económicos. El fondo previsto en el Real Decreto-Ley se centra en los costes asociados a las sobreocupación tomando como referencia un supuesto de capacidad ordinaria del sistema fijado discrecionalmente a partir de la población nacional y no de la población menor de 18 años en cada Comunidad; en concreto, el Estado sufragará los gastos de los tres primeros meses de acogida. En fin, se habla de la quiebra del principio de lealtad constitucional el de coordinación y el de solidaridad territorial¹¹⁹.

En este contexto, nos parece oportuno finalizar este apartado, indicando que el Estado como las Comunidades Autónomas deben actuar de forma conjunta y coordinada en base a sus competencia —competencia exclusiva del Estado (artí-

culo 149.1.2º de la Constitución española) y competencias en materia de asistencia social e infancia de las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.20ª de la Constitución española)—. Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 12 de febrero de 2025¹²⁰ en relación con esta actuación señala que “no puede cerrar los ojos ante la realidad subyacente a este proceso constitucional. La inmigración es un fenómeno de evidente naturaleza supraautonómica que trasciende el círculo de sus intereses propios (artículo 137 de la Constitución española) y sobrepasa notoriamente su capacidad de gestión autónoma. Junto con el derecho a la “autonomía” de las nacionalidades y regiones españolas, el artículo 2 de la Constitución española alude a la necesaria “solidaridad entre todas ellas”. Además, este tribunal ha reiterado que “el Estado y las comunidades autónomas están recíprocamente sometidos a un deber general de colaboración que no es preciso justificar en preceptos concretos, porque es de esencia al modelo de organización territorial implantado por la Constitución” (sentencias del Tribunal Constitucional 80/1985, de 4 de julio, FJ 2º; 96/1986, de 10 de julio, FJ 3º; 118/1996, de 27 de junio, FJ 66º; y, 148/2000, de 1 de junio, FJ 13º). Dicho en otros términos, “el adecuado funcionamiento del Estado autonómico se sustenta en los principios de cooperación y coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas y de estas entre sí, además de en el establecimiento de un sistema de relaciones presididas por la lealtad constitucional, principios todos ellos que deben hacerse efectivos al margen, incluso, del régimen de distribución competencial” (sentencias del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 23º, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14º; 152/1988, de 20 de julio, FJ 6º; y, 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9º, entre otras muchas).

Ahora bien, para conseguir la adecuada colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, recordemos, son varias actuaciones ya contempladas en el analizado artículo 35 de la LOEx entre ellas: 1. Promover por el Gobierno acuerdos de colaboración con países de origen en relación con la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de las personas menores extranjeras no acompañadas; 2. La posibilidad que las Comunidades Autónomas establezcan acuerdos con los países de origen a efectos de lograr la atención de integración especial de los menores en su entorno de procedencia; 3. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas pueden establecer convenios con organizaciones gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de las personas menores no acompañados; y, 4. Las Comunidades Autónomas pueden llegar a acuerdos con otras Comunidades Autónomas en las que se encuentren personas menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia con la finalidad de garantizarles unas mejores condiciones de integración.

IV. ESTUDIO DEL REAL DECRETO 658/2025, DE 22 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN LAS MEDIDAS A ADOPTAR EN SITUACIONES DE CONTINGENCIA MIGRATORIA EXTRAORDINARIA PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA

Atendiendo a lo dispuesto en la disposición final segunda del citado Real Decreto-Ley 2/2025 y de la disposición final sexta de la LOEx se aprueba el Real

Decreto 658/2025¹²¹ que tiene por objeto desarrollar y concretar las actuaciones que deberán realizar la Administración General del Estado y las comunidades y ciudades con Estatuto de Autonomía en caso de situación de contingencia migratoria extraordinaria. En particular, determina la competencia para la declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria en el supuesto previsto en el artículo 35 bis.2 de la LOEx, así como la competencia para dictar la resolución de reubicación y traslado de personas menores de edad extranjeras no acompañadas y regula el procedimiento para la reubicación y el traslado de dichas personas menores en caso de situación de contingencia migratoria extraordinaria. En particular, mediante este Real Decreto: a) Se determinan los órganos competentes en el ámbito de la Administración General del Estado para adoptar, en el supuesto previsto en el artículo 35 bis.2 de la LOEx la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada (situación de contingencia migratoria extraordinaria), así como la resolución de ubicación y traslado de las personas menores de edad en el marco de una situación de contingencia migratoria extraordinaria; b) Se desarrolla el procedimiento para la reubicación y el traslado de las personas menores de edad cuando se haya declarado una situación de contingencia migratoria extraordinaria; y, c) Se regulan las actuaciones que deberán realizar las comunidades autónomas de origen y destino para dar cumplimiento a las previsiones del Plan de respuesta solidaria ante una situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada (Plan de respuesta solidaria).

En todo caso, la declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria, así como su cese, será aprobada por resolución de la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia; y, la comunidad autónoma que se considere afectada por la situación de contingencia migratoria extraordinaria comunicará tal circunstancia a la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. La comunicación deberá incluir el número de personas menores de edad extranjeras no acompañadas atendidas por su sistema de protección y tutela en el momento de la comunicación (artículo 3).

Ahora bien, podrán existir mecanismos bilaterales de cooperación entre las administraciones autonómicas de origen y de destino, al fin de garantizar la ejecución de las actuaciones previstas en este Real Decreto. En todo caso, cuando hayan sido declaradas, simultáneamente, dos o más situaciones de contingencia migratoria extraordinaria en distintas comunidades autónomas, la persona titular del Ministerio de Juventud e Infancia instará la convocatoria de la Comisión Interministerial de Inmigración que establecerá los mecanismos de coordinación necesarios entre los órganos territoriales de la Administración General del Estado afectados para asegurar la correcta ejecución de lo dispuesto en este real decreto. A tal fin, las comunidades autónomas deberán remitir a la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, cuando les sean solicitados, y en todo caso antes del 15 de enero de cada año, los siguientes datos sobre la atención a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en su territorio a que se refiere La LOEx, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 141 y 142 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre: a) Certificación de la persona titular de la Consejería competente relativa al número máximo de personas menores de edad extranjeras no

acompañadas atendidas por el sistema de protección de la comunidad autónoma en el año natural anterior, especificando la fecha exacta en que se produjo tal número máximo de personas atendidas y la identidad de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, previa exclusión del cómputo de las personas menores de edad que hayan sido efectivamente trasladadas a otra comunidad autónoma dentro del año considerado en razón a la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria en la comunidad autónoma de origen, a los efectos de la disposición adicional undécima, apartado 3 de la LOEx. Este número corresponderá al valor máximo de personas atendidas en una fecha concreta y en ningún caso hará referencia al total acumulado; b) El número de plazas de acogida destinadas a personas menores de edad extranjeras no acompañadas de que disponen en su sistema de protección, desglosando las de acogimiento residencial y las de acogimiento familiar, a los efectos de la disposición adicional undécima, apartado 4 de la LOEx, a 31 de diciembre del año anterior o, en su caso, a la fecha de la solicitud; c) El número de plazas de acogida destinadas a personas menores de edad, extranjeras o no, de que disponen en su sistema de protección, desglosando las de acogimiento residencial y las de acogimiento familiar, a los efectos de la disposición adicional duodécima de la LOEx, a 31 de diciembre del año anterior o, en su caso, a la fecha de la solicitud; y, d) El número de personas menores de edad extranjeras no acompañadas que están siendo atendidas por su sistema de protección, a los efectos de la disposición adicional undécima, apartado 4 de la LOEx a 31 de diciembre del año anterior o, en su caso, a la fecha de la solicitud (artículo 4).

En cuanto al procedimiento para la reubicación y el traslado de personas menores de edad en el marco de una situación de contingencia migratoria extraordinaria: 1. En la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria, el órgano competente para instruir el procedimiento para la reubicación y el traslado de personas menores de edad es la persona titular de la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que se encuentre la persona menor de edad. Dicho procedimiento comenzará con la propuesta de ubicación, que deberá ser adoptada por el órgano instructor de forma simultánea a la inscripción de la persona menor de edad en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, regulado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹²². La propuesta de ubicación indicará la comunidad autónoma de destino a la que se trasladará a la persona menor de edad; 2. Para la determinación de la comunidad autónoma a la que la propuesta de ubicación considere que debe ser trasladada la persona menor de edad, se estará a los criterios que, de conformidad con el artículo 35 bis de la LOEx puede adoptar la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. En defecto de dicho acuerdo, la propuesta tendrá en cuenta los criterios objetivos que establece el artículo 35 ter.2 de la citada ley. En todo caso, la distribución deberá comenzar por las comunidades autónomas a las que corresponda un mayor porcentaje de traslados, garantizando en todo caso una distribución equilibrada entre todas las comunidades autónomas. En particular, el criterio del esfuerzo en atención a personas menores de edad previsto en el artículo 35 ter.2.d) de la LOEx, se calculará de acuerdo con los datos del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados; 3. La persona titular de la Subdelegación del Gobierno en la provincia en cuyo territorio se encuentre la persona menor de edad solicitará a la

comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria, el mismo día en que se dicte la propuesta de ubicación, un informe sobre la situación de la persona menor de edad que recogerá, en todo caso, si se ha tomado alguna medida provisional de protección acorde a la situación de la persona menor de edad o si existe información acerca de familiares en España. Este informe, junto con la copia de la documentación sobre la persona menor de edad que obre en posesión de la administración autonómica, deberá ser remitido por la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria en el plazo máximo de tres días naturales desde que reciba la petición. Para la elaboración de dicho informe, la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria deberá realizar una entrevista personal a la persona menor de edad. Las preguntas formuladas en esta entrevista personal se ajustarán a las instrucciones que a tal efecto dicte el Ministerio de Juventud e Infancia; 4. Antes de la propuesta de resolución de ubicación y traslado, se comunicará el expediente a la persona menor de edad interesada y a la comunidad autónoma de destino, para que aleguen lo que estimen oportuno en un plazo de tres días naturales; 5. El expediente se remitirá al Ministerio Fiscal, que podrá pronunciarse en un plazo de dos días naturales y, en todo caso, si la persona menor de edad manifiesta su oposición al traslado; 6. La persona titular de la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que se encuentre la persona menor de edad, a la vista del informe señalado en el apartado 3 y del resto de documentación que obre en el expediente, elevará una propuesta de resolución de ubicación y traslado a la persona titular de la Delegación del Gobierno en la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria en cuyo territorio se encuentre la persona menor de edad; 7. La persona titular de la Delegación del Gobierno en la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria en cuyo territorio se encuentra la persona menor de edad será la competente para resolver el procedimiento para la reubicación y el traslado de las personas menores de edad de acuerdo con lo señalado en el artículo 35 quáter.4 de la LOEx. La resolución de ubicación y traslado será notificada a la persona menor de edad, en el plazo de diez días naturales desde la adopción de la propuesta de ubicación, si su grado de madurez lo permite, o a sus representantes legales en otro caso, a la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria y a la comunidad autónoma de destino, y se comunicará a la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Juventud e Infancia y al Ministerio Fiscal. La resolución irá acompañada de los informes sobre la persona menor de edad; 8. La resolución emitida pondrá fin a la vía administrativa y será inscrita en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, indicando la comunidad autónoma de destino en la que será ubicada la persona menor de edad. Contra la resolución se podrá interponer el recurso potestativo de reposición ante el órgano que la haya dictado, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación. Alternativamente, la resolución podrá ser impugnada directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en la forma y plazo previstos en el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; 9. La resolución de ubicación y traslado a la que se refiere el apartado 7 implicará la asunción de la tutela y custodia de las personas menores de edad por parte de los servicios de protección de las comunidades autónomas en las que ha-

yan sido reubicadas, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil; y, 10. Desde la notificación de la resolución de ubicación y traslado, la comunidad autónoma de destino deberá adoptar las medidas necesarias al fin de garantizar la adecuada atención integral de las personas menores de edad y su acogimiento, determinando el recurso de protección que se considere más adecuado para su atención. En particular, adoptará itinerarios y recursos de intervención específicos para dar respuesta a las necesidades concretas de algunos perfiles, como pueda ser el caso de las niñas, niños y adolescentes víctimas de trata de seres humanos, de las personas menores que presenten problemas de salud física o mental, o que se encuentren más cerca de la mayoría de edad y necesiten un apoyo centrado en el fomento de la autonomía de cara a su emancipación, así como un trabajo específico de integración socio-laboral.

En fin, con respecto a las actuaciones a realizar para dar cumplimiento a las previsiones del Plan de respuesta solidaria, a comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria será la responsable del traslado de las personas menores de edad. Dicho traslado será financiado por la Administración General del Estado mediante el Fondo al que se refiere la disposición adicional undécima, apartado 4, de la LOEx. En particular, la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria deberá: a) Notificar a la comunidad autónoma de destino, a la Delegación del Gobierno en la comunidad autónoma de destino y a la Jefatura Superior de Policía de destino, con una antelación mínima de 48 horas a la realización del traslado, la fecha, hora y lugar de llegada de las personas menores de edad; b) Informar a la persona menor de edad, si su grado de madurez lo permite, o a sus representantes legales en otro caso, en el plazo de 48 horas desde la notificación de la resolución de ubicación y traslado, acerca de la fecha y hora en la que se realizará el traslado, medio de transporte, acompañamiento y características del traslado; c) Ejecutar el traslado, que deberá realizarse en un plazo máximo de cinco días naturales desde la notificación de la resolución de ubicación y traslado. Dicho traslado se realizará con pleno respeto de los derechos de la persona menor de edad. Excepcionalmente, por motivos de salud determinantes para el traslado de la persona menor de edad o por cualquier otra circunstancia sobrevenida, podrá retrasarse la ejecución del traslado hasta la finalización de la asistencia sanitaria que sea necesaria o hasta que se produzca el cambio de las circunstancias sobrevenidas, debiendo quedar acreditada dicha circunstancia en el expediente. La persona menor de edad será trasladada desde el centro de protección de menores donde hubiera permanecido acompañada por profesionales referentes de la entidad pública de origen y se procederá al intercambio de información entre estos y los profesionales de destino sobre la situación y características de cada persona menor. La comunidad autónoma de destino deberá recibir a la persona menor de edad, siendo el plazo máximo para la realización de los traslados de la persona menor de edad será de quince días naturales a contar desde la fecha de su inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

Una vez ejecutado el traslado, la comunidad autónoma de destino deberá notificarlo a la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Juventud e Infancia a efectos del seguimiento de la situación de contingencia migratoria extraordinaria (artículo 6).

Sobre tales bases, se pueden concretar las claves de esta nueva norma, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 24 de julio de 2025, en las siguientes: 1. Deter-

mina la competencia para la declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria en el supuesto previsto en el artículo 35 bis.2 de la LOEx, así como la competencia para dictar la resolución de reubicación y traslado de personas menores de edad extranjeras no acompañadas; 2. Prevé que la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria y su cese serán aprobadas por la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia; 3. Contempla mecanismos de coordinación entre las administraciones autonómicas y la Administración General del Estado para asegurar la correcta ejecución de las medidas; 4. Desarrolla el procedimiento para la reubicación y el traslado de dichas personas menores en caso de situación de contingencia migratoria extraordinaria; y, 5. Regula las actuaciones destinadas a dar cumplimiento al Plan de Respuesta Solidaria ante una situación de contingencia migratoria extraordinaria.

Con estas medidas se trata de proporcionar una atención integral y adecuada a las necesidades de los menores migrantes no acompañados, garantizando su protección social, sanitaria, educativa y de vivienda. La norma se ajusta a los principios de buena regulación, proporcionalidad, eficiencia, seguridad jurídica y transparencia, y ha sido informada por la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Como hemos indicado, Aragón, Comunidad de Madrid, Comunidad de Castilla-León, Comunidad de Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Región de Murcia y Las Illes Balears ha manifestado su intención de recurrir este Real Decreto que establece el reparto de menores migrantes no acompañados de 22 de julio de 2025. En concreto, el Conselle de Govern de Illes Balears interpondrá el día 29 de agosto de 2025 su segundo recurso judicial contra el reparto de menores migrantes, estos es, contra el este Real Decreto de 22 de julio que establece el procedimiento de reparto de menores migrantes.

Asimismo, se ha planteado solicitar la declaración de situación de contingencia migratoria extraordinaria que, ya tienen Canarias, Ceuta y Melilla. Para solicitar esta situación el artículo 35 bis.2 de la LOEx exige que el sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas exceda en ocupación tres veces su capacidad ordinaria. Lo que no cumple la Comunidad de las Illes Balears. En todo caso, recordemos que la aprobación de tal declaración tendrá lugar en el plazo máximo de cinco días naturales desde la comunicación de la comunidad autónoma o ciudad autónoma afectada. Ahora bien, tanto la declaración como el cese de la situación de contingencia migratoria corresponden a la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de la Infancia y Adolescencia, a la que la comunidad autónoma afectada por la situación remitirá la comunicación de tal circunstancia con la inclusión del número de personas menores de edad extranjeras no acompañadas atendibles por el sistema de protección y tutela como analizaremos (artículo 3 del Real Decreto 658/2025).

En este contexto, recordemos, de nuevo, que respecto a la determinación de la capacidad ordinaria de los sistemas para la adecuada protección y tutela de los menores de edad extranjeros no acompañados, se estará a lo previsto en la Disposición Adicional 11ª de la LOEx; y que el procedimiento para la reubicación y traslado de menores migrantes extranjeros no acompañados en situación de contingencia migratoria se concreta: 1. Propuesta de ubicación por el órgano instructor; esto es, por la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que se encuentra la persona menor de edad. La propuesta se adoptará de forma simultánea a la inscripción de la

persona menor de edad en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados e indicará la comunidad autónoma de destino o a la que se va a trasladar a la persona menor de edad; 2. El mismo día en que se dicte la propuesta, el órgano instructor solicitará a la comunidad autónoma declarada en contingencia migratoria extraordinaria un informe sobre la situación de la persona menor de edad que incluirá, en todo caso, si se ha adoptado alguna medida provisional de protección acorde a la situación o si existe información acerca de familiares en España. El informe se remitirá en un plazo máximo de tres días naturales; 3. Comunicación del expediente a la persona menor de edad y a la comunidad autónoma de destino para que haga las alegaciones que considere oportunas en el plazo de tres días naturales. Asimismo, se remitirá al Ministerio Fiscal el cual habrá de pronunciarse en el plazo de dos días naturales y deberá hacerlo, si la persona menor de edad se opone al traslado; 4. El órgano instructor a la vista del informe y demás documentación del expediente, elevará la propuesta de resolución de ubicación y traslado a la persona titular de la Delegación del Gobierno de la comunidad autónoma declarada situación de contingencia migratoria extraordinaria donde se cuenta la persona menor de edad; 5. Finalmente, se dictará resolución que proceda y se notificara a la persona menor de edad, o, en su caso, a sus representantes legales, a la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria y a la comunidad autónoma de destino. Asimismo, se comunicará a la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Juventud e Infancia y al Ministerio Fiscal; y, 6. Esta resolución podrá fin al expediente administrativo y se inscribirá en el Registro de Menores No Acompañados.

En fin, por un lado, en cuanto al traslado de los menores de edad migrantes no acompañados, tanto los profesionales del centro de origen como del centro de destino deberán intercambiar información en el plazo de 15 días naturales desde la fecha de inscripción del menor en el registro de Menores Extranjeros no acompañados. Y, por otro, las obligaciones que asume la comunidad autónoma de destino se concretan: 1. En el recibimiento de la persona menor de edad; 2. Llevar a cabo las actuaciones necesarias respecto de dicha persona y garantizar que reciban la asistencia integral y acogimiento adecuadas. Si se niega a hacerse cargo de la persona menor de edad, los profesionales de la entidad de origen que la acompañe dejen constancia en el informe correspondiente, podrán, en su caso, recabar la ayuda de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, además de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y entregan a la persona menor de edad a la entidad pública de la comunidad autónoma de destino; y, 3. Se notificará el traslado, una vez ejecutado, a la Dirección General de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Juventud e Infancia, a efectos de seguimiento de la situación de contingencia migratoria extraordinaria.

V. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 743/2025, DE 26 DE AGOSTO, POR EL QUE SE APRUEBA LA CAPACIDAD ORDINARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y TUTELA DE PERSONAS MENORES DE EDAD EXTRANJERAS NO ACOMPAÑADAS DE LAS COMUNIDADES Y CIUDADES AUTÓNOMAS

En virtud del citado Real Decreto-Ley 2/2025, objeto de análisis en líneas precedentes, se prevé la posibilidad de realizar una redistribución de personas meno-

res de edad extranjeras no acompañadas entre comunidades y ciudades autónomas en caso de declararse una situación de contingencia migratoria extraordinaria, aplicando una fórmula de solidaridad equitativa y que pondera el esfuerzo realizado por cada territorio en la atención a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. Las reubicaciones de personas menores de edad extranjeras no acompañadas que resulten necesarias deberán llevarse a cabo dentro del plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo. Para ello, el citado Real Decreto-Ley 2/2025 introdujo una nueva disposición adicional undécima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas. En concreto, y en defecto del acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia a la que se refiere el artículo 35 bis de la LOEx, la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de menores se obtendrá de dividir la población total de cada comunidad autónoma a 31 de diciembre del año anterior, por el cociente resultante de dividir la población total de España a 31 de diciembre del año anterior entre el número máximo de personas menores de edad extranjeras no acompañadas atendidas por el conjunto del sistema de protección español, según los datos enviados por las comunidades y ciudades autónomas antes del 31 de marzo de 2025, y previa inscripción en el registro de menores y certificación del Ministerio de Juventud e Infancia. Asimismo, el apartado segundo de la disposición adicional undécima establece que mediante Real Decreto, previa información a la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, se aprobará anualmente cuál es la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas, en los términos recogidos en la citada disposición adicional. En consecuencia, y una vez acreditado el defecto del acuerdo unánime en la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, y previa información a los miembros de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, se aprueba el Real Decreto 743/2025, de 26 de agosto, por el que se establece la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas de las Comunidades y ciudades autónomas¹²³, de acuerdo con la certificación expedida por la Ministra de Juventud e Infancia de 21 de julio y el certificado del jefe central de operaciones de la comisaría general de extranjería y fronteras de 27 de junio de 2025, en relación con los datos del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. En la tramitación de este Real Decreto-Ley se ha recabado el informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Juventud e Infancia. Tendrá efectos al día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” —28 de agosto de 2025—.

De esta forma, la capacidad ordinaria de los sistemas de acogida ha quedado cifrada en una ratio de 32,6 plazas para niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados por cada 100.000 habitantes para el conjunto del país, de acuerdo con la fórmula recogida en la norma aprobada. Este Real Decreto tiene por objeto garantizar un proceso de acogida vinculante, digna y solidaria de la infancia migrante no acompañada que llega a España y establece la base para que comiencen los traslados de acuerdo con el protocolo establecido.

Tras la aprobación, aquellas comunidades y ciudades autónomas que multipliquen por tres su capacidad ordinaria serán declaradas en situación de contingencia migratoria extraordinaria, lo que activará el protocolo de traslados. A tal efecto tie-

nen una capacidad ordinaria: Andalucía: 2.827; Aragón: 441; Principado de Asturias: 331; Illes Balears: 406; Canarias: 737; Cantabria: 194; Castilla y León: 783; Castilla-La Mancha: 692; Cataluña: 2650; Comunitat Valenciana: 1.767; Extremadura: 344; Galicia: 886; Comunidad de Madrid: 2.325; Región de Murcia: 517; Comunidad Foral de Navarra: 223; Euskadi: 731; La Rioja: 107; Ciudad de Ceuta: 27; y Ciudad de Melilla: 28. Total de capacidad ordinaria de todas las comunidades autónomas: 16.016.

El ejecutivo aragonés ha manifestado su intención de estudiar y, en su caso, recurrir este nuevo Real Decreto. Para el Gobierno autonómico “el contenido de las normas aprobadas en este Consejo de Ministros ahonda en la arbitrariedad del reparto”. Ha criticado también que atribuya a delegados y subdelegados del Gobierno “la capacidad de decidir a qué Comunidad Autónoma trasladan a un menor, sin atender a criterios técnicos o siquiera humanitarios”, además que “carecen de competencias en esta materia y de servicios técnicos especializados en protección a la infancia”. Ciertamente, ha apuntado la consejera de Bienestar Social y Familia que se “siguen imponiendo un reparto arbitrario de menores a las Comunidades Autónomas, que no cumple ningún criterio, se hace con unos datos que desconocemos absolutamente y que responde sólo al interés del presidente del Gobierno Pedro Sánchez y a sus pactos con los independentistas”. La consejera, igualmente, ha aludido también al traslado de los menores en protección internacional desde Canarias a la península Ibérica por orden del Tribunal Supremo, que “está siendo un auténtico caos”.

Por su parte, el Gobierno aragonés también ha protestado por “el tono coercitivo” en la redacción de estas normas y por las “amenazas” vertidas por el presidente del Gobierno y por la ministra de Juventud e Infancia hacia las Comunidades Autónomas y los consejeros responsables de la atención y protección a la infancia, por considerarlas “inadmisibles en un contexto democrático y en un Estado de derecho”.

Mientras tanto, han asegurado que el Gobierno de Aragón “sigue trabajando en la acogida obligatoria de estos menores”, que son “quienes deberían ocupar toda nuestra atención y esfuerzos”, y que llevarán a cabo este proceso “sin financiación y, lo que es más grave, sin información y sin coordinación alguna”.

En este contexto, otras Comunidades autónomas —Madrid, Castilla-León, Andalucía, Castilla-La Mancha. Illes Balears— han manifestado, asimismo, su intención de recurrir este Real Decreto ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional¹²⁴.

Este Real Decreto de 26 de agosto de 2025 establece una ratio de 32,6 plazas para menores migrantes no acompañados por cada 100.000 habitantes. A partir del 28 de agosto de 2025 comenzará el traslado de 3.975 menores migrantes no acompañados a la Península de los que se ha de restar unos 1200 menores migrantes extranjeros solicitantes de asilo. Detalla la capacidad de acogida de cada una de las Comunidades Autónomas, y fija el número de menores migrantes no acompañados que han de acoger aquéllas. En concreto: Andalucía: 677; Comunidad de Madrid: 647; Comunidad Valenciana: 571. Entre las tres suman casi la mitad total de menores migrantes no acompañados. Le siguen: Castilla-La Mancha: 320; Galicia: 317; Aragón: 251; La Rioja: 205; Castilla-León: 197; Extremadura: 159; Cantabria: 156; Asturias: 144; Murcia: 133; Navarra: 118 y Illes Balears: 49. Euskadi y Cataluña quedan fuera del reparto.

En fin, procede recordar, por un lado que, debe tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 35 quáter y quinquies de la LOEx, así como el artículo 6 del Real Decreto-Ley 658/2025 en los que se regula el Plan de respuesta solidaria en el que se contienen el conjunto de actuaciones a desarrollar ante la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria. Ciertamente, declarada la situación de contingencia migratoria extraordinaria, si se localizase a un menor de edad, se procederá conforme al Protocolo Marco con las especialidades previstas en el artículo 35 quáter de la LOEx y los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria. En el citado artículo 6, como hemos analizado, se contienen una serie de actuaciones que deben realizarse para el cumplimiento del plan de respuesta solidaria; y, por otro, cabe aludir al artículo 35 ter de la LOEx que regula el Modelo de gestión de contingencia migratorias extraordinaria para la infancia y adolescencia que, debe incluir el conjunto de criterios objetivo para la determinación de cuál será la ubicación de las personas menores de edad migrantes no acompañadas en las diferentes comunidades autónomas o ciudades autónomas, así como la regulación del mecanismo de derivación de dichos menores a otras comunidades o ciudades autónomas y los criterio de determinación de las plazas pro comunidades o ciudad autónoma en caso de derivación. En defecto de acuerdo unánime la determinación de la ubicación corresponde al Estado conforme los parámetros previstos en el artículo 35 bis apartado 1 de la LOEx ya analizado.

Este Real Decreto 658/2025 desarrolla las medidas previstas en el Real Decreto-Ley 2/2025, además de concretar las actuaciones que tanto la Administración General del Estado como las comunidades autónomas y ciudades autónomas debe realizar en el caso de situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia de migrantes menores no acompañados. Asimismo, reitera el citado artículo 4.1 del Real Decreto 685/2025 las posibilidades de existencia de mecanismos bilaterales de cooperación entre las administraciones autonómicas de origen y de destino.

En este contexto, la consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias ha avanzado que el día 27 de agosto de 2025 el Estado tiene previsto crear 110 nuevas plazas en distintas comunidades autónomas a lo largo del mes de septiembre de 2025 para derivar a los niños y niñas que están actualmente en el centro “Canarias-50”. Cifra que el archipiélago canario considera insuficiente.

Recientemente, la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado un auto de 11 de diciembre de 2025 (Roj. ATS 11562/2025; ECLI:ES:TS:2025:11562A) en el que acuerda la medida cautelar solicitada por la Comunidad de Madrid de requerir a la Administración del Estado para que, en el plazo improrrogable de 30 días, garantice el acceso y permanencia en el Sistema Nacional de Acogida de Protección Internacional de aquellos menores, actualmente a cargo de los servicios de protección de menores de esta Comunidad, que hayan solicitado protección internacional o manifestado su voluntad de solicitarla, con la necesaria colaboración y cooperación de la Comunidad Autónoma requirente, actuaciones que deberán desarrollarse bajo el principio del superior interés del menor.

Asimismo, dispone que la Administración del Estado deberá dar cuenta a la Sala, al finalizar el plazo de 30 días, de las actuaciones realizadas en ejecución de lo actuado.

La Comunidad de Madrid interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación del requerimiento efectuado el 9 de julio de 2025 al Gobierno de España para que adoptara lo solicitado y, además, pidió la medida cautelar que ahora ha sido aceptada por la Sala.

En esta resolución, reproduce los razonamientos de los autos de 25 de marzo de 2025 y de 4 de junio de 2025 que llevaron a la Sala a otorgar a la Comunidad Autónoma de Canarias una medida cautelar en relación con los menores extranjeros solicitantes de asilo acogidos en dicha Comunidad Autónoma.

Precisamente, las partes enfrentadas en este recurso aluden a dichos autos que deben ser tenidos en cuenta porque, en esencia, el planteamiento del problema es sustancialmente equivalente en los dos casos: ambos se refieren a menores solicitantes de asilo o que han manifestado su voluntad de solicitarlo, están atendidos actualmente por la respectiva Comunidad Autónoma recurrente, no están integrados en el sistema nacional de acogida de solicitantes de asilo competencia del Estado, etc.

De todas formas, como subraya el citado auto “Es cierto, no obstante, que existen diferencias apreciables entre ambos supuestos, fundamentalmente derivadas del número de menores afectados, que en este caso oscilarían entre los 38 que reconoce la Administración del Estado y los 50 que indica la Comunidad de Madrid, muy lejos en cualquier caso de los miles de menores que estaban padeciendo una situación de verdadero hacinamiento en Canarias”.

Pero, con todo, señala que esta circunstancia del número de menores afectados “no debe impedir que se adopte la medida cautelar interesada, pues conduciría al absurdo pretender que una medida cautelar dirigida a la protección del superior interés de los menores no pudiera adoptarse hasta que se constatará que se hubiera producido el hacinamiento de éstos, siendo hasta entonces privados de unos derechos que, indiscutiblemente, les reconoce la legislación nacional y europea y cuya satisfacción debe ser procurada por la Administración del Estado”.

Asimismo, la Comunidad de Madrid recurrió ante el Tribunal Supremo el inicio de 12 procedimiento de traslados cursado por las Oficinas de Extranjería dependientes de la Delegación del Gobierno Autónoma de Ceuta y de las Subdelegaciones del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria en virtud de la reforma de la Ley de Extranjería.

El cauce de impugnación elegido por la recurrente es la vía de hecho que imputa al Gobierno de España por no haber dictado la norma que determine el número de menores que han de desplazarse a cada comunidad autónoma receptora. La regulación de las medidas cautelares en la LJCA presenta una especialidad cuando se trata de recursos contra la vía de hecho de la Administración. El artículo 136.1 establece: “En los supuestos de los artículos 29 y 30 (inactividad y vía de hecho, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada”.

Pues bien, el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 8 de enero de 2026 (Roj. ATS 185/2026; ECLI:ES:TS:2026:185A) sostiene que “La medida que aquí se interesa por la Comunidad de Madrid choca con un importante obstáculo, y es que la vía de hecho, según la definición del artículo 25.2 de la LJCA, constituye una “actuación material”, lo que no es predicable de unos actos formales, de mero trámite, cuyo contenido se restringe a disponer la

iniciación de un procedimiento administrativo; garantizar los traslados de menores”; además, la suspensión de los procedimientos, y, con ello, la paralización del traslado de los menores, provocaría “graves daños”. De ahí, el rechazo de los argumentos esgrimidos por la Comunidad Autónoma de Madrid para frenar la med

Y, por otra indicar que, se debe propiciar una política migratoria europea que proporcione seguridad control y protección de las fronteras sobre todo, la del sur de Europa (España, Portugal e Italia). La presidenta de este último país Giorgia Meloni ha impulsado un plan para desviar migrantes rescatados en el Mediterráneo hacia Albania en lugar de permitir su entrada en territorio italiano, Italia financia instalaciones en el país balcánico (como el centro de Gjader) para albergar a migrantes varones adultos procedentes de países considerados “seguros”.

De conformidad con la Directiva 2013/32/UE, los Estados miembros pueden acelerar el examen de las solicitudes de protección internacional y llevarlo a cabo en la frontera cuando emanen de nacionales de terceros países que se ha considerado que ofrecen protección suficiente. En Italia, esta designación de países terceros como “países de origen seguros” se efectúa, desde octubre de 2024, mediante un acto legislativo.

Respecto de esta política y acto legislativo se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, en su sentencia de 1 de agosto de 2025 (asuntos C-758/24 y C-759/24)¹²⁵ reconociendo en materia de protección internacional, la posibilidad de que la designación de un tercer país como “país de origen seguro” sea objeto de un control judicial efectivo.

Este pronunciamiento tiene su origen en el hecho de que dos nacionales de Bangladesh, rescatados en el mar por las autoridades italianas y trasladados a un centro de internamiento en Albania con arreglo al Protocolo Italia-Albania presentaron una solicitud de protección internacional. Esta solicitud fue denegada en un procedimiento fronterizo acelerado, basado en la consideración de Bangladesh como un país de origen seguro. Los solicitantes impugnaron la decisión ante el Tribunal Ordinario de Roma, que a su vez solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaraciones sobre la aplicación del concepto de país de origen seguro y las obligaciones de los Estados miembros en materia de control judicial efectivo. El órgano jurisdiccional remitente alega que, a diferencia del régimen anterior, el acto legislativo de octubre de 2024 no detalla las fuentes de información en las que se basó el legislador italiano para evaluar la seguridad del país. Por consiguiente, tanto el solicitante como la autoridad judicial se ven privados de la posibilidad, respectivamente, de impugnar y de controlar la legalidad de tal presunción de seguridad, examinando, en particular, la procedencia, la autoridad, la fiabilidad, la pertinencia, la actualidad y la exhaustividad de esas fuentes.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que la designación de países terceros como “países de origen seguros” en Italia se lleva a cabo a través de un acto legislativo. En virtud de dicho acto legislativo, Bangladesh se considera en Italia un “país de origen seguro”.

Pues bien, planteadas por el tribunal italiano las dudas al respecto, el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llegado a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, admite la posibilidad de designación de un tercer país como “país de origen seguro” mediante un acto legislativo, si bien exige para ello que

dicha designación pueda ser objeto de control jurisdiccional respecto del cumplimiento de los requisitos materiales de la misma.

Este control puede llevarse a cabo por cualquier órgano jurisdiccional nacional que conozca de un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de protección internacional examinada en el marco del régimen especial aplicable a las solicitudes presentadas por los solicitantes procedentes de terceros países designados como países de origen seguros y debe referirse al cumplimiento de los requisitos materiales de tal designación establecidos en el anexo I de la Directiva, en particular cuando se interpone un recurso contra una resolución denegatoria de una solicitud de asilo en el marco del procedimiento acelerado aplicable a los nacionales de países así designados.

En segundo lugar, señala que el Estado miembro que efectúa la referida designación debe garantizar un acceso suficiente y adecuado a todas las fuentes de información en que se basa la designación. Dicho acceso ha de permitir al solicitante de protección internacional defender sus derechos en las mejores condiciones posibles y al juez competente ejercer el control de la resolución relativa a la solicitud de protección internacional. Además, esta exigencia tiene por objeto garantizar una tutela judicial efectiva que permita al solicitante hacer valer eficazmente sus derechos y al juez nacional ejercer plenamente su control.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional puede, al examinar si tal designación cumple los criterios establecidos en el anexo I de la Directiva, tener en cuenta la información que él mismo haya recabado, siempre que compruebe su fiabilidad y dé a las dos partes en el procedimiento la oportunidad de presentar sus observaciones sobre esa información adicional.

Por último, niega la posibilidad de que un Estado miembro designe como país de origen seguro a un tercer país que no cumpla, para determinadas categorías de personas, los requisitos materiales para tal designación. Si bien llega a esta conclusión en relación con el contenido del artículo 37 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, a partir del 12 de junio de 2026, con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, aquella debe ser matizada. De todas formas, consagra el interés superior del menor como criterio rector. Se establece la designación de representantes para menores no acompañados, garantías especiales en la entrevista y protocolos no invasivos para la determinación de edad.

Ciertamente, la nueva norma, como veremos, introduce la posibilidad que la designación de un tercer país como país de origen seguro a nivel de la Unión y a nivel nacional prevea excepciones para categorías de personas claramente identificables, se trata de la prerrogativa del legislador de la Unión Europea de reconsiderar tal decisión, procediendo a una nueva ponderación de los intereses en cuestión.

En definitiva, con esta sentencia se frenan las deportaciones de migrantes a centros de atención fuera de la Unión Europea, se refuerza la necesidad de transparencia y control judicial en los procedimientos de designación de países de origen seguros, asegurando que los derechos de los solicitantes de protección internacional sean debidamente protegidos y afectando con ello al acuerdo migratorio entre Italia y Albania.

Asimismo, como complemento del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), se dicta el Reglamento (UE) 2024/1349 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1148 que tiene como objetivo racionalizar, simplificar y armonizar las disposiciones procedimentales de los Estados miembros mediante el establecimiento de un procedimiento fronterizo de retorno. Dicho procedimiento debe aplicarse a los nacionales de terceros países y los apátridas cuya solicitud haya sido denegada en el contexto del procedimiento fronterizo de asilo establecido en el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo. A los efectos que nos interesa, el interés superior del niño debe ser la consideración primordial de los Estados miembros a la hora de aplicar las disposiciones de este Reglamento que puedan afectar a los menores. De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de este Reglamento y no queda vinculada por él ni sujeta a su aplicación. Dado que este Reglamento desarrolla el acervo de Schengen, Dinamarca decidirá, de conformidad con el artículo 4 de dicho Protocolo, dentro de un plazo de seis meses a partir de que el Consejo haya tomado una medida sobre este Reglamento, si lo incorpora a su legislación nacional. Por su parte, este Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en las que Irlanda no participa de conformidad con la Decisión 2002/192/CE del Consejo; por lo tanto, Irlanda no participa en su adopción y no queda vinculada por él ni sujeta a su aplicación. Por lo que respecta a Islandia y Noruega, dicho Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea, la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE del Consejo. En cuanto a Suiza, el presente Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE, en relación con el artículo 3 de la Decisión 2008/146/CE del Consejo. En fin, en lo que respecta a Liechtenstein, este Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, la aplicación y el desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE, en relación con el artículo 3 de la Decisión 2011/350/UE del Consejo.

Fijando un marco de reasentamiento y admisión humanitaria en la Unión Europea se aprueba el Reglamento (UE) 2024/1350, de 14 de mayo se basa en la plena y total aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas, de 28 de julio de 1951, en su versión complementada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967. Establece como principios rec-

tores se centra en garantizar la unidad familiar; todos los miembros de la familia respecto a los que un Estado miembro tenga intención de realizar un procedimiento de admisión, que puedan optar a dicha admisión y no incurran en motivos de denegación deben, por regla general y en la medida de lo posible, ser admitidos conjuntamente. En caso de que esto no sea posible, los miembros de la familia que no hayan sido admitidos juntos deben ser admitidos lo antes posible en una etapa posterior. A la hora de determinar los parámetros aplicables a una familia concreta de la que dependan nacionales de terceros países o apátridas, según lo dispuesto en este Reglamento, los Estados miembros deben reconocer que los familiares lejanos pueden ser el último recurso para quienes dependen exclusivamente de la familia como fuente de apoyo psicológico y emocional y medio de subsistencia.

En fin, como hemos indicado se ha aprobado el Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 sobre gestión de asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n° 604/2013¹²⁶. Este Reglamento forma parte del Nuevo Pacto de Migración y asilo europeo, que entrará en vigor el 12 de junio de 2026, pero el legislador de la Unión puede adelantar esa fecha. Este Reglamento reemplaza al anterior Reglamento de Dublín III. Establece: 1. Solidaridad obligatoria pero flexible. Los Estados Miembros deben colaborar en la gestión de la inmigración especialmente, cuando uno de ellos se enfrente a una presión migratoria; 2. Reparto equitativa de la responsabilidad: se busca distribuir de forma justa las cargas entre los países d la Unión Europea, incluyendo implicaciones financieras; 3. Se mejora el sistema para la solicitud de asilo; 4. Se incluyen medidas para facilitar el retorno obligatorio, la readmisión y la reintegración de migrantes en sus países de origen; y, 5. Se prioriza la unidad familiar y el interés superior del menor, con criterios vinculantes para menores no acompañado.

Se reformulan los criterios de responsabilidad del Reglamento de Dublín. Ciertamente, el objetivo del sistema de Dublín actualmente en vigor es determinar qué Estado miembro de la UE es el único responsable de la tramitación de una solicitud de asilo. El procedimiento se basa en varios criterios, incluido el de primer país de entrada. En la práctica, esto se ha traducido en que un reducido número de Estados miembros se han responsabilizado de la tramitación de la mayoría de las solicitudes de asilo¹²⁷.

Ciertamente, la crisis migratoria ha puesto de relieve los límites del sistema actual, que supone una carga para los Estados miembros situados en primera línea. Junto con el establecimiento de un nuevo mecanismo de solidaridad, el nuevo Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, que sustituirá al Reglamento de Dublín, contribuirá a crear un sistema más equitativo de reparto de responsabilidades entre los Estados miembros.

En todo caso, parece que el enfoque Meloni va ganando terreno en Bruselas. Al respecto, la Unión Europea propone un alista de países seguros: Marruecos, Colombia, Bangladesh, Egipto, India, Kósobo y Túnez. España no ha adoptado el modelo de Italia y ha establecido, como hemos estudiado, un reparto obligatorio de menores extranjeros no acompañados (Real Decreto-Ley 2/2025) y declarar Canarias y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en contingencia migratoria urgente.

VI. PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES TUTELADOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

La vigente regulación de los artículos 172, 172 bis y 172 ter del Código Civil, permite que la declaración de desamparo y la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente de cada región se realicen mediante resolución administrativa, sin necesidad de autorización judicial previa, y con efectos inmediatos sobre la patria potestad de los progenitores. Este régimen excepcional, concebido inicialmente como una medida ágil y eficaz de protección ante situaciones urgentes, se ha consolidado como la vía ordinaria de intervención en la vida familiar, sin que se garanticen de forma efectiva los derechos fundamentales de los menores ni los derechos constitucionales de los padres o tutores legales. Esta situación se agrava por la ausencia de un control judicial previo y pleno, ya que el único control jurisdiccional actualmente previsto opera a posteriori y únicamente si se interpone recurso por los afectados, lo cual no es suficiente para salvaguardar debidamente el principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española), ni para evitar potenciales abusos por parte de la Administración. Por ello, deviene necesario tomar las medidas necesarias para que la situación de desamparo del menor se dictamine desde la vía judicial y no administrativa.

La presente Proposición de Ley modifica tanto los artículos relativos a la declaración de desamparo y la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente regulados en el Código Civil, así como los relativos a esta materia recogidos en la LOPJM. Con esta modificación el Grupo Parlamentario Vox pretende reforzar la idea de que el procedimiento por el que se establece la situación legal de desamparo, y la consiguiente tutela, sea un procedimiento judicial. Se pretende también reforzar, en el Código Civil, el principio de reintegración en la familia de origen más próxima del menor tutelado o, en su caso, de la familia extensa, a través de la figura del acogimiento familiar. El juez competente, conforme a las modificaciones introducidas en esta Proposición de Ley, deberá tener en cuenta en sus resoluciones judiciales, siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del menor, el principio de prioridad de la familia de origen para el mantenimiento de las relaciones familiares del menor. Además, cabe señalar que se modifican también las previsiones contenidas en esta última Ley citada relativas a las supuestas situaciones indicadas de “riesgo”, eliminando de la regulación cualquier referencia ideológica basada en el género. Cualquier motivación ideológica no puede ser, en ningún caso, motivo para la apertura de un proceso de declaración de desamparo, y en su caso, la posterior declaración de la privación de la patria potestad o tutela.

Para ello *se modifica el Código Civil*, en concreto: el artículo 172 que quedará redactado en los siguientes términos: “1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constata que un menor se encuentra en situación de desamparo, podrá serle atribuida por la autoridad judicial competente, mediante resolución judicial, la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. La resolución judicial que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas¹²⁸ se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y,

en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención judicial y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.

Comentario: En lugar de como hasta ahora que sea la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores constate y declare la situación de desamparo, se propone que sea la autoridad judicial mediante la correspondiente resolución.

La autoridad judicial competente y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela. La prioridad de la actuación de la correspondiente Entidad Pública en el ejercicio de la tutela será que el menor en desamparo se reintegre en su familia de origen o, en su defecto, en la familia extensa de este.

Comentario: En lugar de como hasta ahora que sea la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores la que junto al Ministerio Fiscal promueva la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que, sea de nuevo, la autoridad judicial. Se añade que, la Entidad Pública en el ejercicio de la tutela *ex lege* sea la que procure al reintegración del menor en su familia de origen, o en su caso, familia extensa.

La autoridad judicial competente habrá de tener en cuenta el interés superior del menor, priorizando la permanencia en su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor, o en su caso, priorizando que el menor sea acogido por la familia extensa, y dentro de esta priorizando los grados de parentesco más próximos.

Comentario: se añade este apartado.

2. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución judicial por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la autoridad judicial competente o a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal sobre cualquier

cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo. En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la autoridad judicial. Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

3. La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá solicitar la revocación de la declaración de situación de desamparo a la autoridad judicial, que decidirá el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés.

Comentario: hasta ahora la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada puede solicitar la revocación de la declaración de situación de desamparo. Con esta reforma que se propone debe solicitarlo dicha Entidad a la autoridad judicial.

4. En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución judicial, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias. Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la autoridad judicial competente.

5. La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando la autoridad judicial constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país; b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, en cuyo caso se procederá al traslado del expediente de protección y una autoridad judicial encomendada la tutela a la entidad pública correspondiente o dictado medida de protección oportuna, o entendiéndose que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor; c) Que hayan transcurrido doce meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido. La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela”

Se modifica el artículo 172 bis, que quedará redactado en los siguientes términos: “1. Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar a la autoridad judicial que autorice a la Entidad Pública a asumir su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje,

excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo. La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito, previo informe a la autoridad judicial competente, dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor; así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades.

Comentario: hasta ahora son los progenitores o tutores los que ante circunstancias graves y transitoria debidamente acreditadas solicitan a la Entidad Pública asumir la guarda de sus hijos menores durante el tiempo necesario. Con la reforma que se propone deben tales progenitores o tutores dirigirse a la autoridad judicial para solicitar que autorice a la entidad la asunción de tal guarda.

La resolución judicial sobre la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal. 2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente”.

Comentario: ahora como corresponde es la resolución administrativa sobre la asunción de guarda que adopta la Entidad Pública. En la reforma que se propone será la resolución judicial que se dicte sobre la guarda por la Entidad Pública.

Se modifica el artículo 172 ter, que quedará redactado en los siguientes términos: “1. La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la autoridad judicial competente. En el acogimiento familiar se priorizará que el acogimiento se produzca en la familia extensa del menor, y dentro de esta priorizando los grados de parentesco más próximos. El acogimiento residencial, con la debida resolución judicial que lo determine, se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores. No podrán ser acogedores los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en la ley. La resolución de la autoridad judicial competente en la que se formalice por escrito la medida de guarda se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal.

Comentario: en la actual regulación la guarda se realiza mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. Con la reforma será la autoridad judicial competente la que tenga esa competencia. Asimismo, será directamente el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores, el que proceda al acogimiento residencial. Con la reforma será necesario una resolución judicial. En fin, ahora lo que se notifica a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad, así como al Ministerio Fiscal es la resolución de

la Entidad Pública en que se formaliza la medida de guarda. Con la reforma será la resolución judicial en que se formalice por escrito la medida de guarda.

2. Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

3. La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor; en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa.

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

Comentario: en la actual regulación en los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil. Con la reforma lógicamente solo es la resolución judicial.

Se modifica el apartado 2 del artículo 174, que quedará redactado en los siguientes términos: “2. A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones judiciales de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. (...)”.

Comentario: en la actual regulación el artículo 174.4 dispone que, para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes. A estos efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información

remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor. Con la reforma al Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal copia de las resoluciones judiciales de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos.

Se modifica el artículo 176 bis, que queda redactado en los siguientes términos: “1. La autoridad judicial competente podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, será la autoridad judicial competente la que establezca la medida provisional de guarda hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

Comentario: con la actual regulación es la Entidad Pública la que podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. Con la reforma este cometido corresponde a la autoridad judicial.

2. 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. Tal decisión podrá ser objeto de revisión por parte del juez competente, a instancia del Ministerio Fiscal, o de la familia de origen.

Comentario: en la actual regulación no aparece el párrafo *in fine* de este número 2; es una novedad de la reforma.

3. La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. No obstante, cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un período de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor”,

Se modifica el artículo 222, que queda redactado en los siguientes términos: “La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por decisión judicial a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este. En el supuesto del párrafo anterior, previamente a la designación judicial de tutor, o en la misma resolución, deberá acordarse la

suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso. Estarán legitimados para ejercer las acciones de privación de patria potestad, promover la remoción del tutor solicitar el nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la autoridad judicial competente, o los llamados al ejercicio de la tutela”.

Comentario: en la actual regulación la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores. Con la reforma se necesitará autorización judicial.

Asimismo, se modifica la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*: 1. Se suprime el párrafo octavo del primer apartado de la Exposición de Motivos. En concreto, lo que se propone es suprimir lo siguiente: “A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo”.

2. Se modifican los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12, que quedará redactado en los siguientes términos:

“1. La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por resolución judicial. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

Comentario: en la actual regulación de la LOPJM su artículo 12.1 dispone que: “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”. Con la reforma se propone que la asunción de la tutela sea por resolución judicial.

2. Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

3. Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación. Procurando la permanencia de los menores en el entorno familiar más beneficioso para su desarrollo y bienestar, atendiendo en todo caso a las resoluciones de la autoridad judicial competente”.

Comentario: la actual referencia a violencia de género, se sustituye en la reforma por violencia doméstica y se añade en la nueva regulación que se propone en último párrafo.

Se modifica el artículo 14 que quedará redactado en los siguientes términos: “Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor y de la autoridad judicial competente o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal. La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, previa resolución judicial, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”,

Comentario: en relación con la atención inmediata se dispone en la actual regulación que, las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal. Con la reforma se añade que la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, previa resolución judicial, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Se modifican los apartados 1, 2, 4, 7 y 8 del artículo 17, que quedarán redactados en los siguientes términos: “1. Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por resolución judicial, 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”.

Comentario: de nuevo en lugar de como hace la actual regulación que la asunción de la tutela sea por ministerio de la ley; se establece en la reforma que sea por resolución judicial.

2. Serán considerados como indicadores de riesgo, entre otros: a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda, o acogimiento, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos; b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por

parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento; c) La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente; d) La utilización, por parte de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, del castigo habitual y desproporcionado y de pautas de corrección violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo; e) La evolución negativa de los programas de intervención seguidos con la familia y la obstrucción a su desarrollo o puesta en marcha; f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular: Las actitudes discriminatorias que por razón de sexo, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar; la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que, por razón de sexo, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad; g) El riesgo de sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado; h) La identificación de las madres como víctimas de trata; i) Los menores de edad víctimas de cualquier tipo de violencia; j) Los ingresos múltiples de personas menores de edad en distintos hospitales con síntomas recurrentes, inexplicables y/o que no se confirman diagnósticamente; k) El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad; l) La exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica; m) Cualquier otra circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño, niña o adolescente”.

Comentario: en la actual regulación en la letra f) se refiere a género, en vez de como propone la reforma se utilice la palabra sexo. Así dispone el número 1º que, las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar; la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad. Por otro lado, en la letra i) de la actual regulación se hace referencia a “las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género en los términos establecidos en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”; en la actual reforma se propone sustituir esa letra i) con el siguiente contenido: los menores de edad víctimas de cualquier tipo de violencia. Finalmente, la letra l) actual alude a la exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género. Ahora con la reforma se propone sustituir violencia de género por doméstica.

4. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores

en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años”.

7. Cuando la administración pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, la administración pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la administración pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención”.

8. En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial competente a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Cuando la autoridad judicial competente considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros”.

Comentario: en la actual regulación el número 8 dispone que: “En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Cuando la Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros”. En la reforma se propone la sustitución de la Entidad Pública por autoridad judicial.

Se modifican los apartados 1 y 5 del artículo 18, que quedarán redactados en los siguientes términos: “1. Cuando a la Entidad Pública se le comunique que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por resolución judicial, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria”.

5. En los supuestos en los que se detecte una situación de posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional, para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los progenitores o tutores del menor. En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieran mayores vínculos. Cuando, conforme a tales criterios, no pudiese determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual. En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela. Cualquier decisión sobre la guarda o tutela del menor objeto de protección, será adoptada, de conformidad con lo previsto en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, mediante resolución judicial motivada del órgano competente. Los posibles conflictos de competencia que pudieran originarse habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad y de interés superior del menor, evitando dilaciones en la toma de decisiones que pudieran generar perjuicios al mismo. La Administración General del Estado se encargará del traslado del menor a España. La Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España”.

Comentario: en la actual regulación del artículo 18.1 de la LOPJM señala que: “cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Se habla de ministerio de la ley y no de resolución judicial como se propone en la reforma. Asimismo, se añade en el apartado 5 un párrafo 4 nuevo con la reforma con el siguiente contenido: “Cualquier decisión sobre la guarda o tutela del menor objeto de protección, será adoptada, de conformidad con lo previsto en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, mediante resolución judicial motivada del órgano competente”.

Se modifica el punto primero del apartado 3 d) del artículo 20, que quedará redactado en los siguientes términos:

“1.º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública, con la autorización de la autoridad judicial competente, en atención al interés superior del menor”.

Comentario: en la actual regulación del artículo 20 apartado 3 letra d) número 1 con relación al acogimiento familiar “el régimen de visitas, estancia, relación

o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor”. Con la reforma, la modificación no es por la Entidad Pública sino por la autoridad judicial competente.

Se modifica la letra b) del apartado 1 del artículo y la letra h) del apartado 2 del artículo 20 bis, que quedarán redactados en los siguientes términos: “1. Los acogedores familiares tendrán derecho a: b) Ser oídos por la Entidad Pública antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor, sin perjuicio de la correspondiente intervención judicial, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen.

2. Los acogedores familiares tendrán los siguientes deberes: h) Comunicar a la Entidad Pública y a la autoridad judicial competente cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tomaron en consideración como base para el acogimiento”.

Comentario: En la actual regulación los acogedores familiares tendrán derecho a: b) Ser oídos por la Entidad Pública antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen. Con la actual regulación no son oídos por la Entidad Pública, sino por la autoridad judicial, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen. Asimismo, la actual regulación respecto a los deberes de los acogedores familiares en la letra h) dispone que se ha de 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. Mientras que con la reforma se comunicará a la Entidad Pública y a la autoridad judicial.

Se modifica la disposición adicional primera, que quedará redactada en los siguientes términos: “Se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 1º Para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; 2º Contra las resoluciones que declaren la idoneidad de los solicitantes de adopción; 3º Para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores. En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso en un solo efecto. Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria”.

Comentario: en la actual regulación se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones “Contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley y la idoneidad de los solicitantes de adopción”. En la reforma, dichas normas de jurisdicción voluntaria se aplicaran contra las resoluciones que declaren la idoneidad de los solicitantes de la adopción.

Y, en fin, como Disposición transitoria única se establece que los expedientes afectados por esta ley que se encontrarán en tramitación al tiempo de su entrada en vigor se tramitarán conforme a la nueva legislación.

Pues bien, con esta reforma se pretende consolidar la intervención judicial *ex ante* tanto para determinar las situaciones de riesgo y desamparo como la tutela

ex lege de la Entidad Pública que en el respectivo territorio tienen encomendada la protección y atención de menores. También se pretende reforzar en el Código Civil el principio de reintegración en la familia de origen más próxima del menor tutelado, o en su caso de la familia extensa a través de la figura del acogimiento familiar. Ahora bien, conforme a las modificaciones introducidas en esta Proposición de Ley el juez competente deberá tener en cuenta en sus resoluciones judiciales, siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del menor, el principio de prioridad de la familia de origen para el mantenimiento de las relaciones familiares del menor.

La actual regulación del Código Civil y la LOPJM respecto del acogimiento resulta la adecuada con la intervención *ex post* de la autoridad judicial. La declaración de riesgo y desamparo y la tutela por ministerio de la ley de la Entidad Pública tiene lugar por resolución administrativa, como todas las demás medidas que de ello se deriven. No nos parece adecuado judicializar la situación de riesgo y desamparo, máxime cuando algunas medidas son de atención inmediata.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. (2017). “La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades”. En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). “Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015”, *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*, octubre.
- (2016). “Violencia de género y custodia compartida”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 12, octubre-diciembre, pp. 1-13.
- CALZADILLA MEDINA, M^a. A. (2021). “La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio”. En: M^a A. Calzadilla Medina (dir.), C. Hernández López (coord.), *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- CARDONA GUASCH, O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- DIEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *La modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo blanch.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2024). “El acogimiento transfronterizo como medida de protección del menor en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Derecho Privado*, pp. 1-36.

- GARCÍAS DE ESPAÑA, E. (2018). “Comentario al artículo 14 de la Ley 26/2021”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”. En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T.IV Familia*, vol. 2^o, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2016.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2024). “Adopción abierta: desarrollo normativo y aplicación práctica en España 10 años después”, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 43, julio, pp. 1-25.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor”. En: V. Cabedo Mallol e I. Ravellat Ballest (dirs.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: tirant lo blanch.
- (2017). “La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”. En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- GUIRADO, S., y RAMÓN, F. (2020). “Custodia compartida y violencia de género: perspectivas de presente y de futuro”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 12, febrero, pp. 676-697.
- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. (2022). “La supresión de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos y pupilos: ¿un craso error del legislador?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 1, enero-marzo, pp. 103-139.
- HUETE NOGUERAS, J.J. (2017). “Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal”. En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3^a ed., Valencia: tirant lo blanch.
- LOPEZ AZCONA, A. (2016). “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*, año LXX, número 2185, enero.
- LLODRÀ GRIMALT, F. (2018). “Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015”. En: directores Fco. Lledó Yagüe; M^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). “Comentarios a los artículos 92 y 94 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de*

- Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 6ª ed., Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2021). “La protección administrativa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Niveles y ámbitos de actuación prioritarios”. En: C. Martínez García (coord.), *Infancia, violencia y derechos. El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MAYOR DEL HOYO, M^a.V. (2016). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”. En: M^a. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2018). “Comentario al artículo 19 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^a. J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- MONTERO HERNANZ, T. (2025). “Dudas y certezas sobre el Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias”, *Diario LA LEY*, número 10719, sección Tribuna, de 9 de mayo, pp. 1-8.
- MÚRTULA LAFUENTE V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid: Dykinson.
- (2017). “El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género”. En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- ORTEGA CALADERÓN J.L. (2021). “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 9892, sección Tribuna, 15 de julio, pp. 1-17.
- PANIZA FULLANA A. (2018). “Comentario al artículo 17 apartado 9 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a.P. Ferrer Vanrell, Juan Antonio Torres Llena, M^a.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- (2017). “Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores”. En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ VALLEJO A.M^a. (2016). “Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex artículo 92.7 del Código Civil”, *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, pp. 87-115.
- PEY GONZÁLEZ, J. M^a. (2025). “Extranjería en transformación: claves jurídicas del nuevo Real Decreto 1155/2024”, *Diario LA LEY*, número 10726, sección

- Opinión*, 20 de mayo, pp. 1-7.
- (2025). “Entre retornos y excepciones: el nuevo marco de residencia del Real Decreto 1155/2024 en extranjería”, *Diario LA LEY*, número 10762, sección *Tribunal*, de 11 de julio, pp. 1-3.
- (2025). “El nuevo sistema europeo común de asilo: análisis técnico de la arquitectura jurídica del pacto de 2024”, *Diario LA LEY*, número 10780, sección *Tribunal*, 5 de septiembre, pp. 1-13.
- SAIN-CANTERO M^a. B. (2014). “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 4, octubre-diciembre.
- (2018). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^aJ. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, 2018.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. (2021). “La prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 32, pp. 2-32.
- SERRANO GÓMEZ, A. y GARCÍA SAN PEDRO, J. (2025). “Movimientos migratorios y criminalidad: los inmigrantes como víctimas y autores”, *Diario LA LEY*, número 10688, de 20 de marzo, pp. 1-18.
- TARDÓN OLMOS M. (2016). “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 12, octubre-diciembre, pp. 1-8.
- VERDERA IZQUIERDO B. (2017). “El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores”. En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STEDH, secc. 5^a, 26 de octubre de 2006 (caso Wallová y Walla c. República Checa).
- STEDH, secc. 3^a, 26 de julio de 2007 (caso Schmidt c. Francia).
- STEDH, secc. 2^a, 21 de octubre de 2008 (caso Clemeno y otro c. Italia).
- STEDH, secc. 5^a, 26 de noviembre de 2009 (caso Vautier c. Francia).
- STEDH, Secc. 3^a, 24 de mayo de 2011 (caso Saleck Bardi c. España).
- STEDH, secc. 3^a, 10 de abril de 2012 (caso K.A.B. c. España).
- STJUE, Gran Sala, 1 de agosto de 2025 (asuntos C-758/24 y C-759/24).
- STJUE, Sala Tercera, 1 de agosto de 2025 (asunto C-97/2024).
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 20 de febrero de 2023.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 6 de marzo de 2023.
- STC, Sala Segunda, de 8 de mayo de 2023.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 15 de enero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 14 de febrero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 27 de febrero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 8 de abril de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2^a, 3 de junio de 2024.

- STC, Sala Segunda, secc. 2ª, 23 de septiembre de 2024.
- STC, Sala Segunda, de 24 de octubre de 2022.
- STC, Pleno, 12 de febrero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de octubre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de julio de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de octubre de 2023.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª, 22 de enero de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de marzo de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de diciembre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de enero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de mayo de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 2 de julio de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, 23 de julio de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, 29 de julio de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sec. 5ª, de 11 de diciembre de 2025.
- ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, 8 de enero de 2026.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, 6 de junio de 2025.
- STSJ Sevilla, Sala Contencioso-administrativo, secc. 3ª, 23 de octubre de 2014.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 4 de mayo de 2015.
- STSJ Madrid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 8 de junio de 2015.
- STSJ Sevilla, Sala Contencioso-administrativo, secc. 3ª, 17 de junio de 2015.
- STSJ Las Palmas de Gran Canaria, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 29 de julio de 2016.
- STSJ Madrid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 26 de septiembre de 2016.
- STSJ Madrid, Sala Contencioso-administrativo, sec. 10ª, 4 de noviembre de 2016.
- STSJ Granada, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 21 de diciembre de 2016.
- STSJ Santa Cruz de Tenerife, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 10 de marzo de 2017.

- STSJ Granada, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 2 de junio de 2017.
- STSJ Oviedo, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 14 de junio de 2017.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 27 de diciembre de 2018.
- STSJ Oviedo, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 28 de diciembre de 2018.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 28 de junio de 2019.
- STSJ Madrid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 6ª, 19 de diciembre de 2019.
- STSJ Málaga, Sala Contencioso-administrativo, secc. 6ª, 23 de abril de 2020.
- STSJ Valladolid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 15 de julio de 2021.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 30 de junio de 2022.
- STSJ Andalucía (Sevilla), Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 13 de septiembre de 2022.
- STSJ Barcelona, Sala Contencioso-administrativo, secc. 4ª, 14 de octubre de 2022.
- STSJ Valladolid, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 18 de julio de 2023.
- STSJ A Coruña, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 29 de noviembre de 2023.
- STSJ Sevilla, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 11 de diciembre de 2023.
- STSJ Granada, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 24 de enero de 2024.
- STSJ Castilla-La Mancha, Sala Contencioso-administrativo, secc. 2ª, 22 de mayo de 2024.
- STSJ A Coruña, Sala Contencioso-administrativo, secc. 1ª, 20 de septiembre de 2024.
- SAP Cantabria secc. 2ª, 7 de enero de 2019.
- SAP Burgos, secc. 2ª, 28 de mayo de 2019
- SAP León, secc. 2ª, 27 de junio de 2019.
- SAP Granada, secc. 5ª, 4 de octubre de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 15 de enero de 2020.
- SAP A Coruña, secc. 3ª, 3 de marzo de 2020.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 16 de marzo de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 23 de abril de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 18 de mayo de 2020.
- AAP Barcelona, secc. 18ª, 10 de junio de 2020.
- SAP Castellón, secc. 2ª, 26 de junio de 2020.
- AAP La Rioja, secc. 1ª, 8 de julio de 2020.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 18 de mayo de 2020.

- AAP Toledo, secc. 1ª, 16 de septiembre de 2020.
- SAP Teruel, secc. 1ª, 22 de octubre de 2020.
- SAP Navarra, secc. 3ª, 10 de noviembre de 2020.
- SAP Toledo, secc. 2ª, 16 de noviembre de 2020.
- SAP Zamora, secc. 1ª, 20 de noviembre de 2020.
- SAP Toledo, secc. 1ª, 22 de enero de 2021.
- SAP Alicante, secc. 6ª, 3 de abril de 2021.
- SAP Zaragoza, secc. 2ª, 24 de septiembre de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, 1 de octubre de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, 22 de octubre de 2021.
- SAP Granada, secc. 5ª, 16 de noviembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 23 de diciembre de 2021.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 17 de febrero de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 16 de marzo de 2022.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 20 de abril de 2022.
- SAP León, secc. 1ª, 5 de mayo de 2022.
- SAP Álava, secc. 1ª, 11 de mayo de 2022.
- SAP Vizcaya, secc. 4ª, 17 de mayo de 2022.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 12 de julio de 2022.
- AAP La Rioja, 10 de octubre 2022.
- SAP A Coruña, secc. 6ª, 1 de septiembre de 2022.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 30 de noviembre de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 2 de marzo de 2023.
- SAP Córdoba, secc. 1ª, 10 de marzo de 2023.
- SAP Huelva, secc. 2ª, 23 de marzo de 2023.
- AAP Málaga, secc. 6ª, 29 de marzo de 2023.
- SAP Asturias, secc. 1ª, 11 de abril de 2023.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 11 de mayo de 2023.
- SAP Castellón, 18 de abril de 2023.
- SAP Navarra, secc. 3ª, 28 de julio de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 4 de octubre de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 13 de diciembre de 2023.
- SAP León, secc. 2ª, 9 de enero de 2024.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 9 de enero de 2024.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 16 de enero de 2024.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 24 de enero de 2024.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 14 de febrero de 2024.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 22 de mayo de 2024.
- SAP Burgos, secc. 2ª, 24 de mayo de 2024.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 5 de junio de 2024.
- SAP Alicante, secc. 9ª, 12 de septiembre de 2024.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 2 de octubre de 2024.
- SAP Huelva, secc. 2ª, 6 de noviembre de 2024.
- SAP Tarragona, secc. 1ª, 11 de diciembre de 2024.
- SAP Sevilla, secc. 2ª, 25 de febrero de 2025.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2ª, 17 de marzo de 2025.
- AAP Barcelona, secc. 18ª, 21 de marzo de 2025.

- SAP Jaén, secc. 1ª, 31 de marzo de 2025.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 2 de abril de 2025.
- SAP Valencia, secc. 10º, 9 de abril de 2025.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 9 de abril de 2025.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 9 de abril de 2025.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 22 abril de 2025.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 24 de abril de 2025.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2ª, 6 de mayo de 2025.
- SAP Soria, 13 de mayo de 2025.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 14 de mayo de 2025.
- SAP Sevilla, secc. 2ª, 19 de mayo de 2025.
- SAO Madrid, secc. 31ª, 26 de mayo de 2025.
- SAP Granada, secc. 4ª, 30 de mayo de 2025.
- SAP Madrid, secc. 31ª, de 30 de mayo de 2025.
- SAP Navarra, secc. 3ª, 16 de junio de 2025.

NOTAS

¹ Roj. STS 114/2024; ECLI:ES:TS:2024:114.

² En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1ª, de 13 de septiembre de 2022 (Roj. STSJ AND 12224/2022; ECLI:ES:TSJAND: 2022:12224) señala al respecto que, el Acuerdo de Cooperación hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 no desplazaba, excepcionaba ni sustituía a la legislación interna e internacional sobre MENAS, sino que venía a complementarla o implementarla, siendo buena prueba de ello la alusión expresa que efectúa el artículo 5.1 de dicho Acuerdo a la “observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

³ Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 43/2025, de 12 de febrero (BOE, número 69; 21 de marzo de 2025, pp. 38574 a 38591).

⁴ BOE, número 67, de 19 de marzo de 2025, pp. 36441 a 36455.

⁵ Roj. STS 2751/2025; ECLI:ES:TS:2025:2751. Asimismo, vid., los autos del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, de 25 de marzo de 2025 (Roj. ATS 3180/2025; ECLI:ES:TS:2025:3180A); de 4 de junio de 2025 (Roj. ATS 5274/2025; ECLI:ES:TS:2025:5274ª); de 23 de julio de 2025 (Roj. ATS 7270/2025; ECLI:ES:TS:2025:7270A); y, de 29 de julio de 2025 (Roj. ATS 7806/2025; ECLI:ES:2025:7806A).

⁶ BOE, número 176, de 23 de julio de 2025, pp. 98087 a 98095.

⁷ BOE, número 206, de 27 de agosto de 2025, pp. 114844 a 114846.

⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 21 de febrero de 2005 (JUR 2005,87452).

⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 4 de diciembre de 2023 (JUR 2024,35362); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 7 de diciembre de 2023 (JUR 2024,68936); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 16 de junio de 2025 (Roj. SAP NA 1147/2025; ECLI:ES:APNA:2025:1147). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 16 de enero de 2024 (JUR 2024,119172) la situación de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales; de tal manera que, solo se estima la existencia de desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, es primordial y preferente el interés del menor.

¹⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 16 de enero de 2024 (JUR 2024,119172) dispone, al respecto que, en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un desequilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno filiales; de tal manera que, solo se estima la existencia de desamparo cuando se acredita efectivamente el incumplimiento de uno mínimos de atención al menor exigibles por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, no se ha acreditado por medio alguna la mejora de las circunstancias personales, que permitan hacer pensar que la situación ha variado. No se han dado elementos que permitan pensar con la suficiente y necesaria seguridad que, han cesado los elementos de incidencia perjudicial sobre los menores que comportan su situación de desamparo.

¹¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 9 de enero de 2024 (JUR 2024,139543) existe desprotección graves con desamparo cuando el menor esté sufriendo un dolo significativo efectivo, que compromete su desarrollo y la familia no quiere o no dispone de los recursos personales y sociales para hacer frente a esta situación. Esta situación da lugar a un acogimiento familiar de urgencia; y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4ª, de 30 de enero de 2024 (JUR 2024,130356) la situación de desamparo se produce por la privación de la necesaria asistencia moral o material pro incumplimiento de los deberes de proyección, pero también cuando deriva del inadecuado o imposible ejercicio de esos deberes. La madre sufre una discapacidad y viene siendo asistida por los servicios

sociales, constatándose la necesidad de apoyo en todas las áreas de la vida diaria, comprometiéndose sus habilidades parentales con el riesgo para los hijos ante la desorganización, problemas de higiene y alimentación. El interés de los menores pasa por mantener su ingreso en el centro de protección adecuado para sus necesidades, manteniéndose su relación con sus padres mediante un régimen de vistas con los apoyos necesarios de los profesionales del centro.

¹² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1ª, de 14 de noviembre de 2023 (JUR 2024,29450) menor que lleva prácticamente desde que nació en una situación de desatención material y moral; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 28 de noviembre de 2023 (JUR 2024,68704) situación de riesgo debido a la falta de colaboración de los progenitores. Se está exponiendo a los menores a un riesgo mayor por haber utilizado éstos el ocultismo ante la problemática que manifestaron las niñas estar viviendo, por lo que el hogar familiar no es seguro para las menores, dado que las figuras de referencia no les ofrecen la protección necesaria.

¹³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 10 de junio de 2021 (JUR 2021,33410); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 24 de noviembre de 2021 (JUR 2022,60883); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 21 de enero de 2022 (JUR 2022,126133) malos tratos por parte de la pareja de la madre; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 15 de noviembre de 2023 (JUR 2024,53361); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 22 de noviembre de 2023 (JUR 2024,51634).

¹⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2021,104965) maltrato prenatal por consumo de drogas durante el embarazo y antecedentes de intervención sobre hijos anteriores de los dos progenitores; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 12 de enero de 2022 (JUR 2022,138689).

¹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 26 de julio de 2023 (JUR 2023,352159) falta de higiene de los menores en la vivienda, absentismo escolar, falta de colaboración de los padres y conflictos entre ellos; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 4 de octubre de 2023 (JUR 2023,409000) desamparo que se considere que existió en el momento de nacimiento de la menor por la situación de consumo abusivo de alcohol por parte de la madre.

El artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por instrumento de 18 de marzo de 2014 reconoce que los niños pueden ser víctimas de violencia como testigos directos y se prevé la importancia de la creación de un servicio de protección y apoyo a los mismos y consejo psicosocial.

¹⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 14 de junio de 2021 (JUR 2021,369784); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,281469); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 27 de abril de 2023 (JUR 2023,310143); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 24 de enero de 2024 (JUR 2024,116746).

¹⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 16 de febrero de 2018 (AC 2018,594) persistencia de la situación de desatención y falta de los mínimos deberes y cuidados. Inexistencia de evolución positiva de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 15 de febrero de 2019 (JUR 2019,167063) los menores se encontraban en una situación de desprotección y sus padres, a pesar de haberse desarrollado una intervención prolongada, no respondieron a ella, no estando motivados para el cambio con el riesgo de una prolongación de la situación que agravase la posición de los menores. Asimismo, se acredita por los informes elaborados después de la declaración de desamparo, una evolución favorable, por lo que se encuentra justificada la separación de los menores de su familia. Además, el hecho que el demandante haya sido absuelto de un delito de violencia de género no desmiente la conflictiva relación entre los progenitores que, redundan en perjuicio de sus hijos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 15 de enero de 2020 (JUR 2020,45465) madre que se encuentra en España desde hace ocho años, sin los co-

nocimientos mínimos del idioma para poder desenvolverse con cierta normalidad, sin acudir al centro médico durante el embarazo para hacer un mínimo seguimiento, que vive en un lugar que no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad, faltando los servicios mínimos indispensables para acoger a un bebé, sin trabajo, sin soporte del padre de la niña que la dejó y sin conciencia que dicha situación no es favorable, ni adecuada para tener a un bebé; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 15 de febrero de 2023 (JUR 2023,167152) padre con actitud totalmente pasiva ante la situación de negligencia y maltrato emocional de la progenitora custodia; lo que evidencia carencia de habilidades parentales; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 29 de noviembre de 2023 (JUR 2024,53233) constatación por la Guardia Civil que los menores se encontraban solos en el domicilio familiar, desnudos y acostados en una cama tapados exclusivamente con varias mantas, sin saber dónde se encontraba su madre y la vivienda estaba sucia, con utensilio y enseres tirados por el suelo, platos con comida en mal estado y muchas colillas tiradas también por el suelo que estaba sucio; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 16 de julio de 2025 (Roj. SAP NA 1147/2025; ECLI:ES:APNA:2025:1147) desamparo por incumplimiento e indebido ejercicio de la patria potestad.

¹⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Soria, de 13 de mayo de 2025 (JUR 2025,109382).

¹⁹ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 20 de mayo de 2022 (JUR 2023,279980); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 27 de enero de 2020 (JUR 2020,174322); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 28 de diciembre de 2022 (JUR 2023,405880) absentismo escolar que no se remedia con una posible cobertura en el mismo domicilio familiar.

²⁰ Para CARDONA GUASCH, O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; Mª. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª. J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, los criterios de desamparo “no tienen carácter acumulativo; las circunstancias concernientes han de revertir la suficiente gravedad para que proceda la actuación de la Administración”; y añade “en cuanto al principio de necesidad está directamente vinculado con el de proporcionalidad y ha de emplearse para enjuiciar la circunstancia concreta que afecte al menor; de manera que exista la mayor certeza posible que, la medida que se va a adoptar redunda en beneficio del niño o adolescente”; y respecto al principio de proporcionalidad señala que “ha de ser proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)”.

En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 18 de septiembre de 2020 (JUR 2021,98126) falta de habilidades parentales del progenitor. Falta de vínculo afectivo con la menor; de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1ª, de 12 de enero de 2021 (JUR 2021,105259) padre en prisión; alta vulnerabilidad de la menor por ser un recién nacido; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 12 de diciembre de 2022 (JUR 2023,64350) negligencia en su cuidado, conflictividad familiar; tutela por la Administración de los otros cinco hermanos y características psicológicas limitante para el ejercicio parental; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 2 de febrero de 2023 (JUR 2023,166473) notable falta de capacidad parental para ejercer adecuadamente las funciones de cuidado, ausencia de una red familiar y social; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2023 (JUR 2023,2127567) existencia de graves factores de riesgo para la evolución y desarrollo de la menor que, no posibilitan un adecuado ejercicio de los deberes de guarda por parte de la madre; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,166798) madre que se traslada a otra localidad dejando al menor en compañía de los abuelos y rompiendo relación con ellos. Imposibilidad material de la madre de atender adecuadamente las necesidades básicas del menor. Personalidad inestable y trastornos psicológicos derivados de sus traumáticas circunstancias vitales con un patrón de cambio frecuente de pareja en contexto de padecimiento de malos tratos presenciados

por el menor; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 2 de enero de 2024 (JUR 2024,117955) situación de desamparo coetáneo con el nacimiento de la menor. La actuación de la Junta fue imprescindible para asegurar la protección del menor que nace con un positivo en cannabis, porque su madre es consumidora de drogas, está en tratamiento de salud mental con una hermana y en desprotección y una forma de vida desorganizada y la existencia de unos indicadores de riesgos familiares muy elevados.

²¹ Vid., los autos de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, de 9 de febrero de 2000 (AC 2000,512); y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4ª, de 5 de abril de 2001 (JUR 2001,180060).

²² PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024). “El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz, *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 7ª ed., Madrid: Edisofer, p. 466. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2002,3100); y, de 31 de julio de 2009 (Roj. STS 5817/2009; ECLI:ES:TS:2009:5817);

²³ Al respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2011 (Roj. STS 605/2011; ECLI:ES:TS:2011:605) que “la protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reintegre en la familia, cuando no sea contrario a su interés (artículo 172.4 del Código Civil), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales. De esta forma, se puede afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009); y, c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés”.

²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2017). “Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores”, *op. cit.*, p. 105.

²⁵ Para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovit Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo blanch, p. 510 con esta definición de la situación de riesgo se introduce un desamparo de menor intensidad o de un desamparo atenuado. Y añade que, con las actuaciones en caso de riesgo no existe desatención del menor, pero si un peligro cierto que puede llegar a producirse.

²⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “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*, año LXX, número 2185, enero, p. 14; MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2017). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”. En: Mª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 221-222; BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). “Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015”, *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*, octubre, p. 4; MÚRTULA LA FUENTE, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género”. En: Mª V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 15.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, de 30 de noviembre de 2020 (JUR 2021,19898) los progenitores habían sido objeto de seguimiento por los Servicios Sociales y a los pocos días de nacer fue declarado el menor recién nacido en situación de desamparo; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 19 de julio de 2023 (JUR 2023,406008) grave peligro prenatal debido al estado de salud mental de la madre, el rechazo y nula adherencia al tratamiento farmacológico prescrito, la desatención de los cuidados prenatales, el consumo de sustancia tóxicas y el ejercicio de la prostitución y comportamientos agresivos de la madre.

²⁷ En esta línea, SAINZ CANTERO, Mª.B., (2018). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: Fco. Lledó Yagüe; Mª.P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 592 precisa que el logro de una futura reinserción en la familia de origen representa un deber especial y exigible a la Entidad Pública que asume la tutela. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2023 (RJ 2023,17171) el retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado. Se han de ponderar las circunstancias concurrentes en la apreciación del interés superior del menor; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 4 de diciembre de 1991 (JUR 1991,5050).

²⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 14 de octubre de 2021 (JUR 2022,51468).

²⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009 (Roj. STS 5817/2009; ECLI:ES:TS:2009:5817); de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018,452); y, de 20 de septiembre de 2023 (Roj. STS 3827/2023; ECLI:ES:TS:2023:3827); y, la sentencia de Islas Baleares, secc. 4ª, de 13 de marzo de 2024 (JUR 2024,150782).

³⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014 (Roj. STS 4243/2014; ECLI:ES:TS:2014:4243); y, de 2 de diciembre de 2015 (Roj. STS 5220/2015; ECLI:ES:TS:2015:5220); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 23 de marzo de 2023 (JUR 2023/258944) desaparecido el factor de riesgo esencial que suponía al relación entre el recurrente y el padre de las tres hijas pequeñas. Si bien, la escasa capacidad económica de la recurrente no puede constituir un obstáculo al efecto conforme a lo legalmente establecido de procurar el retorno a la familia de origen; y, el auto de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 26 de abril de 2023 (JUR 2023,366877).

³¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2023 (Roj. STS 3466/2023; ECLI:ES:TS:2023:3466; RJ 2023,5040).

³² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 6 de octubre de 2023 (JUR 2023,406448) visitas con una frecuencia quincenal,

³³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 13 de diciembre de 2024 (Roj. STS 6310/2024; ECLI:ES:TS:2024:6310); y, de 12 de febrero de 2025 (Roj. STS 498/2025; ECLI:ES:TS:2025:498).

³⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 7 de julio de 2016 (JUR 2016,202201) asunción de la tutela de 4 hermanos por la Administración y suspensión de la patria potestad de los padres. Prolongada y grave situación de desamparo con claros indicios de maltrato físico y afectivo, imposibilidad de retorno familiar.

³⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2024 (JUR 2024,40724) privación al padre que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, pero que, desde entonces, no ha mantenido ningún contacto con él, ni nunca se ha preocupado de su manutención o bienestar.

³⁶ Comunidades autónomas como Canarias y Madrid tienden a depender más del acogimiento residencial; sin embargo, Aragón y Navarra desarrollan más modelos familiares y personalizados; y Cataluña colabora con el tercer sector (ONGs), reforzando con ello el sistema.

³⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014,5183) indica que “cuando un guardador de hecho presta a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección

establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquél, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor; las determinantes a la hora de declarar la situación jurídica respecto de su eficaz protección; y, el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023,446699) guarda de hecho de la menor por la abuela materna. Medida cautelar más adecuada a la situación de riesgo que presentaba la menor cuando convivía con su madre.

³⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 5 de mayo de 2022 (JUR 2022,234965) falta de idoneidad de la abuela para cuidar de su nieta por inestabilidad domiciliaria y laboral.

³⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 19 de julio de 2018 (JUR 2018,265038) no procede revocar la declaración de desamparo que ya fue objeto de un procedimiento anterior en que se dictó sentencia desestimando la impugnación formulada por los padres biológicos contra aquella resolución administrativa, por ser firme dicha sentencia. No se estima conveniente el cambio solicitado, ni siquiera mediante el previo proceso de acercamiento progresivo.

⁴⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Soria, de 6 de mayo de 2014 (Roj. SAP SO 78/2014; ECLI:ES:APSO:2014:78); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 22 de marzo de 2018 (JUR 2018,142193); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3ª, de 30 de diciembre de 2020 (JUR 2021,164831) falta de legitimación activa para oponerse a la resolución administrativa. El demandante ha perdido su legitimación para impugnar cualquier resolución relativa a la protección de su hijo, por trascurso de más de dos años desde la declaración de desamparo provisional, Caducidad de la acción. Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 31 de enero de 2002 (JUR 2002,111920) están legitimados para oponerse al desamparo: los progenitores biológicos, el tutor ordinario, el que haya sido guardador de hecho y los familiares que hayan convivido con el menor con inmediatez y anterioridad al desamparo.

⁴¹ JUR 2024,206238.

⁴² JUR 2025,151147. Se formula VOTO PARTICULAR por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio García Martínez a la sentencia dictada en el recurso de casación 5382/2024. El voto mayoritario rechaza los óbices de inadmisión invocados y, tras considerar que no concurre caducidad, estima el recurso de casación. En consecuencia, acuerda devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con libertad de criterio y sin que pueda apreciar la caducidad, resuelva con carácter preferente el recurso de apelación interpuesto. Para la mayoría, cuya interpretación de la sentencia 879/2024, de 20 de junio, no comparte el citado Magistrado, el plazo de dos años previsto en el artículo 172.2 del CC solo resulta aplicable a las solicitudes dirigidas a la entidad pública para que revoque la declaración de desamparo. En consecuencia, el presente caso no estaría afectado por dicho límite temporal, ya que la petición formulada por la recurrente —rechazada mediante la resolución administrativa objeto de oposición—, aunque se presentó una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración de desamparo, se limita a interesar el restablecimiento del régimen de visitas con sus hijas, esto es, la revocación de la medida que lo suspendió. A su juicio, esta interpretación restringe en exceso el alcance del plazo de caducidad previsto en el artículo 172.2, párrafo tercero, del CC, que establece que, transcurridos dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, decae el derecho de los progenitores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. Lo más conforme con la norma —y más respetuoso con su finalidad y con el derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de control de la actuación administrativa e interés superior del menor— es entender que, una vez transcurrido dicho plazo, el progenitor carece del derecho a solicitar la revocación, total o parcial, por cambio de las circunstancias que la motivaron, de una medida previamente acordada —como en este caso, la suspensión de visitas en interés de las hijas de la recurrente—, y, por tanto, también del derecho a oponerse a la resolución que la deniega. Nada impide, no obstante, que pueda poner

en conocimiento de la entidad pública o del fiscal —facilitar información en los términos del artículo 172.2 del CC— la existencia de un eventual cambio de las circunstancias, para que estos valoren la procedencia de adoptar y promover, respectivamente, las medidas que estimen necesarias. De este modo, entiende el mencionado Magistrado el sistema preserva la posibilidad de revisión de las medidas de protección sin comprometer la estabilidad jurídica del menor. No obsta a lo anterior que, en el presente caso, la resolución administrativa indicara que contra la misma cabía formular oposición conforme a lo dispuesto en el artículo 780.1 de la LEC. Además, la interpretación que mantiene —que evita restringir en exceso el alcance del plazo de caducidad previsto en el artículo 172.2, párrafo tercero, del CC— resulta más respetuosa que la sostenida por la mayoría con el modelo normativo diseñado por el legislador, no contradice lo dispuesto en los artículos 161 del CC y 780.1 de la LEC, y no se opone tampoco a los principios de tutela judicial efectiva, control de la actuación administrativa e interés superior del menor. (...) Además, la eventual pasividad o falta de revisión por parte de la Administración no deja al menor desprotegido: el fiscal conserva su legitimación para intervenir —art. 172.2, párrafo cuarto, del CC— y está obligado a velar por la adecuación de las medidas de protección al interés del menor. El artículo 174 del mismo cuerpo legal establece que incumbe al fiscal la superior vigilancia de la situación del menor, la cual debe comprobarse semestralmente, promoviendo ante la entidad pública o ante el juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias. En consecuencia, el sistema ya garantiza un control judicial efectivo a través de la actuación del fiscal, sin que resulte necesario reconocer una legitimación indefinida a los progenitores, lo que sí comprometería el equilibrio entre la tutela judicial efectiva y la estabilidad del menor.

⁴³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2014 (RJ 2014,4689); de 16 de enero de 2015 (RJ 2015,122); de 23 de mayo de 2015 (RJ 2015,2040); y, de 27 de abril de 2022 (RJ 2022,2371).

⁴⁴ JUR 2002,90046.

⁴⁵ TEDH 2003,24. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 5ª, de 26 de octubre de 2006 Caso Wallová et Walla c. República Checa (JUR 20007,252587) separación de cinco hijos de sus padres por carencias económicas, como el carácter inadecuado de su vivienda. El hecho que n hijo pueda ser acogido en un marco más propicio a su educación no puede en sí justificar que se le sustraiga forzosamente del cuidado de sus padres biológicos. Existen razones pertinentes pero no suficientes para justificar el internamiento de los hijos en establecimientos públicos. El TEDH constata que los menores no han sufrido situaciones de violencia. Maltrato o abusos sexuales y que no existen déficits afectivos, un estado de salud inquietante o un desequilibrio psíquico de los progenitores. Las autoridades conocían el problema de los padres, pero se han limitado a observar los esfuerzos y ordenar el acogimiento de los hijos, sin proporcionarles un alojamiento social. Tampoco han desplegado esfuerzos serios para ayudarles a solucionar sus dificultades y recuperar a sus hijos lo antes posible; la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3ª, de 24 de mayo de 2011 Caso Saleck Bardi c. Espagne (TEDH 2011,50) si bien, las autoridades nacionales deben tomar las medidas necesarias para reunir a un padre con su hijo, considerándose fundamental la rapidez en su ejecución, para evitar consecuencias irreversibles entre el niño y el progenitor que no vive con él. El menor ante una situación de desamparo, se concedió de la guarda y custodia a la familia de acogida. El lapso de tiempo de tres años en situación de desamparo a los que se suman otros cinco en un vacío jurídico. Esta lentitud e inercia de las autoridades y fallos de la Administración favorecieron la integración de la menor en la familia de acogida y el alejamiento de su madre biológica. Se constata una ausencia de diligencia de los tribunales y una violación del artículo 8 del Convenio; la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3ª, de 10 de abril de 2012 caso K.A.B. c. Espagne (TEDH 2012,34) se trata de un ciudadano nigeriano que trabajaba en Cataluña y su compañera que vivía en Murcia y fue expulsada del país, se privó del contacto con su hijo, quien tras la expulsión de la madre fue llevado a un centro asistencia y posteriormente asignado a una familia de acogida hasta su adopción. Se observa una pasividad de la Administra-

ción frente a la expulsión de la madre y la situación de desamparo en que quedaba el menor de trece meses. Ausencia de celeridad exigible en estos asuntos y de las medidas adecuadas y suficientes para la reagrupación familiar del padre con su hijo. Se entiende que ha tenido lugar una violación del artículo 8 del Convenio; y, la sentencia del citado Tribunal, secc. 2ª, de 21 de octubre de 2008 caso Clemeno y otros c. Italia (JUR 2008,326637) acogimiento forzoso de una menor por la Administración. Habilitación para su adopción y ruptura total de relaciones con su familia natural. Proporcionalidad y necesidad de la medida de acogimiento y la separación de la menor de sus padres motivadas por los abusos sexuales por parte del padre y orientadas a la protección de la salud y los derechos del niño.

Sin embargo, se entiende que no existe vulneración del citado artículo 8 del Convenio en la sentencia dl Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3ª, de 26 de julio de 2007 caso Schmidt c. France (JUR 2007,225983) tiene lugar la privación de la custodia de la hija sin que ello constituya una injerencia en su vida familiar. Existe justificación de la adopción de medidas de protección de la menor ante la existencia de circunstancias familiares que pudieran comprometer gravemente el equilibrio psicológico y el desarrollo de la niña. Prevalencia del interés de la menor sobre el de los padres a la reunificación familia. Falta de cuidados y de educación de la niña, siendo sometida a malos tratos y padecimiento de una enfermedad mental por el padre; y, asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal, secc. 5ª, de 26 de noviembre de 2009 caso Vautier c. France (JUR 2009,50788) medidas de acogimiento o toma a cargo de los hijos por las autoridades. Carácter proporcionado de las medidas de internamiento de las hijas de la recurrente en un centro de acogida, que perseguía la finalidad legítima de la protección de los derechos y libertades de los menores. Graves perturbaciones de a madre que comprometían gravemente las condiciones de educación de sus hijos y ponía seriamente en peligro su desarrollo psicoafectivo. Mantenimiento del vínculo paterno-filial durante el internamiento a través del derecho de visitas y de los contactos con ellas por medio del correo, del teléfono y del envío de paquetes. Regreso de las niñas con su madre ordenando por las autoridades desde que se detecta que éstas sufren gravemente la consecuencia de la separación.

⁴⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (JUR 2025,13026) se desestima la oposición de la acogedora a la resolución que acuerda el acogimiento familiar y la constitución de acogimiento residencial. La acogedora no ha sabido preservar ni garantizar su seguridad, ni ha reaccionado de manera adecuado ante s hechos que la menor ha sido víctima de abusos sexuales por parte del cuñado de la acogedora. Ha intentado silenciar a la menor, evidenciando una falta de conciencia sobre la situación que atraviesa el menor y el daño causado. Además su modelo educativo basado en el castigo y dependencia emocional, agravan esta situación. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, de 24 de mayo de 2024 (JUR 2024,288792) acogimiento familiar simple; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 11 de febrero de 2025 (JUR 2025,113260) acogimiento familiar permanente; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 26 de febrero de 2025 (JUR 2025,113715) acogimiento familiar simple; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 24 de marzo de 2025 (Roj. SAP GR 529/2025; ECLI:ES:APGR:2025:529); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 9 de abril de 2025 (Roj. SAP V 486/2025; ECLI:ES:APV:2025:486); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 30 de mayo de 2025 (Roj. SAP M 7226/2025; ECLI:ES:APM:2025:7226) resultaría más beneficioso pasar a residir con una familia solicitada al efecto.

⁴⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 6ª, de 19 de diciembre de 2019 (Roj. STJ M 13512/2019; ECLI:ES:TJM:2019:13512).

La doctrina del Tribunal Constitucional señala, asimismo, la necesidad que en los procedimientos en los que está en juego el interés superior de los menores y, especialmente, en los procedimientos sobre medidas de protección adoptadas por la Administración, debe optarse por soluciones hermenéuticas que favorezcan que pueda entrarse en el fondo del asunto y que puedan realizarse con flexibilidad alegaciones y aportarse medios de prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre; 77/2018, de 5 de julio; 178/2020,

de 14 de diciembre; 65/2016, de 11 de abril; SSTS 371/2018, de 19 de junio; 525/2017, de 27 de septiembre; 304/2012, de 21 de mayo; 308/2022, de 19 de abril y 705/2021, de 19 de octubre; 178/2020, de 14 de diciembre).

El Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, justificaba las reformas que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Civil con apoyo en el objetivo de dotar de efectividad a las novedades sustantivas que se introducían, así como en la obtención de los Tribunales de la tutela más efectiva posible de los derechos e intereses de los menores. Con alcance general, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio), sienta como principio: “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

⁴⁸ JUR 1995,8454.

⁴⁹ JUR 2014,168400.

⁵⁰ MAYOR DEL HOYO M^a.V. (2016). “Comentario al artículo 173 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, pp. 889-890; de la misma autora (2017). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”. En: M^a. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 220. Por su parte, ABAD ARENAS E. (2016). “El acogimiento familiar y residencial”. En: V. Cabedo Mallol e I. Ravellat Ballesté (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, p. 280 define el acogimiento familiar como “una forma de protección del menor, inspirada su regulación en el principio superior del interés del menor; se prevé para aquellos supuestos en los que el menor se encuentra privado de un ambiente familiar idóneo, teniendo presente la temporalidad de éste hasta que se produzca la reinserción del menor en su familia biológica —cuando cesen las causas que originaron esta situación—, o se constituya su tutela o sea posible su adopción y destaca por tratarse de una medida de carácter temporal y revocable”. En esta línea, el artículo 68.1 de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia lo conceptúa como “el modo de ejercicio de la guarda como medida de protección consistente en la integración de la o el menor en una familia, en su modalidad familiar, o en su alojamiento y atención en un centro, en la modalidad residencial”. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22^a, de 29 de abril de 2011 (JUR 2011/240182) lo define en su *Fundamento de Derecho segundo* como “aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados, aunque sea circunstancialmente de una adecuada atención familiar y consistente en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarles sustento, habitación, vestido y especialmente una vida familiar conforme a los usos sociales”.

⁵¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9^a, de 12 de septiembre de 2024 (Roj. SAP A 1905/2024; ECLI:ES:APA:2024:1905); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10^a, de 9 de abril de 2025 (Roj. SAP V 486/2025; ECLI:ES:APV:2025:486) acogimiento residencial de los menores en el hogar provincial hasta disponibilidad de familia acogedora.

⁵² Para MAYOR DEL HOYO M^a.V. (2015). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 222 se trata de una declaración de buenas intenciones porque la misma norma establece dos salvedades a la prohibición: “una, que la medida no convenga al interés del menor, hasta aquí ninguna objeción; la otra excepción es que resulte

imposible porque el ingreso en el centro sea la única medida disponible, cosa que desgraciadamente sucederá con frecuencia”.

⁵³ DIEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovitiz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 575 dispone al respecto, que una interpretación conjunta de estas previsiones legislativas permite afirmar que, el acogimiento residencial ha de ser considerado, además de instrumento de protección subsidiario, como una medida temporal no permanente.

⁵⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2024 (JUR 2024, 149627) delegación por la entidad pública de la guarda con fines de adopción; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 4 de marzo de 2025 (JUR 2025, 43041) acogimiento preadoptivo. No reporta beneficio para la menor introducir algún régimen de contacto con la madre.

⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (2017) “La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”. En: Mª.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 338.

⁵⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁷ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: R. Bercovitiz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo blanch, p. 668.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 10 de marzo de 2023 (JUR 2023, 261681); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 16 de marzo de 2023 (JUR 2023, 209248).

⁵⁸ Para MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Navarra, p. 929 atendiendo al interés del menor; el artículo 176 bis legitima para delegar la guarda tanto antes de la presentación, como que se haga al presentarla o incluso después.

⁵⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1ª, de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008, 128210) acogimiento simple de sus abuelos paternos; de la Audiencia provincial de Málaga, secc. 6ª, de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016, 266266) acogimiento permanente de la hija de la demandante; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 13 de febrero de 2018 (JUR 2018, 81776) acogimiento permanente a favor de la familia colaboradora con quien la menor se ha vinculado, dada la imposibilidad constatada de retorno de la menor con su familia, madre o hermanos; de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1ª, de 23 de abril de 2019 (JUR 2020, 51552) acogimiento familiar temporal con régimen de visitas para la madre y el padre por separado, con supervisión. Progenitora con falta de recursos económicos y de habilidades de auto cuidado y para el cuidado de la menor y de una red social y familiar de apoyo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 15 de mayo de 2019 (PROV 2019, 59453) acogimiento permanente de la hija de los actos por sus tíos paternos; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 9 de octubre de 2019 (JUR 2019, 313352) acogimiento simple en familia extensa; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 19 de octubre de 2020 (PROV 2020, 366285) extinción del acogimiento familiar permanente del menor por sus tíos maternos y constitución del acogimiento temporal en familiar ajena; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, de 30 de diciembre de 2020 (JUR 2020, 108523) cese del acogimiento familiar temporal y constitución de un acogimiento permanente del hijo del demandante. Asimismo, no procede la revocación del acogimiento permanente porque los tíos del menor constituyen su principal referente y le proporcionan todos los cuidados necesarios; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 19 de mayo de 2021 (JUR 2021, 268652) no procede la oposición al acogimiento familiar permanente del menor; pues, es exigible que se constate no sólo una evolución positiva de la madre biológica, el propósito o deseo de desempeñar el rol materno adecuadamente, sino que es necesario también que esta evolución sea suficiente para restablecer una unidad familiar en

condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor, cuyo interés es el de prioritaria tutela. Aunque de los informes de seguimiento del acogimiento familiar que, incluyen el seguimiento de las visitas del menor con su madre, se infiere una evolución positiva de la madre al mostrarse más afectuosa y cercana al menor; no obstante, no cabe inferir que esa evolución positiva sea de tal entidad como para garantizar que desempeñará el rol materno y su responsabilidad parental de forma adecuada y responsable; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 19 de julio de 2021 (JUR 2021,388393) entrega de la menor a su tío materno, estableciéndose un acogimiento familiar permanente de su sobrina; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 11 de mayo de 2023 (JUR 2023,293358) acogimiento temporal de los abuelos; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 2 de octubre de 2024 (Roj. SAP V 2231/2024; ECLI:ES:APV:2024:2231) acogimiento familiar de los menores en la familia seleccionada por la entidad pública; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 10 de octubre de 2024 (JUR 2024,4896) acogimiento familiar de menores por tíos paternos; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 19 de marzo de 2025 (JUR 2025,190483) acogimiento familiar permanente; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 26 de marzo de 2025 (Roj. SAP GR 374/2025; ECLI:ES:APNA:2025:374) acogimiento por la abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 31 de marzo de 2025 (Roj. SAP J 210/2025; ECLI:ES:APJ:2025:210) acogimiento familiar permanente de menores; de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 4 de abril de 2025 (Roj. SAP NA 530/2025; ECLI:ES:APNA:2025:530) el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien la recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 9 de abril de 2025 (JUR 2025, 133755) acogimiento familiar simple; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 15 de abril de 2025 (JUR 2025,193122) acogimiento familiar preadoptivo; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 19 de mayo de 2025 (Roj. SAP MA 810/2025; ECLI:ES:APMA:2025:810); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 30 de mayo de 2025 (Roj. SAP M 7226/2025). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Soria, de 10 de octubre de 2016 (JUR 2016,251903) entiende que no procede el acogimiento por la abuela paterna, al carecer de las condiciones oportunas para atender sus necesidades. Es conocedora del maltrato causado por su hijo a su pareja, teniendo asumido un estilo educativo que justifica la violencia machista, culpabilizando a la mujer; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 24 de septiembre de 2018 (JUR 2019,90048) declaración de los abuelos como personas no adecuadas para el acogimiento familia de su nieta declarada en desamparo; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 9 de enero de 2024 (JUR 2024,122276) denegación del acogimiento familiar por los abuelos. La situación familiar conflictiva a la que se expondría a la menor le afectaría negativamente. Ciertamente, la conflictiva relación mantenida entre la madre y los abuelos maternos podría perjudicar la estabilidad emocional de la menor, creándose situaciones de alto riesgo al agravarse un conflicto de lealtades ya existente de ella, al haber presenciado episodios de agresiones físicas y verbales entre ellos en su presencia.

⁶⁰ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Huesca, de 24 de abril de 2000 (JUR 2000,347162).

⁶¹ Vid., el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2021 (Roj. ATS 7992/2021; ECLI:ES:TS:2021:7992A) acogimiento permanente en familia ajena; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2023 (Roj. STS 4413/2023; ECLI:ES:TS:2023:4413) acogimiento por familia extensa; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4ª, de 13 de enero de 2016 (JUR 2016/32506) acogimiento familiar a favor de los abuelos; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 26 de enero de 2016 (AC 2016/576) acogimiento familiar a favor de una prima de la madre; y, de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2ª, de 15 de abril de 2016 (JUR 2016/134763) acogimiento a favor de los abuelos paternos de la niña. Por el contrario, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª de 9 de marzo de 2020 (JUR 2020,226626) no idoneidad de la abuela para asumir el acogimiento familiar; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª,

de 123 de abril de 2021 (JUR 2021,358559) no idoneidad de la familia biológica extensa para el cuidado y atención del menor; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 30 de noviembre de 2022 (JUR 2023,405047) no cabe acordar la guarda por parte de los abuelos maternos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 22 de mayo de 2024 (Roj. SAP S 716/2024; ECLI:ES:APS:2024:716); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 5 de junio de 2024 (Roj. SAP V 2024:1098; ECLI:ES:APV:2024:1098). Asimismo, vid., el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 21 de marzo de 2025 (Roj. AAPB 1634/2025; ECLI:ES:APB:2025:1634A) acogimiento familiar extensa paterna.

⁶² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5082) se desestima la oposición a la situación de desamparo. Así la asunción de la guarda provisional fue ejercida por la Entidad pública, tal y como permite el Código civil, mediante un acogimiento familiar urgente, formalizado después como acogimiento familiar temporal, en los plazos y de conformidad con la regulación vigente. La medida de protección transitoria en que consiste la guarda provisional por la Entidad pública es compatible con el establecimiento y la adopción de todas las medidas de intervención que, en el caso, sin riesgo para la niña, y en consideración a la voluntad manifestada por la madre y a algún avance puntual en su situación, hizo pensar que sería posible que, a corto plazo, pudiera hacerse cargo de la crianza de su hija. En atención a estas circunstancias puede considerarse razonablemente cumplida la exigencia del artículo 172.4.I *in fine* del Código Civil que todas las diligencias dirigidas a constatar la situación de desamparo de realicen “en el plazo más breve posible”. Tal exigencia temporal se dirige a garantizar la debida celeridad en la adopción de las medidas que afecten al menor sobre el que la Administración ha asumido la guarda, evitando la incertidumbre que respecto de su situación pueda derivar de la inactividad de la Administración. En el caso no ha habido inactividad de la Entidad pública. La gravedad de la negligencia de la madre hacia las necesidades psíquicas de la niña, la ausencia de figuras alternativas en el entorno familiar que cubran las carencias de la madre y compensen su déficit, el fracaso de los planes de intervención familiar en su vertiente intensiva, la incapacidad de la madre para la crianza de su tercera hija y la ausencia de garantía de un normal funcionamiento y organización familiar ni a corto ni a medio plazo, determinantes de la declaración de desamparo, fueron constatadas durante todas las intervenciones que se llevaron a cabo durante la guarda provisional que la Entidad pública asumió sobre la niña.

Junto a ello, hay que dejar constancia de que, pudiendo hacerlo, la madre no impugnó ninguna de las resoluciones administrativas dictadas desde que se produjo la apertura del expediente (guarda provisional, acogimiento familiar urgente, acogimiento familiar temporal, modificación de estancias y visitas) hasta que, finalmente, se dictó la declaración de desamparo que sí ha impugnado.

En consecuencia, debemos concluir que la actuación de la Entidad pública ha sido respetuosa con los principios que rigen el sistema vigente de protección de menores y ha cumplido las garantías exigibles para separar a la niña de su familia de origen. De hecho, fue precisamente la intervención intensiva con la madre, tratando de evitar y prevenir la situación de desamparo, la razón por la que no se declaró inmediatamente el desamparo de la niña.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 10 de diciembre de 2020 (JUR 2021,97459); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 20 de octubre de 2021 (JUR 2022,39318); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 19 de julio de 2023 (JUR 2023,410881).

⁶³ Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Toledo, de 29 de febrero de 2024 (JUR 2024,89795) no procede la oposición del padre a la declaración de desamparo urgente y la asunción de la tutela y acogimiento temporal. La mera demostración que el padre biológico de la menor al día de hoy está abstinente al consumo de drogas es insuficiente para coger la oposición formulada, porque choca con los impedimentos en contra. Así el padre actuó de forma negligente, consistiendo el consumo de cocaína de su pareja, y abandonándola el día del parto, no haciendo nada para evitar el daño a la salud de su hijo causado por el consumo indirecto de dicha droga, constitutivo de maltrato prenatal.

⁶⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1ª, de 28 de octubre de 2020 (JUR 2020,129436); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 4 de marzo de 2022 (JUR 2023,25900) acogimiento temporal en familia educadora especializada.

⁶⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 18 de mayo de 2020 (JUR 2020,193489); y el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 1 de abril de 2025 (Roj. AAP B 2971/2025; ECLI:ES:APB:2025:2971).

⁶⁶ Para MAYOR DEL HOYO Mª.V. (2016). “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 892 la posibilidad de recurrir directamente a este acogimiento en los casos de guarda administrativa es inexistente porque resulta contraria a la propia esencia de esa institución. Si bien, añade que “cuando se busca una medida estable, se recurrirá a esta medida cuando, o no resulte aconsejable, o no se pudiera constituir la adopción”. Por todo ello concluye que “puede decirse que este acogimiento permanente cumple una importante función de reintegración familiar estable de menores que por su situación tienen más difícil el acceso a la misma”; de la misma autora, “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 245. Vid., asimismo, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2021 (Roj. ATS 7992/2021; ECLI:ES:TS:2021:7992A); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 25 de mayo de 2016 (JUR 2016/211606) acogimiento permanente en familia educadora; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 16 de marzo de 2020 (JUR 2020,253024) acogimiento familiar de la menor a favor de la abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 22 de junio de 2021 (JUR 2021,334600) acogimiento por los abuelos paternos; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 19 de julio de 2021 (JUR 2021,388353) acogimiento por el tío materno; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,365570) acogimiento por abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 20 de junio de 2022 (JUR 2022,303425); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 8 de febrero de 2023 (JUR 2023,404859) acogimiento permanente a favor de los abuelos.

⁶⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024 (JUR 2024,190592); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 10 de noviembre de 2020 (JUR 2021,134707) suspensión de la patria potestad y acogimiento permanente de los abuelos; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 31 de julio de 2023 (JUR 2023,372600).

Por otra parte, en función de la vinculación de los niños con la familia acogedora y, de conformidad con el artículo 173 bis 1 del Código Civil y con el artículo 20.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero el artículo 94 de la Ley 4/2023 de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid es posible distinguir entre: a) Acogimiento en familia extensa: cuando el niño tiene un vínculo de parentesco con la familia acogedora. b) Acogimiento en familia ajena: cuando el niño no tiene ningún vínculo de parentesco con la familia acogedora. Este acogimiento podrá ser especializado, entendiéndose por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de niños con necesidades o circunstancias especiales, pudiendo percibir por ello una compensación económica. Y, a su vez, este acogimiento especializado podrá ser de dedicación exclusiva, cuando así se determine por la entidad pública de protección de la Comunidad de Madrid, por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación.

En todo caso, se desarrollarán reglamentariamente los criterios de valoración para las familias acogedoras en ambas modalidades. No obstante, en atención a su duración y objetivos, el acogimiento familiar podrá adoptar las modalidades de acogimiento de urgencia, acogimiento temporal o acogimiento permanente, tal y como aparecen recogidas en el artículo 173 bis del Código Civil.

⁶⁸ Vid., la sentencia del tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012 (RJ 2012,4322); las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 11 de julio de 2013 (JUR 2013,275590) el padre ha acreditado un cambio de vida gozando en la actualidad de estabilidad económica y personal, habiendo conseguido si deshabitación de las drogas, por lo que en su caso se debe mantener las visitas. No así respecto de la madre, que ha mantenido un incumplimiento sistemático del plan de intervención social que se le facilitó, sin que conste su desintoxicación plena y sin que haya incumplido ni tan siquiera el régimen de visitas que se le concedió; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 22 de junio de 2016 (JUR 2016/215319).

⁶⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 8 de marzo de 2028 (JUR 2018,87902). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4ª, de 8 de enero de 2024 (JUR 2024,130355) se optó por la suspensión del régimen de visitas con la madre por resultar beneficioso para los menores.

⁷⁰ El Real Decreto-Ley 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre para completar la transposición de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europea y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y guardadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (BOE, número 182, de 30 de julio de 2025) se establecen tres cambios destacables: 1. Se incrementa, con carácter general, la duración del permiso de nacimiento y cuidados, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en tres semanas (sobre las 16 actuales), las dos últimas con un diseño más flexible, para cumplir con su finalidad de cuidado parental. Es decir, se concibe el permiso no sólo por el nacimiento, adopción o acogimiento, sino también para el cuidado del menor; 2. Se garantiza durante estas tres semanas adicionales el mantenimiento en la percepción de los ingresos ordinarios de la persona trabajadora que ejerce su derecho; y, 3. Se incrementa la duración de los permisos mencionados en caso de unidades familiares monoparentales.

⁷¹ Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Santander, de 6 de mayo de 20204 (AC 2004,821) no procede la extinción de guarda y baja del centro de acogida de menores extranjeros ante la falta de acreditación que el afectado haya cumplido los 18 años. La resolución administrativa se funda exclusivamente en una conclusión medida. Falta de acreditación de la inexactitud de la fecha de nacimiento incorporada a la tarjeta de residencia y al pasaporte el método utilizado de “Greulich y Pyle” es adecuado para determinar la edad ósea, aunque no sea óptimo, pero si el más empleado; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 8 de noviembre de 2016 (JUR 2021,53681) cierre del expediente administrativo de desamparo al ser considerado mayor de edad. Las pruebas médicas efectuadas en las que se tuvo en cuenta el margen de error; concluyen que la joven tenía la edad mínima más probable de dieciocho años; de forma que, no puede apreciarse el principio de mayor beneficio a la menor; cuando no exista duda de su minoría de edad, ni se ha aportado prueba alguna para acreditar que es menor de edad.

⁷² MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2018). “Comentario al artículo 19 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; Mª.P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª. J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.*, Madrid: Dykinson, p. 313 precisa que aunque la ley no lo mencione “parece evidente que para que pueda constituirse, será necesario que, existan familiares que, deseen acoger al menor sin oposición del resto de los miembros de la familia y que dichos familiares estén en condiciones de cuidar, amparar y educar al menor”. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6ª, de 1 de febrero de 2016 (JUR 2016,35786) acogimiento a favor de los abuelos; de la

Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1ª, de 31 de julio de 2020 (JUR 2020,301369) familia extensa abuelos de la menor; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 30 de octubre de 2020 (JUR 2021,95838) familia extensa tío de la menor; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2023,60499) acogimiento familiar con su nieta; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,365570) acogimiento familiar con su abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 30 de julio de 2021 Roj. APSJ 1135/2021; ECLI:ES:APJ:2021:1135) acogimiento familiar permanente y de idoneidad de la familia extensa; de la Audiencia provincial de Navarra, secc. 3ª, de 28 de julio de 2023 (JUR 2023,398384) acogimiento por la abuela del menor y su marido; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 10 de octubre de 2024 (JUR 2024,489665) acogimiento familiar de menores por parte de los tíos paternos. Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2011 (RJ 2011,4526) no procede el acogimiento por los abuelos paternos y tía al ser incapaces por su circunstancias personales de hacerse cargo de la menor en condiciones que evitasen un nuevo desamparo.

⁷³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 10 de mayo de 2018; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 10 de julio de 2019 (JUR 2019,223737); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, de 29 de julio de 2022 (JUR 2022,328681).

⁷⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2024 (JUR 2014,494087) el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto. Se debe prestar especial atención al interés superior del menor como principio rector en cualquier decisión que le afecte; el auto de la Audiencia Provincial de Álava, 30 de junio de 1994 (AC 1994,1031) reintegro de las menores a la guarda de su madre. Falta de acreditación de los supuestos malos tratos que dieron lugar al acogimiento inicial; las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,44376) no procede el retorno de los menores al domicilio de la abuela materna, ya que, no tiene ésta la capacidad para el cuidado de sus nietos; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 12 de julio de 2022 (JUR 2023,109) regreso de los menores a su entorno familiar como mejor respeto a su superior interés; y, de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. 1ª, de 9 de marzo de 2023 (JUR 2023,407897) no procede el reintegro del menor con su familia biológica. Evidencia una severa incompetencia parental que situaría al menor en un riesgo grave para su desarrollo integral.

⁷⁵ RJ 2009,4581. En efecto esta sentencia, ya había dicho que: “El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 del CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,298). Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es precedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente

la patria potestad. Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

⁷⁶ RJ 2016,1132.

⁷⁷ RJ 2015,2786.

⁷⁸ LA LEY 296357,2025.

⁷⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 3 de diciembre de 2010 (JUR 2011,172405); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 3 de marzo de 2016 (JUR 2016,76696); el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 18 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 375954); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 9 de octubre de 2020 (JUR 2021,95512) no ampliación del derecho de visitas; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, de 26 de junio de 2020 (AC 2021,99); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 13 de noviembre de 2020 (JUR 2021,82105); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 17 de mayo de 2022 (JUR 2022,311743) cesación de la guarda por la entidad pública por alcanzar la mayoría de edad el menor acogido; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 24 de abril de 2023 (JUR 2023,27728); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2ª, de 10 de junio de 2024 (JUR 2024,298790); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 6 de noviembre de 2024 (JUR 2024,512248); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 28 de enero de 2025 (JUR 2025,114367) acogimiento residencial; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6ª, de 4 de febrero de 2025 (JUR 2025,167714); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 9 de abril de 2025 (Roj SAP MA 810/2025; ECLI:ES:APMA:2025:810). En todo caso, en la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 31 de julio de 2023 (JUR 2023,372600) cese del acogimiento familiar con alta de la menor en acogimiento residencial. la situación del núcleo familiar ha evolucionado hacia una dinámica en la que se apreció su incapacidad para afrontar los problemas que se presentaban y para atender adecuadamente a las necesidades de la menor.

⁸⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 20 de mayo de 2016 (AC 2016/1793).

⁸¹ Vid., La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2024 (JUR 2024,95390) deniega el derecho de visitas, ya que, la niña se encuentra en un proceso de integración favorable y positivo con su nueva familia, de manera que establecer *ex novo* un régimen de visitas cuando nunca ha tenido relación con su padre biológico, además de poder entorpecer dicha integración, en nada le beneficiaría, dada la escasa edad de la niña, la ausencia de cualquier vínculo y de toda estructura familiar que mantener, la falta de relación con el padre y la diferencia de edad con el hermano con el que, según el padre, también mantendría relación (a pesar de que lo cierto es que el recurrente no se ha hecho cargo de su cuidado). Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 879/2024, de 20 de junio (Roj. STS 3528/2024; ECLI:ES:TS:2024:3528) establece que el derecho de visitas tiene un reconocimiento específico en el artículo 160 y en el artículo 161 del Código Civil que individualiza la regulación de las visitas y las comunicaciones y el régimen que se dispensa a las resoluciones administrativas que puede adoptar la entidad pública en este ámbito concreto. Esta especificidad tiene pleno sentido por la trascendencia que en los textos internacionales y en el derecho interno se otorga en interés de los niños a las relaciones personales con sus progenitores cuando están separados de ellos. De hecho, la declaración de desamparo, por sí misma, no comporta la exclusión de las visitas. La posibilidad de que se suspendan las

visitas por la entidad pública solo puede ser de manera temporal y bajo control judicial. La suspensión definitiva supondría una prohibición de visitas o de comunicación que solo puede establecer el juez, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 158 del Código Civil, conforme al cual, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dictará “la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad”. Las medidas del artículo 158 del Código Civil también se pueden establecer por el juez para los menores sometidos a tutela, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Civil. Es decir, la entidad pública tiene limitada su competencia a la posibilidad de suspender de manera temporal las visitas, no de prohibirlas, lo que solo puede hacer el juez. Además, la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, debe ser revisada (al menos cada seis meses, artículo 172.ter.2 del Código Civil, plazo que para el caso de acogimiento familiar permanente puede ampliarse a un año según el artículo 116 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, de la Comunidad valenciana). La obligación de revisión comporta que la situación de los menores no queda congelada, sin que el criterio de la entidad pública de no modificar las medidas pueda quedar excluido de un control judicial.

En este contexto, la sentencia del citado Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2025 (Roj. STS 2517/2025; ECLI:ES:TS:2025:2517) se deniega el derecho de visitas.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, de 20 de julio de 2023 (JUR 2023,354456) se refiere a la ampliación del régimen de visitas de la madre con sus hijos de 11 y 13 años. Deseo de los niños de pasar más tiempo con su madre.

⁸² RJ 2009,4581. En este sentido, señala el Alto Tribunal que “Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

⁸³ RJ 206,1132. En los mismos términos se manifiesta esta sentencia, cuando razona: “(...) el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

⁸⁴ RJ 2023,1717. Tras citar la sentencia 720/2022 (RJ 2022,5082) en la que se precisa que no “bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida”; en el caso presente, resulta que se ha constatado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo. La falta de estabilidad en las relaciones personales de los progenitores del menor; en clara crisis de pareja, con relaciones conflictivas, no ajenas a episodios violentos, fruto principalmente del nuevo embarazo de la madre de otra persona distinta al padre de Cosme. Inmadurez de

Serafina, incapaz de planificar su vida en un factible proyecto vital, a lo que, desde luego, no ayudan tampoco sus negativas experiencias de infancia. Pasividad y falta de implicación de Baldomero en la asunción de la crianza de un menor. Los múltiples informes técnicos contrarios al reintegro de Cosme con sus padres.

Todo ello, unido a la situación actual del niño en su familia de acogida, con la que convive poco después de su nacimiento, en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno de Cosme con sus progenitores, en el cuadro contextual antes descrito, le produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo, contraria a su prevalente interés superior.

Siendo este último, “la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” (SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019,64), FJ 4º; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3º; 81/2021, de 19 de abril (RTC 2021,81), FJ 2º; y, 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021,113), FJ 2º).

⁸⁵ RJ 2023,5630. Aunque existe el deseo que la agrupación familiar pueda funcionar a pesar de no existir informe alguno que la aconseje y existiendo en cambio informes que acreditan la justificación de la declaración de desamparo del niño; lo cierto es que, la reinserción en la propia familia por el momento no se ajusta al interés de dicho menor. De ahí que, se confirme la declaración administrativa de desamparo y acogimiento residencial por ajustadas a las circunstancias concurrentes en aplicación de criterios normativos y jurisprudenciales de esta Sala.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 14 de abril de 2023 (JUR 2023,298420) no procede el retorno del menor desamparado con su madre; aunque esta puede intentar mejorar en el ejercicio de su responsabilidad marital; sin embargo, su situación personal no ha mejorado; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 2 de abril de 2025 (Roj. SAP MA 843/2025; ECLI:ES:APMA:2025:843) integración en la familia de acogida.

⁸⁶ Roj. STS 1744/2024; ECLI:ES:TS:2024:1744. Por su parte, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 10 de octubre de 2013 (RJ 2014,146) señala, al respecto, que el principio de reinserción en la propia familia cede cuando, como sucede en el caso examinado, el recurrente ni tiene soporte familiar alguno ni siquiera se encuentra capacitado para hacerse cargo de los menores como se infiere de los informes periciales que obran en autos; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 19 de noviembre de 2014 (AC 2015,1057) para el retorno a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padre biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente su rol necesario que sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes; las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 3 de noviembre de 2016 (JUR 2017,95175) subsistencia de la declaración de desamparo y mantenimiento de la necesidad de continuar el acogimiento familiar al objeto de evitar la institucionalización del menor; tratándose de una medida provisional y transitoria tendente a la reintegración del menor con sus familiar de origen cuando las circunstancias así lo aconsejen; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 7 de diciembre de 2016 (JUR 2017,8462) ha quedado acreditada la correcta evolución e integración de la menor en la familia de acogida, y la expectativa de proporcionarle una estabilidad personal y psíquica que favorezca su desarrollo, mientras no se han mantenido vínculos afectivos con la familia. Por muy doloroso que sea para el padre, el regreso de la menor con la familia paterna extensa no es lo más beneficioso para el interés de la niña; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,159078) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es necesario que la evolución

sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo; de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de noviembre de 2022 (JUR 2023,46930) revocación de la resolución administrativa que declaró la situación de adoptabilidad del menor hijo de unos padres discapacitados. No se adoptaron las medidas de apoyo que precisaban los padres por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito personal como en el de la salud. Se entiende conveniente que el menor retorne a su familia biológica, como objetivo prioritario. Debe apoyarse a los padres biológicos para la superación de las dificultades derivadas de su discapacidad, antes de iniciar el proceso de adopción; dela de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 2 de julio de 2024 (JUR 2024,308190) se mantiene la tutela pública hasta que se restablezca el vínculo de la hija con su madre, instando a la entidad pública que active y agilice las actuaciones tendentes a la propia consecución de este fin; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2024 (Roj. SAP T 1962/2024; ECLI:ES:APT:2024:1962) no se dan las condiciones para el retorno del menor con la familia extensa; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 22 de abril de 2025 (Roj. SAP B 3153/2025; ECLI:ES:APB:2025:3153) señala, al respecto que, ambos progenitores han conseguido una estabilidad laboral y económica lo que es positivo para la unidad familiar. Disponen de un hogar con espacio suficiente para atender adecuadamente a los tres hijos. Sin embargo el Equipo Técnico entiende que conviene que asuman también su responsabilidad en el dolor causado a los hijos, que sean conscientes del sufrimiento psíquico al que estaban sometidos a consecuencia de la enfermedad mental de la madre y la falta de protección del padre, así como del ambiente de tensión y violencia en el seno familiar que generaba la descompensación de la madre. Sólo si se dan cuenta de lo que han vivido los hijos podrán evitar que se repita en un futuro. Los elementos de riesgo relacionados no pueden justificarse en motivos culturales ni por ello dejan de constituir un riesgo para los menores justificativo de su declaración de desamparo. Ciertamente los avances constatados y que la sentencia consigna son todos ellos indicadores de un buen pronóstico pero no se han modificado determinados elementos en los que se funda la declaración de desamparo de forma principal. No se ha producido un cambio de planteamiento vital, de prioridades organización del cuidado en el hogar y de hábitos, en concreto la mayor presencia del padre en la organización doméstica para contener determinadas situaciones que puedan producirse por la descompensación materna. Es por ello que, se valora que un retorno inmediato como el acordado es prematuro, atendido lo expuesto y podría frustrar su buen fin y comprometer una buena vinculación de los hijos con sus progenitores. En interés de los hijos es necesario avanzar y completar el plan de mejora antes de iniciar el retorno que deberá guardar una progresión mediante un plan adecuado y ajustado a la situación de los menores. En definitiva, se valora a la vista de todo lo actuado que es imprescindible que los progenitores consoliden los avances alcanzados y en especial que el padre tome conciencia de que su presencia en el hogar y su implicación directa en las rutinas de los hijos son imprescindibles y deben afianzarse para poder trabajar a corto plazo en un plan de retorno. Este plan de reagrupación familiar necesariamente deberá tener en cuenta no solo su peso e importancia principal en el hogar para la atención y el cuidado de los tres hijos sino también su importante rol para acompañar y cuidar a su esposa en las necesidades que se deriven de su patología mental a fin de que no sufra de descompensaciones como en el pasado y todo ello con el apoyo de profesionales; y, de la misma Audiencia Provincial y secc. 18ª, de 14 de mayo de 2025 (Roj. SAP B 3909/2025; ECLI:ES:APB:2025:3909) debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como un derechos absoluto. En fin, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 2 de abril de 2025 (Roj. SAP MA 843/2025; ECLI:ES:APMA:2025:843) re inserción familia de origen; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 9 de abril de 2025 (Roj. SAP B 2805/2025; ECLI:ES:APB:2025:2805) el juzgado revoca la situación de desamparo; devuelve la custodia a los padres y ordena seguimiento social regular para garantizar el bienestar del menor; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 24 de abril de 2025 (Roj. SAP J 215/2025) reintegración familiar a corto y medio plazo; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 14 de mayo de 2025 (Roj. SAP B 3909/2025) las medidas

que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hacer todo lo posible para procurar el retorno a la familia natural.

⁸⁷ RJ 2021,5501.

⁸⁸ RJ 2023,395946.

⁸⁹ Roj. STS 5817/2009; ECLI:ES:TS:2009:5817.

⁹⁰ Roj. STS 1281/2016; ECLI:ES:TS:2016:1281.

⁹¹ JUR 2024,95390. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, d 24 de enero de 2024 (JUR 2024,116746) existen varios factores de riesgo que persisten en la actualidad que impiden que el menor pueda retornar con su familiar de origen (consumo de drogas); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 14 de febrero de 2024 (JUR 2024,139759) el retorno con sus progenitores resulta inviable; lo que, aconseja ratificar el desamparo y proporcionarle un nuevo entorno familiar alternativo por medio de la delegación con fines de adopción. Esto supone la desaparición definitiva de la familia de origen.

⁹² RJ 2013,7074. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 879/2024, de 20 de junio (Roj. STS 3528/2025; ECLI:ES:TS:2025:3528) se indica que cabe una interpretación sistemática del artículos 172 del Código Civil y 780 de la LEC que, sin violentar el precepto y por ende el principio de seguridad jurídica, es más respetuosa con la naturaleza de los intereses en juego, y en especial con el interés superior del menor, considerando que el artículo 172.2 del Código Civil y el plazo de dos años que en el mismo se establece se refiere a las peticiones dirigidas a la entidad pública para que revoque la decisión de desamparo para recuperar la patria potestad suspendida, pero ello no impide que, cumpliendo el plazo previsto en el párrafo primero del artículo 780.1 de la LEC, las personas legitimadas precisadas en el párrafo segundo del mismo artículo puedan impugnar las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Asimismo, se dispuso que el derecho de visitas tiene un reconocimiento específico en el artículo 160 y en el artículo 161 del Código Civil que individualiza la regulación de las visitas y las comunicaciones y el régimen que se dispensa a las resoluciones administrativas que puede adoptar la entidad pública en este ámbito concreto. Esta especificidad tiene pleno sentido por la trascendencia que en los textos internacionales y en el derecho interno se otorga en interés de los niños a las relaciones personales con sus progenitores cuando están separados de ellos. De hecho, la declaración de desamparo, por sí misma, no comporta la exclusión de las visitas.

En todo caso, la posibilidad que se suspendan las visitas por la entidad pública solo puede ser de manera temporal y bajo control judicial. La suspensión definitiva supondría una prohibición de visitas o de comunicación que solo puede establecer el juez, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 158 del Código Civil, conforme al cual, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dictará “la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. Las medidas del citado artículo 158 del Código Civil también se pueden establecer por el juez para los menores sometidos a tutela, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 200 del citado cuerpo legal. Es decir, la entidad pública tiene limitada su competencia a la posibilidad de suspender de manera temporal las visitas, no de prohibirlas, lo que solo puede hacer el juez. Además, la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, debe ser revisada (al menos cada seis meses, artículo 172.ter.2 del Código Civil). La obligación de revisión comporta que la situación de los menores no queda congelada, sin que el criterio de la entidad pública de no modificar las medidas pueda quedar excluido de un control judicial.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 241/2025, de 12 de febrero (Roj. STS 575/2025; ECLI:ES:TS:2025:575) confirmó una sentencia de apelación que

afirmó que, sin alegación de hechos nuevos, no procedía establecer un régimen de visitas de los padres biológicos respecto de sus tres hijas, en situación de guarda con fines de adopción, respecto de las que previamente se había suspendido el régimen de visitas de acuerdo con el criterio de la entidad pública confirmado por otra resolución judicial. La razón que justificó que se considerara ajustada a derecho la desestimación de la oposición a una resolución que no había apreciado que se hubieran desvirtuado las circunstancias que se tomaron en consideración para tomar una decisión que había alcanzado firmeza, fue precisamente la ausencia de alegación de hechos nuevos que justificaran en interés de las menores el establecimiento de visitas. También se señaló en la mencionada sentencia que el hecho de que el artículo 161 del Código Civil solo se refiera literalmente a la suspensión de las visitas no significa que siempre se hayan debido establecer, pues pueden no acordarse cuando se declara el desamparo si de manera motivada las circunstancias del caso así lo aconsejen en interés del menor. Por análoga razón hay que entender que, frente a la denegación por parte de la entidad pública de una nueva petición basada en nuevas circunstancias y dirigida a que se establezcan visitas que se suspendieron, procede aplicar el segundo párrafo del artículo 161 del Código Civil, conforme al cual, “el menor, los afectados y el ministerio fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, esto es, conforme al artículo 780 de la LEC, en el plazo de dos meses desde la notificación.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2025 (Roj. STS 2517/2025; ECLI:ES:TS:2025:2517) la madre ha invocado un cambio de sus circunstancias personales que a su juicio concurren para que en interés de sus hijas se establezca un sistema de comunicación y visitas y la entidad pública, en resolución motivada, ha entendido que no procedía estimar su petición. Esta resolución fue impugnada judicialmente por la madre dentro del plazo de dos meses desde la notificación, en los términos que establece el artículo 780 de la LEC. En este caso hay una resolución administrativa expresa que deniega la solicitud de la madre. Y de no haberse dictado, el artículo 119.5 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre (incorporado por la Ley 7/2023, de 26 de diciembre) clarifica ahora: “El vencimiento del plazo máximo para resolver respecto de la solicitud de visitas y comunicación sin que se hubiera notificado resolución expresa, legitima a las personas interesadas para entender desestimada su pretensión por silencio administrativo”. A la vista de lo dispuesto en el artículo 161 del Código Civil, la caducidad de la acción de la que habla la Audiencia no puede haber tenido lugar, pues no ha podido vencer el plazo para recurrir a los tribunales la denegación de las visitas antes incluso de que llegara a presentarse la solicitud por la madre, sin que la autoridad judicial pueda abstenerse de ejercer el control que le incumbe sobre la resolución de la entidad pública. De ahí que, la interpretación de la sentencia recurrida, al apreciar que por caducidad ha precluido el derecho de la madre a acceder a la vía judicial para impugnar la resolución que deniega su petición de visitas restringe injustificadamente el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la protección del interés del menor, más allá de lo que resulta necesario para el objetivo perseguido de dotar de estabilidad a los menores cuando se decreta el desamparo, que en este caso no es objeto de discusión. El temor de que las solicitudes y posteriores impugnaciones se reiteren sin justificación razonable puede ser abordado de otra manera, sin sacrificio de la tutela judicial efectiva, en la línea de la noción del abuso del servicio público de Justicia a que se refiere la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que ha introducido en el artículo 11.2 de la LOPJ la posibilidad de que jueces y tribunales rechacen fundadamente las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho. Por ello estima el recurso de casación y casamos la sentencia recurrida. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 27 de octubre de 2023 (JUR 2024,39889) se puede ampliar las visitas con la progenitora y que desde los servicios sociales pueda continuar trabajando con la demandante de cara a la posibilidad que el menor pueda retornar con ella una vez alcanzada cierta madurez que le permite mantener contactos con la misma sin tener angustias de separación por la no presencia de los acogedores. Sin embargo, se deniega a los abuelos y tío el derecho de visitas ante la observancia de indicadores de riesgos: la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén,

secc. 1ª, de 28 de mayo de 2024 (JUR 2024,262509) régimen de contactos entre los menores y su madre y con la pareja de ésta; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2ª, de 17 de marzo de 2025 (Roj. SAP SS 160/2025; ECLI:ES:APSS:2025:160) un acogimiento residencial y la imposición a la menor Clara un régimen de visitas con pernocta con su padre no deja de ser una manifestación de la recurrente huérfana de prueba, no siendo preciso que la autoridad administrativa, titular de la guarda de la menor, cuente con el beneplácito de uno de los progenitores para establecer visitas con el otro; la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 25 de febrero de 2025 (Roj. SAP SE 633/2025; ECLI:ES:APSE:2025:633) el régimen de estancias, comunicación y visitas se configura como un complejo derecho-deber, cuya finalidad no es satisfacer los deseos de los progenitores, sino la de proteger los derechos e intereses de los menores, exigiendo estos últimos unos contactos lo más racionalmente posibles con el progenitor no custodio, debiéndose favorecer con la adecuada flexibilidad tales relaciones que deben propiciar unos sólidos vínculos de apego y afecto pero articulándose las mismas en atención las circunstancias concurrentes y muy especialmente las que resulten más beneficiosas para la precitada menor de acuerdo con el principio del “*favor filii*”, estimándose que las posibles limitaciones o restricciones a tal derecho han de tener alcance y carácter excepcional; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 14 de mayo de 2025 (Roj. SAP M 7222/2025; ECLI:ES:APMA:2025:7222) respecto al régimen de visitas entre los menores y sus progenitores debe atenderse siempre al interés superior del menor.

⁹³ CARDONA GUASCH O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; Mª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 295.

⁹⁴ CARDONA GUASCH, O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”, *op. cit.*, p. 296.

⁹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1ª, de 18 de octubre de 2012 (JUR 2013,148707) acogimiento voluntario por precaria situación económica de la madre. No está en condiciones de asumir el cuidado del hijo. Necesidad de la madre de contar con los recursos asistenciales de protección de menores ante las ausencias de su domicilio y ciudad donde permanecía el menor; quedando este solo acompañado de sus hermanos, también menores. No puede la madre dar la necesaria asistencia material, sanitaria y educativa que el menor requiere; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 18 de abril de 2023 (JUR 2023,299340) la guarda voluntaria del menor estaba justificada por la existencia de circunstancias graves que impedían que los progenitores pudieran cuidar adecuadamente de su hija.

⁹⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2024 (JUR 2024,95390) fin del acogimiento temporal y guarda con fines de adopción. Desestimación de la oposición del padre biológico. Atención al superior interés del menor (de algo más de 2 años). El progenitor carece de las habilidades y capacitación necesarias para asumir el cuidado de la niña y ésta se encuentra plenamente integrada escolar y socialmente en su nueva familia, que le aporta la estabilidad, atiende a todas sus necesidades y con la que ha estarcido vínculos afectivos adecuados y firmes. Improcedencia de un régimen de visitas. Su fijación, cuando la niña no ha tenido nunca relación con su padre biológico, además de poder entorpecer la integración con su nueva familia, en nada le beneficiaría, dada la escasa edad de la niña y la ausencia de cualquier vínculo y de toda estructura familiar que mantener; y, de 13 de diciembre de 2024 (JUR 2024,494088) procedimiento de oposición a las medidas del menor en situación de desamparo. Desestimación de la oposición de la madre biológica a la resolución que acordó la constitución de la guarda con fines de adopción. Consideración, asimismo, de la integración del niño en la familia que ejerce la guarda. asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 25 de julio de 2024 (JUR 2024,392357) se considera conforme con el interés prevalente de los menores tanto la constitución de la guarda con fines de adopción como el mantenimiento de la suspensión de las comunicaciones de los menores con la progenitor, máxime cuando todo ello persigue

evitar que los menores se vuelvan a colocar en situación de riesgo, con medidas inciertas en su futuro, cuando se encuentran estables en su actual situación y, en definitiva, se trata de sopesar la evolución negativa que podría tener los menores esa aproximación y si alteraría su estabilidad emocional.

⁹⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 30 de noviembre de 2017 (JUR 2018,23668); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 4 de mayo de 2021 (JUR 2021,253533) la medida de acogimiento preadoptivo es la más adecuada para el interés superior de los menores al no ser procedente la reunificación familiar o el acogimiento con familia extensa. La abuela materna no puede servir de apoyo a la familia, teniendo en cuenta que fue declarada persona no idónea por resolución administrativa; de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2ª, de 11 de mayo de 2021 (JUR 221,226226) se sustituye el acogimiento preadoptivo a familia ajena por la medida de acogimiento en la familia acogedora con la que se encuentra el menor, con introducción de visitas a favor de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 14 de octubre de 2021 (JUR 2021,381514) acogimiento preadoptivo del menor y supresión del régimen de visitas maternofiliales. La madre no ha seguido los controles de su embarazo, consumía tóxicos y no tenía entorno social ni familiar, ni trabajo, ni vivienda, ni su residencia estaba regularizada en España y desde los tres días del menor paso a convivir con la familia, cuyo acogimiento preadoptivo se ha constituido; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2024 (JUR 2024, 149627) delegación por la entidad pública de la guarda con fines de adopción; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 4 de marzo de 2025 (JUR 2025,43041) acogimiento preadoptivo. No reporta beneficio para la menor introducir algún régimen de contacto con la madre. Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 21 de diciembre de 2011 (JUR 2012,49294) acogimiento familiar preadoptivo. El padre se percibe incapaz de hacerse cargo del menor de forma permanente. Nula voluntad de lograr la reunificación con el hijo primando sus intereses personales frente a los de su hijo.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 4 de abril de 2019 (JUR 2019,142510) entiende improcedente el mantenimiento del acogimiento preadoptivo del menor; pues, ésta tiene una discapacidad psíquica, por lo que requiere cuidados especiales.

⁹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (2017) “La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”. En: Mª.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 338.

⁹⁹ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁰ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 668.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1º, de 10 de marzo de 2023 (JUR 2023,261681); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 16 de marzo de 2023 (JUR 2023,209248).

¹⁰¹ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, pp. 387-388; LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 668.

¹⁰² Para MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Navarra, p. 929 atendiendo al interés del menor, el artículo 176 bis legitima para delegar la guarda tanto antes de la presentación, como que se haga al presentarla o incluso después.

¹⁰³ MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 930; sin embargo, para LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 669 no se prevé la audiencia a los progenitores del menor.

¹⁰⁴ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁵ MAYOR DEL HOYO, M^a.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 931.

¹⁰⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1^a, de 17 de diciembre de 2020 (JUR 2021,98363); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1^a, de 30 de julio de 2021 (JUR 2021,342970).

¹⁰⁷ Para la mayoría de la doctrina la prórroga se refiere no al plazo de duración de la guarda, sino al plazo de duración del periodo de adaptación, vid., LÓPEZ AZCONA A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 62; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 671. Sin embargo, entiende CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 391 que la prórroga se refiere a la duración de la guarda.

¹⁰⁸ MAYOR DEL HOYO, M^a.V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 929.

¹⁰⁹ El Real Decreto Ley 9/2025, de 29 de julio completó la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019. En este sentido, la norma gira en tórnos a tres ejes básicos: 1. Incrementa, con carácter general, la duración del permiso de nacimiento y cuidados, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en tres semanas, las dos últimas con un diseño más flexible, para cumplir con su finalidad de cuidado parental. Es decir, el permiso por nacimiento y cuidados se incrementa en tres semanas, de las 16 actuales hasta las 19 para cada progenitor e intransferibles. Dos de ellas podrán disfrutarse hasta que el menor cumpla ocho años; 2. Garantiza durante esas tres semanas el mantenimiento en la percepción de los ingresos ordinarios de la persona trabajadora que ejerce su derecho; y, 3. Incrementa la duración de los permisos mencionados en el caso de unidades familiares monoparentales. Las familias monoparentales podrán disfrutar de 32 semanas de permiso por nacimiento, cuatro de ellas hasta que el menor cumpla ocho años.

Las dos semanas del permiso por nacimiento y cuidado de menor que se pueden disfrutar hasta que el menor cumpla los ocho años de edad (cuatro en el caso de monoparentalidad), serán de aplicación a los nacimientos o adopciones producidos a partir del 2 de agosto de 2024. Las dos semanas de permiso parental retribuido pueden disfrutarse de manera flexible, en los periodos o jornadas parciales de trabajo que elijan las familias.

El coste del nuevo permiso es asumido por la Seguridad Social, manteniendo una tasa de reemplazo de renta del cien por cien para ambos progenitores. La percepción del cien por cien de la base reguladora es un elemento de gran relevancia para la promoción del reparto de responsabilidades, como evidencia la alta participación masculina, en comparación con otros países, del permiso de nacimiento español.

La norma también modifica la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público para incrementar en el ámbito del empleo público el permiso retribuido por nacimiento y por adopción, guarda o acogimiento. Este permiso pasa a cubrir también el cuidado del menor, hasta las 19 semanas, de las cuales 17 son de permiso por nacimiento y cuidados, y dos de permiso por cuidado parental del menor. Asimismo, se establece una nueva regulación del permiso parental, que mantiene su carácter no retribuido, de ocho semanas de duración.

Así las cosas, se incrementa la duración del permiso retribuido por nacimiento para la madre biológica, por adopción, acogimiento o guarda a 19 semanas para cada progenitor; adoptante, acogedor o guardador; de las cuales seis semanas serán obligatorias, se deberán disfrutar inmediatamente después del parto o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, a jornada completa, 11 semanas que podrán distribuirse a voluntad de las personas proge-

nitoras, por semanas, hasta que el menor cumpla 12 meses y dos semanas restantes para el cuidado parental que podrán distribuirse por semanas hasta que el menor cumpla ocho años.

Por otra parte, a fin de asegurar la coherencia con el régimen jurídico del sector privado, se clarifica que el permiso por nacimiento se ampliará en dos semanas más, en los supuestos de nacimiento o adopción múltiples, o discapacidad, en un total para ambos progenitores, correspondiendo en todo caso una semana para cada uno de ellos.

En cuanto a las familias monoparentales, teniendo en cuenta los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional exigen la equiparación de los permisos por nacimiento en el caso de familias monoparentales y biparentales, en cuanto a las semanas de disfrute interrumpido. En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional número 140/2024, de 6 de noviembre (Roj. STC 140/2020; ECLI:ES:TC:2024:140) reconoció a las personas beneficiarias del permiso de nacimiento una duración adicional del mismo de diez semanas, que es el tiempo que excede de la parte del permiso de nacimiento de disfrute obligatorio para ambos progenitores que se superpone en el tiempo. Así las cosas, el citado Real Decreto-Ley ahora publicado amplía el período de suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento del artículo 48.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 49.a), b) y c) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, teniendo en cuenta la nueva duración de los permisos, a 32 semanas en caso de unidad monoparental.

De las treinta y dos semanas del permiso, seis semanas serán obligatorias y se deberán disfrutar inmediatamente después del parto o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, a jornada completa, 22 semanas que podrán distribuirse a voluntad, por semanas, hasta que el menor cumpla 12 meses y cuatro semanas restantes para el cuidado parental que podrán distribuirse por semanas hasta que el menor cumpla ocho años.

El Congreso de los Diputados ha convalidado este citado Real Decreto-Ley 9/2025 y, está siendo actualmente tramitado en la citada Cámara baja como Proyecto de Ley 121/000069 (BOCG, serie a, de 129 de septiembre de 2025, número 69-1, pp. 1 a 18).

¹¹⁰ El 1 de abril de 2025 el Tribunal Supremo ha admitido a trámite el recurso contencioso administrativo presentado por el Gobierno de Aragón contra el requerimiento del Ministerio de Juventud e Infancia a que facilitase datos sobre los plazos y ocupación de centros de menores de migrantes. Este requerimiento administrativo representa el primer acto administrativo derivado del Real Decreto-Ley 2/2025 para la reubicación de menores migrantes no acompañados. El Gobierno de Aragón ha solicitado también a través de este recurso la suspensión cautelar del requerimiento de información sobre menores realizada por el Estado y el citado Tribunal ha acordado a tal efecto la apertura de una pieza o procedimiento de medidas cautelares para resolver sobre la citada suspensión formulada por los servicios jurídico del Gobierno de Aragón.

¹¹¹ Según datos de la Fiscalía General del Estado en 2024 se realizaron 7562 diligencias preprocesales de determinación de la edad (DPI) a los menores extranjeros no acompañados. Los datos determinan que solo el 50% son acreditados como menores extranjeros no acompañados, que el 89% son varones y que un mínimo porcentaje proceden de países en Guerra.

En todo caso, la presidenta del Govern Balear Marga Prohens ha defendido realizar pruebas dentales en persona migrantes llegadas en pateras para determinar su dad (ortopantografía).

¹¹² Los acuerdos de readmisión son acuerdos internacionales bilaterales en las que se regulan las condiciones de readmisión de extranjeros nacionales de terceros Estados en situación irregular en que una de las partes contratantes puede devolver a la persona que haya ingresado en el territorio de esta parte procedente de la parte requerida. Existen acuerdos de readmisión de migrantes: 1. Acuerdo de readmisión con Argelia. Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática Popular sobre circulación de personas hecho “en referéndum” en Argel el 31 de julio de 2002, publicado en el BOE de 12 de febrero de 2004); 2. Acuerdo entre el Reino de España y la República islámica de Mauritania

en materia de inmigración firmado en Madrid el 1 de julio de 2003 y publicado en el BOE el 4 de agosto de 2003; 3. Acuerdo entre la República francesa y el Gobierno de España sobre la readmisión de personas en situación irregular hecho “ad referendum” en Málaga el 26 de noviembre de 2002 (BOE, número 309, de 26 de diciembre de 2003, pp. 46.109 a 46.117), siendo aplicable tanto para la readmisión de nacionales de las partes contratantes que se encuentren en una situación irregular en el territorio de otra parte como para la readmisión de nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación de irregularidad en el territorio de la otra parte. Es decir, que el acuerdo sería aplicable tanto para solicitar la readmisión de un francés que esté en situación irregular en España como para solicitar a readmisión de un argelino o marroquí estando en situación irregular en España, haya accedido a territorio español procedente de un territorio francés. Cada parte contratante readmitirá a solicitud de la otra parte contratante y sin formalidad alguna al nacional de un tercer Estado que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones de entrada o de estancia aplicables en el territorio de la parte contratante requirente, siempre que se acredite que dicha persona entre en territorio de esa parte después de haber residido o trasladado en el territorio de la parte contratante. Este acuerdo articula un procedimiento de devolución de extranjeros en situación irregular entre dos Estados limítrofes España y Francia, en virtud del cual las partes contratantes establecen una serie de compromisos recíprocos tendentes a facilitar el procedimiento de devolución de los extranjeros que se encuentren en la referida situación. Constituye, en suma, la plasmación de un acuerdo internacional de devolución entre los Estados de España y Francia en orden a facilitar o agilizar la devolución de extranjeros en situación irregular, que ni aborda el régimen de derechos y garantías aplicables a los extranjeros, ni contradice la regulación general que al respecto se establece en la LOEx y su Reglamento de desarrollo. Entra en vigor a los 30 días después de la última notificación cruzada entre las partes dando cumplimiento a los procedimientos constitucionales necesarios según establece su artículo 26.1; 4. Acuerdo entre España y Marruecos relativos a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 y publicado en el BOE de 25 de abril de 1992; 5. Acuerdo de readmisión de personas en situación irregular entre España y Portugal firmado en Granada el 15 de febrero de 2003, publicado en el BOE de 31 de marzo de 1995; 6. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular entre España e Italia firmado en Roma el 4 de noviembre de 1999 y publicado en el BOE de 7 de febrero de 2001.

JUSPOL, sindicato mayoritario de la Policía ha planteado al Gobierno acuerdos urgentes de los menores migrantes no acompañado con Senegal, Argelia y Marruecos y Mauritania como medida para frenar la migración de ilegal.

En todo caso, el primer ministro británico Keir Starmer y el presidente francés Emmanuel Macron han firmado en julio de 2025 un acuerdo de devolución de los migrantes ilegales que entren en Reino Unido o en Francia por el canal de la Mancha procedentes de uno u otro de los citados Estados.

¹¹³ Vid., el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1ª, de 2 de julio de 2025 (Roj. ATS 6566/2025; ECLI:ES:TS:2025:6546A) señala respecto de la concurrencia en el caso de interés casacional que “la sección considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, respecto a la concurrencia del interés casacional objetivo invocado en el escrito de preparación del recurso, singularmente en relación con el artículo 88.2.b), c) y 3.a) de la LJCA, dada la necesidad de reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión suscitada. En este sentido, la sentencia recurrida se remite a lo expresado en otra sentencia anterior del mismo tribunal *a quo* sobre la misma cuestión, concretamente la referida sentencia de 31 de marzo de 2022, dictada en el rollo de apelación 1047/2020”. Pues bien añade que “esta sentencia fue recurrida en casación en recurso tramitado con el nº 6187/2022, que fue admitido a trámite por auto de 30 de noviembre de 2022 y resuelto en sentido estimatorio por la STS nº 226/2024, de 9 de febrero, a la que el propio recurrente se refiere”. Asimismo, en esta sentencia, al examinarse la cuestión casacional rela-

tiva a la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, esta Sala declara lo siguiente: "(...) Así pues, dando respuesta a la cuestión casacional, debemos declarar que cuando la Administración tenga incertidumbre sobre si un extranjero que hubiese entrado irregularmente en España y se encontrara indocumentado es menor de edad, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que proceda a determinar, recabando los servicios de las instituciones sanitarias, si procede el internamiento en un centro de protección de menores o debe someterse al régimen de devoluciones de los extranjeros mayores de edad, siendo el competente para valorar el informe emitido por los servicios sanitarios, cuya suficiencia, a los efectos de la decisión que deba adoptarse, deberá valorarse en cada caso (...)". Es, por ello que, concluye "conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma norma, esta Sección de Admisión aprecia que este recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la siguiente cuestión: Reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial establecida con ocasión de precisar si la determinación de edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, ha de ajustarse a las formalidades y garantías exigidas en "Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados", y más concretamente, si ha de justificarse y garantizarse la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento que se tramite al efecto, y si el informe médico de determinación de edad, que en su caso, se hubiera de emitir, ha de contemplar el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pudiera tener".

Por su parte, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2025 ha concretado que solo el 50% de los sometidos a exámenes son menores de edad. En 2024 se realizaron 7.562 diligencias preprocesales de determinación de la edad (DIP) a menores extranjeros no acompañados, 140 más que en 2023, en el que se duplicaron en número con respecto a 2022. De estas, 2.475 han resultado ser mayores, 3.825 eran menores "o existían posibilidades que lo fueran"; y, 1.280 han concluido sin resultado por abandono de los centros antes de poder practicarse las diligencias. En esta Memoria también se destaca que han aumentado año tras año la llegada menores extranjeros no acompañados. Como dato general, han disminuido las cifras de expedientes incoados respecto a 2023, así como los tiempos de resolución y la pendencia de expedientes. No obstante, se pone de manifiesto por la Fiscalía que aún las cifras que se manejan son importantes, por lo que el esfuerzo de todos los fiscales que se dedican a esta materia sigue siendo ingente. Así, en Las Palmas, en 2024 fueron incoados 790 expedientes (650 varones y 40 mujeres) un 25,5% menos que en 2023. No quedan expedientes por resolver de años anteriores. De los 790 expedientes incoados en 2024, se han resuelto un total de 538. De ellos 152 han resultado ser mayores de edad (145 varones y 7 mujeres) y 386 menores de edad (375 niños y 11 niñas). Por otro lado, se han dictado un total de 259 expedientes modificando decretos anteriores de otros años, concretamente se han modificado 5 decretos de expedientes de 2020; 5 decretos de expedientes de 2021; 36 decretos de expedientes de 2022; 167 decretos de expedientes de 2023 y 46 decretos de expedientes resueltos en 2024.

Respecto a los datos en Tenerife, la Fiscalía de la Comunidad Canaria ofrece los siguientes datos: durante el año 2024 se han incoado un total de 1.420 expedientes, de los cuales se han resuelto 439, se ha experimentado una reducción de mil expedientes. De los expedientes tramitados este año 2024 han resultado ser mayores 504 y 438 menores de edad, por otro lado, destacar que se han modificado un total de 182 expedientes de determinación de edad.

En fin, en 2024 llegaron 5.922 por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles, superando en 2023 (4.865) y en 2022 (2.375); y, según los datos de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en 2024 se ha procedido a llevar a cabo 8 repatriaciones de menores extranjeros no acompañados. Los datos anteriores, sin embargo, no se corresponden con los reportados por los delegados, que solo se refieren a 4 expedientes, siendo dos de los que se materializaron, en Salamanca, relativos a menores rumanos que, conforme al Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados, no deben ser considerados en esa categoría. Por

parte del delegado de Teruel se comunica la tramitación de un expediente de repatriación y, por último, en Zaragoza, se intentó una repatriación en Diligencias Previas 1848/24 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Zaragoza que no llegó a término. La diferencia entre los datos policiales sobre repatriaciones y los recogidos por los fiscales en sus memorias podría deberse al desfase temporal entre la fecha de incoación del expediente y la materialización efectiva de la repatriación. Por su parte, la delegada de Cuenca pone de relieve la imposibilidad de llevar a cabo ningún expediente de repatriación relativo a menores marroquíes por falta de contestación de las autoridades de su país.

¹¹⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 5ª, de 8 de febrero de 2024 (Roj. STS 796/2024; ECLI:ES:TS:2024:796) declara el Tribunal que en estos casos la Administración deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que proceda a determinar, recabando los servicios de las instituciones sanitarias, si procede el internamiento en un centro de protección de menores o debe someterse al régimen de devoluciones de los extranjeros mayores de edad, siendo el competente para valorar el informe emitido por los servicios sanitarios, cuya suficiencia, a los efectos de la decisión que deba adoptarse, deberá valorarse en cada caso. Si la decisión de comprobación se practica por la Administración, la decisión sería nula de pleno derecho por incompetencia manifiesta; además, como se está en presencia de un trámite esencial, su omisión conlleva igualmente la nulidad radical del acto que se dicte.

¹¹⁵ En la actualidad, el 43% de los menores y ex tutelados con permisos de trabajo (8.204) no están empleados ni cotizan a la Seguridad Social.

¹¹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5ª, de 17 de junio de 2024 (LA LEY 141583/2024) señala “como regla general, la Administración está obligada a responder a tales solicitudes, debidamente formuladas, basadas en la existencia de razones humanitarias, y, a conceder las autorizaciones de residencia temporal procedentes, siempre que las citadas razones se acrediten, en los términos requeridos por la legislación y la jurisprudencia aplicables. Ahora bien, excepcionalmente, la Administración ha de proceder a su concesión —incluso de oficio— en los supuestos expresamente previstos por la ley, cuáles son los de “las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad””.

Por su parte, PEY GONZÁLEZ, J.Mª. (2025). “Extranjería en transformación: claves jurídicas del nuevo Real Decreto 1155/2024”, *Diario LA LEY, número 10726, sección Opinión, de 20 de mayo*, p. 7 concluye que el “nuevo Reglamento de Extranjería constituye un avance normativo significativo en términos de coherencia estructural, seguridad jurídica y protección de derechos. No obstante, su despliegue efectivo dependerá de una correcta interpretación administrativa, dotación de medios y respeto a los principios de igualdad y no discriminación”. En este sentido, añade el autor “debe tenerse en cuenta varias organizaciones sociales han presentado recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra diversos preceptos del nuevo Reglamento, por considerar que imponen condiciones discriminatorias o contrarias a la normativa europea, en especial respecto al régimen de familiares de españoles y el acceso a la formación de menores extranjeros. Entre los aspectos impugnados figuran: la exigencia de visado, la denegación automática pro antecedentes y la exclusión de menores de la formación profesional por razón de la edad”.

¹¹⁷ Para un análisis del Real Decreto 1155/2025, vid., PEY GONZÁLEZ, J. Mª. (2025). “Entre retornos y excepciones: el nuevo marco de residencia del Real Decreto 1155/2024 en extranjería”, *Diario LA LEY, número 10762, sección Tribunal, de 11 de julio*, pp. 1-3. En todo caso, el autor concluye que “este Real Decreto consolida un avance técnico y jurídico en materia de extranjería, al armonizar dos regímenes complejos y, hasta ahora, deficientemente articulados. La nueva normativa no sólo mejora la seguridad jurídica, sino que responde de forma más eficaz a la diversidad de perfiles migratorios que integran el tejido laboral, académico y social español. La práctica jurídica deberá ahora adecuarse a esta nueva realidad, prestando especial atención al cumplimiento documental, a la correcta formalización de los

compromisos de retorno y a la defensa de los derechos de quienes, desde una posición de excepcionalidad o retorno, desean contribuir al desarrollo de España desde la legalidad”.

¹¹⁸ Los menores extranjeros acogidos por las Comunidades Autónomas son: 1. Canarias: 5.800; 2. Andalucía: 2615 (recibirá, en principios, 796 de Canarias); 3. Madrid: 2442 (recibirá en principio 606 de Canarias); Cataluña: 2.242; 5. País Vasco: 859; 6. Murcia: 619 (recibirá 190); 7. Islas Baleares: 573 (recibirá 58); 8. Comunidad Valenciana: 480 (recibirá 477); 9. Galicia: 273 (recibirá 326); 10. Castilla y León: 178 (recibirá 309); 11. Castilla-La Mancha: 139 (recibirá 291); 12. Extremadura: 126 (recibirá 151); 14. Cantabria: 22 (recibirá 170); y, 15. La Rioja: 15 (recibirá 154).

¹¹⁹ MONTERO HERNANZ, T. (2025). “Dudas y certezas sobre el Real Decreto-Ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias”, *Diario LA LEY, número 10719, sección Tribuna, de 9 de mayo*, pp. 1-8 lleva a cabo una crítica global de dicho Real Decreto y destaca “respecto a las dudas sobre la constitucionalidad de la norma ahora convalidada y a modo de resumen, merece destacarse la quiebra del presupuesto habilitante para la aprobación de un Decreto-Ley, como es la extraordinaria y urgente necesidad, la afectación al régimen de las Comunidades Autónomas, la afectación a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I Constitución Española, la invasión de competencias autonómicas exclusivas, la ausencia de título competencial, la afectación al principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas o la quiebra del principio de solidaridad interterritorial, por citar algunos ejemplos.

Sin embargo, la ausencia de lealtad institucional no es una cuestión que pueda ponerse en duda sino una certeza, una vez más, de la forma de proceder del Gobierno de la nación, negociando un pacto que afecta a competencias exclusivas de las Comunidades con un partido político que no forma parte de ningún gobierno autonómico y sin contar en ningún momento con aquéllas” (p. 1).

¹²⁰ RTC 43/2025; BOE, número 69, 21 de marzo de 2025.

¹²¹ BOE, número 173, de 23 de julio de 2025, pp. 98.087 a 98.095.

¹²² En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2024, figuraban inscritos un total de 16.041 (2.603 niñas/13.438 niños) cifra que supera con creces los datos de 2023 con 12.878 menores no acompañados bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección y frente a los 11.417 del año 2022. La mayoría de los menores inscritos en este Registro en el año 2024 al igual que en 2023 proceden de Marruecos (4.393), seguidos por Senegal (2.379), Mali (1.794) Ucrania (1.688), Argelia (1.449) y Gambia (1.471).

¹²³ BOE, número 206, de 27 de agosto de 2025, pp. 11.4844 a 11.4846.

¹²⁴ La Sala Tercera del Tribunal Supremo el 30 de septiembre de 2025 ha admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Govern balear contra el Real Decreto 743/2025, presentado el día 24 de septiembre de 2025, por la Abogacía de la Comunidad Autónoma, tras ser autorizado por el Consell de Govern. Este recurso se suma a otros dos recursos previos presentados por la Abogacía de Baleares y que ya han sido admitidos a trámite. Se trata del recurso presentado ante el Tribunal Constitucional contra el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, porque afecta las competencias y la autonomía financiera de la comunidad; y del recurso presentado ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 658/2025, de 22 de julio, que regula las medidas a adoptar en situaciones de contingencia migratoria extraordinaria. Asimismo, el Govern, a través de la Conselleria de Famílies, Bienestar Social y Atención a la Dependencia, también ha presentado alegaciones contra el procedimiento iniciado por el Estado para el traslado de los dos primeros menores extranjeros no acompañados, dentro del reparto impuesto por el Gobierno central.

Asimismo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha desestimado la petición formulada por Baleares de suspensión cautelarísima del Real Decreto 743/2025, de 26 de agosto al no apreciar la concurrencia de circunstancias de especial urgencia y ordena la tramitación del incidente cautelar por el procedimiento ordinario; por lo que, da un plazo de cinco días para formular alegaciones a la contraparte que, es la Administración del Estado.

¹²⁵ En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: 1) Los artículos 36 y 37, así como el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido que no se oponen a que un Estado miembro designe a terceros países como países de origen seguros mediante un acto legislativo, siempre que dicha designación pueda ser objeto de un control jurisdiccional en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos materiales de tal designación, enunciados en el anexo I de dicha Directiva, por parte de cualquier órgano jurisdiccional nacional que conozca de un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de protección internacional examinada en el marco del régimen especial aplicable a las solicitudes presentadas por los solicitantes procedentes de terceros países designados como países de origen seguros; 2) Los artículos 36 y 37, así como el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, deben interpretarse en el sentido que: 1. El Estado miembro que designa a un tercer país como país de origen seguro debe garantizar un acceso suficiente y adecuado a las fuentes de información, en el sentido del artículo 37, apartado 3, de dicha Directiva, en las que se basa esta designación, acceso que debe, por una parte, permitir al solicitante de protección internacional de que se trate, originario de ese tercer país, defender sus derechos en las mejores condiciones posibles y decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de someter el asunto al juez competente y, por otra parte, permitir a este último ejercer el control de una resolución relativa a la solicitud de protección internacional; 2. El órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de protección internacional examinada en el marco del régimen especial de examen aplicable a las solicitudes presentadas por los solicitantes procedentes de terceros países designados como países de origen seguros puede, cuando compruebe, aunque solo sea con carácter incidental, si esa designación cumple los requisitos materiales para tal designación, enunciados en el anexo I de dicha Directiva, tener en cuenta la información que él mismo haya recabado, siempre que, por una parte, se cerciore de la fiabilidad de dicha información y, por otra parte, se garantice a las partes del litigio el respeto del principio de contradicción; y, 3) El artículo 37 de la Directiva 2013/32, en relación con el anexo I de esta Directiva, debe interpretarse en el sentido que se opone a que un Estado miembro designe como país de origen seguro a un tercer país que no cumpla, para determinadas categorías de personas, los requisitos materiales para tal designación, enunciados en el anexo I de dicha Directiva.

¹²⁶ DOUE, núm. 1351, de 22 de mayo de 2024, páginas 1 a 71.

¹²⁷ Para un análisis de los Reglamentos citados, vid., PEY GONZÁLEZ, J.M.^a. (2025). “El nuevo sistema europeo común de asilo: análisis técnico de la arquitectura jurídica del pacto de 2024”, *Diario LA LEY*, número 10780, sección Tribunal, 5 de septiembre, pp. 1-13. Al respecto señala que “el Reglamento 2024/1348 representa un hito en la consolidación de un sistema europeo coherente, garantista y eficaz en materia de asilo, proporcionando seguridad jurídica tanto a los solicitantes como a las autoridades nacionales. Su correcta implementación requerirá inversiones institucionales, voluntad política y respeto a los principios fundamentales de Derecho europeo e internacional”; con relación al Reglamento 2024/1349 dispone que: “completa el régimen de control migratorio de la Unión Europea en frontera, configurando un procedimiento de retorno ágil, uniforme y jurídicamente garantista. Su aplicación eficaz exige la coordinación normativa, financiera e institucional entre los distintos instrumentos del SECA y un riguroso control del respeto a los derechos fundamentales en todas sus fases”; en cuanto al Reglamento 2024/1350 indica que “estamos ante un instrumento legal de cooperación estructurada en materia de reasentamiento y admisión humanitaria, dotando de previsibilidad, transparencia y seguridad jurídica a las políticas europeas de protección internacional. Supone un hito para la proyección exterior de solidaridad europea, favoreciendo soluciones duraderas para las personas refugiadas y desplazadas en situación de especial vulnerabilidad”; y, en fin, para el citado autor el Reglamento 2024/1351 “inaugura una nueva

etapa del SECA, estableciendo un modelo de gobernanza migratoria solidario, previsible y jurídicamente vinculante, que equilibra los intereses estatales con los derechos de las personas solicitantes de protección. su efectividad dependerá de la aplicación coherente por los Estados miembros, con voluntad política y cooperación interinstitucional real” (pp. 12-13).

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 1 de agosto de 2025. Asunto C-97/2024 (LA LEY 217690/2025) niega que constituyera un supuesto de fuerza mayor que exonere de dar protección internacional el agotamiento temporal de las capacidades de alojamiento normalmente disponibles en el territorio de un Estado miembro, como consecuencia de la afluencia masiva de nacionales de terceros países tras la invasión de Ucrania. En consecuencia, los Estados miembros estarán obligados a proporcionar a los solicitantes de protección internacional condiciones materiales de acogida —alojamiento, alimentación y vestido, en especie o en forma de asignaciones financieras o de vales, o una combinación de todos estos mecanismo—, so pena de incurrir en un violación del Derecho de la Unión Europea, porque n caso de no ofrecer tal protección se entiende que el Estado rebasa, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades”.

¹²⁸ La negrita en todo este apartado es nuestra.

