

ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE CUIDADOS PARENTALES EN ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA: UNA VISIÓN COMPARADA¹

María Soledad de la Fuente Núñez de Castro

Profesora Contratada Doctora. Acreditada a Profesor Titular de Universidad

Facultad de Derecho. Universidad de Málaga

España.

RESUMEN: Ese trabajo tiene por objeto un análisis comparativo de la casuística que da lugar a la insuficiencia y ausencia de cuidados parentales de menores y sus consecuencias, formales e informales, en España y América Latina, presididas todas ellas bajo dos ejes fundamentales que han de ser debidamente conjugados y ponderados: el interés superior del menor y su reinserción en la familia de origen siempre que ello sea posible.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación a los periodos de la infancia y la adolescencia. III. Principios rectores del sistema. III.1. Principio del Interés Superior del Menor. III.2. Principio de reintegración en la familia de origen. IV. Situación de riesgo y de desamparo: concepto y diferencias. IV.1. Diferencias entre situación de riesgo y de desamparo: su paralelismo con la carencia de cuidados parentales y situaciones de riesgo en América latina. V. Medidas adoptadas tras la declaración de riesgo o de desamparo. VI. Reflexiones Finales. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Los niños, niñas y adolescentes que por diversas razones viven sin el cuidado de sus padres o los que estén en riesgo de perderlo son los más expuestos a la pobreza, discriminación y exclusión, factores que a la vez pueden hacerlos más vulnerables al abuso, explotación y al abandono. Son muchos los niños, niñas y adolescentes que carecen de estos cuidados al no tener garantizada la condición básica del desarrollo infantil: la pertenencia a un grupo que sea capaz de reconocerlos en su singularidad, a la vez que les brinde afecto, respeto y satisfaga todos sus derechos. Nuestro ordenamiento jurídico ha sido consciente de ello, si bien es esta una cuestión que ha ido fortaleciéndose y tomando consistencia con el transcurso de los años motivada por nuevas situaciones sociales y culturales que reclamaban la actuación de un legislativo que diera solución a tal problemática. Debido a nuestro sistema de distribución competencial entre el Estado y las CCAA, esta normativa se encontraba dispersa entre leyes de ámbito estatal y otras autonómicas por lo que se hacía necesario una reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. En este proceso de reforma han intervenido todas aquellas personas que, por su cualificación profesional o desempeño de su actividad, se ven involucradas en este sistema. La mencionada reforma ha contado con la colaboración de juristas, así como integrantes de ámbitos profesionales

¹ Este trabajo se realiza en el contexto del Proyecto de Investigación DER 2012/34320, "Colectivos en los márgenes: su exclusión por el Derecho en tiempos de crisis", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España

relacionado con los menores –psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, educadores- a quienes se dirige tal regulación.

A grandes rasgos podemos considerar que un sistema de protección en el ámbito de los menores sería aquel en el que se dan un conjunto de medidas jurídicas, sociales y educativas que se dirigen a obtener el pleno desarrollo integral del menor.

En España esta reforma legislativa está integrada por dos leyes: por un lado, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y, por otro, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia, cuya entrada en vigor se produjo el 18 de agosto de 2015. La razón de esta dualidad normativa no es otra que el ámbito de derechos protegidos y regulados por cada una de ellas. De hecho, la Ley Orgánica regula todo aquello que afecte a los derechos y libertades fundamentales de los menores, quedando el resto de asuntos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la segunda de las normativas mencionadas.

Este trabajo va a tener como eje la Ley 26/2015 que modificó, entre otras muchas leyes, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional o la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Con este fin delimitaremos los actuales conceptos de la llamada situación de “riesgo” y de “desamparo”, así como sus consecuencias jurídicas y su paralelismo con los supuestos en los que niños, niñas y adolescentes se encuentran sin cuidados parentales o con riesgo de perderlos en América Latina.

II. APOXIMACIÓN A LOS PERIODOS DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA.

Una reflexión como la que se pretende llevar a cabo exige determinar qué se entiende por infancia y adolescencia pues constituirá una cuestión de vital importancia a la hora de discernir sobre si la opinión de los mismos debe ser tomada en cuenta en los procesos administrativos y judiciales en los que se puedan ver inmersos. Esta no es una cuestión novedosa ya que ha sido y sigue siendo un tema controvertido y de difícil solución.

Si acudimos a la Constitución Española no encontramos ninguna referencia específica en su articulado a los menores. Por el contrario, solo encontramos principios rectores que aludan a ellos. En este sentido el artículo 39 establece que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que la ley proceda”*, así como que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Por otro lado, el artículo 48 de nuestra Carta Magna al referirse a los jóvenes dictamina que *“los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”*. No obstante, no podemos olvidar que un menor, niño, niña o adolescente, es un ciudadano y como tal se encuentra bajo el amparo del artículo 14, consagrador del principio de igualdad al establecer que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”*.

Ante esta situación la primera pregunta que nos cuestionamos es ¿quién es menor de edad? La minoría de edad comprende un periodo temporal

en la vida de una persona que abarca desde su nacimiento hasta los dieciocho años cumplidos. Sin embargo, un menor en este periodo experimenta una evolución física, psíquica y madurativa. Ello nos obliga a distinguir la capacidad de discernimiento del menor en cada momento de su minoría de edad ya que, en función de la evolución de la misma, podrá hacerse efectivo su derecho a ser oído, por ejemplo, en procesos matrimoniales, de separación o divorcio, o en la declaración de situaciones de desamparo o riesgo con la finalidad de establecer medidas protectoras.

En este sentido la Ley 26/2015, de 28 de julio, aborda esta diferencia, actuación que no hace sino copiar la pauta marcada por el legislador autonómico que distingue entre infancia y adolescencia. La nueva regulación establece de forma clara y precisa, que no es la misma la protección que puede necesitar un menor que un adolescente, este último más cercano a la mayoría de edad que la protección necesitada por un menor de corta edad. Por ello, se desecha el término juicio y se emplea el de madurez para definir el momento en el que los menores deben ser oídos. No oír a un menor en un procedimiento por el que se vea afectado puede suponer la vulneración de su derecho de audiencia y defensa, regulados ambos en el artículo 24 de nuestra Constitución.

La nueva regulación establece el derecho a ser oído y escuchado sin ningún tipo de discriminación en todo proceso que afecte a su esfera personal, familiar o social, siempre teniendo en cuenta la edad y la madurez que presenta cada menor. La acreditación de la madurez ha de hacerse por personal cualificado que tenga en cuenta el desarrollo evolutivo que presenta el menor, su capacidad para comprender así como el análisis del caso concreto a tratar. La edad que se establece en la nueva regulación sigue siendo los doce años cumplidos. Este límite, en la práctica, provoca confusiones ya que habrá supuestos en los que verdaderamente los menores presenten esa madurez para discernir realmente lo que quieren conforme a sus derechos frente a otros casos en los que, pese a su edad, sean incapaces de entender el alcance de sus manifestaciones. Por lo tanto, el límite legal establecido por el legislador no se puede aplicar de manera automática sin un previo análisis de la capacidad volitiva del menor. De lo contrario, se estaría actuando en contra de los principios inspiradores de la ley.

En Latino América son muchos los países que diferencian entre infancia y adolescencia e efectos legislativos. En este sentido la legislación mexicana distingue claramente entre niños y adolescentes, definiendo como menores de edad a los niños y niñas menores de doce años y como adolescentes aquellas personas que tengan doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad (En este sentido, entre otras, podemos destacar la Ley General de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Diario Oficial de la Federación de diciembre de 2014 (México); Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay o la Ley 1098 de 2006 por la que se aprueba el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia).

Ante la duda en la calificación de un sujeto como niño, niña o adolescente generalmente se sigue la siguiente regla: entre niño o adolescente, se la asignará la condición de niño y, entre adolescente y adulto, la condición de adolescente.

III. PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA

III.1. Principio del interés superior del menor:

Con anterioridad a la reforma producida en el ámbito de la protección a la infancia y a la adolescencia, la materia que regulaba esta materia era la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), la cual ha sido reformada en profundidad como consecuencia de los cambios sociales pretendiéndose mejorar el régimen jurídico protector del menor para hacer efectivo el mandato que establece el artículo 39 de la Constitución Española.

Esta nueva regulación modifica el antiguo artículo 2 de la LOPJM, introduciendo criterios jurisprudenciales que aclaran y especifican el concepto jurídico del interés del menor. Con esta nueva modificación, el mencionado precepto pasar a tener tres dimensiones:

En primer lugar, como **derecho sustantivo**. El interés superior del menor será considerado como primordial. A partir de ahora se tendrá que evaluar y sopesar cuando entren en juego o colisión distintos intereses de modo que se adopte la mejor solución entre todas- *“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 en el privado”* (art. 2 de LOPJM en su redacción tras la Ley Orgánica 8/2015)-. El principio de protección del interés superior del menor se convierte en garante ante cualquier decisión que afecte a un sujeto dentro de este colectivo.

Por otro lado, el interés del niño tiene que ser considerado como **principio jurídico interpretativo** *“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”*-, de manera que, cuando una norma jurídica tenga más de dos formas de interpretación, se elegirá aquella que mejor satisfaga el interés del menor.

Por último, se considera como **norma de procedimiento**. En este sentido, cuando se tome una decisión que vaya a afectar a un menor en concreto, el proceso de adopción de la decisión tiene que incluir una aproximación más o menos exacta de las posibles consecuencias, ya sean positivas o negativas, en el menor o menores interesados.

Este interés superior del menor tiene una serie de criterios de aplicación, que son: la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por la especial vulnerabilidad que entraña este colectivo, el efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para poder promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

Ahora bien ¿qué ocurre cuando el principio de protección del mejor interés del menor choca con otros intereses? Esta problemática puede concurrir cuando han de adoptarse decisiones sobre los menores, por ejemplo, en procedimientos administrativos o judiciales y en ellos concurren otras terceras personas: padres, abuelos, hermanos o cualquier allegado al menor.

En aquellos supuestos que nos encontremos con una concurrencia del interés superior del menor y cualquier otro interés legítimo, deberá ponderarse ese interés superior del menor con medidas que respeten al otro interés digno de protección. Si no es posible el respeto a todos los intereses legítimos que están en juego, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro que concurra con él. No obstante, pese a esta afirmación, es necesario tener presente que cualquier decisión o medida que se adopte en interés superior del menor no podrá adoptarse de no producirse una previa valoración de cualquier derecho fundamental de otro sujeto que pueda verse afectado.

Abundante jurisprudencia corrobora nuestra afirmación. Entre todas, la STS de 21 de febrero de 2012, en donde se establece que ante la adopción de medidas que impliquen la separación del menor de su familia tras una declaración de desamparo, el principio rector que debe regir dicha decisión ha de ser el valor superior del interés del niño. *“En los casos que exista contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe siempre primar la protección que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor. De esta manera, 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 que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”*.

Este principio de protección del interés del menor está presente en todas las disposiciones normativas latinoamericanas desarrolladas bajo las directrices de la Convención sobre los Derechos del Niño así como sobre los instrumentos internacionales de la protección de los derechos humanos aprobados y ratificados por los distintos Estados. En este sentido, por deferencia al país que acoge este Congreso Mundial, el artículo 3 del Código de la Niñez y de la Adolescencia de Paraguay establece que *“toda medida que se adopte en interés del niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además a la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”*.

III.2. Principio de reintegración en la familia de origen:

Llama la atención que la nueva normativa se inspire en este principio junto al anteriormente mencionado, pues a simple vista, puede parecer que ambos son incompatibles. Si en beneficio del mejor interés del menor, ante una situación que podemos calificar como de desamparo, se ha debido separar al menor de su familia biológica, cómo nos planteamos ahora su reintegración en la familia de origen. Ambos principios debemos interpretarlos al unísono y en colaboración estrecha.

Por lo tanto, es necesaria una coordinación real y efectiva entre el interés superior del menor y el principio de prioridad de la propia familia de origen cuyo concepto abarca no solo los intereses de los progenitores, sino también el de los acogedores o futuros adoptantes (Gutiérrez Santiago, p.1).

Nuestros tribunales realmente tienen serios problemas a la hora de lidiar con esta problemática, ya que es realmente difícil dar una solución beneficiosa conjugando, por un lado, el interés superior del menor y, por otro, la protección debida a sus padres. Pese a que el interés superior del menor tiene valor de mandato legislativo, con primacía respecto a cualquier otro principio, no existe uniformidad en las decisiones judiciales a la hora de ponderar las situaciones donde se den tal confrontación de intereses. Más bien sucede todo lo contrario. No hay una solución cerrada ante este tipo de conflictos, si no que nos encontramos con una diversidad de soluciones dependiendo de las circunstancias que presenten los casos concretos.

En cualquier caso son dos los elementos jurídicos involucrados: por un lado, satisfacer el interés superior del menor; por otro, conseguir siempre que sea posible la reinserción de los menores en su familia de origen. Esta afirmación toma consistencia en los supuestos que a continuación describimos:

- Un menor debe poder reintegrarse en su familia de origen cuando sea lo más adecuado para su interés. Por lo tanto, podemos decir que estaríamos protegiendo este interés superior del menor cuando cese la causa que originó la declaración de desamparo. Constatada esta circunstancia el menor puede reintegrarse en su familia de origen tal y como establece el art. 172.2 del CC: *“Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa 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 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”*.
- Del mismo modo, el menor podrá regresar a su familia de origen cuando así se establezca judicialmente, es decir, cuando la declaración de desamparo se estime inexistente.

No obstante lo anterior, es importante traer a colación en estos supuestos el papel que desempeña el transcurso del tiempo pues en algunos casos puede devenir imposible el retorno del menor a su familia de origen. En este sentido García Pastor (2009, p. 679) afirma que “en aquellos supuestos donde se produce un cambio de circunstancias en la familia de origen, como en aquellos otros en donde se produce la revocación de la situación de desamparo, se dan determinadas situaciones que provocan dificultades a la hora de producirse el efectivo regreso del menor con la familia de origen, entre otros problemas por la lentitud de la justicia, o por la negativa de la Administración a cumplir las decisiones judiciales”.

Un análisis jurisprudencial nos lleva a concluir que el principio de reinserción en la familia de origen debe ceder ante supuestos en los que el interés superior del menor pase por su continuidad con la familia acogedora, lo cual es indicativo de que han de ser valoradas no sólo las circunstancias concurrentes en el momento en que se produce la declaración de desamparo sino también aquellas otras existentes con posterioridad a tal declaración que vinculan al menor con la familia que lo acoge y que se ve favorecida en detrimento de la

familia biológica. Por lo tanto, no podemos entender el derecho de los padres y tutores con carácter absoluto y primordial sino subordinado al mejor interés del menor.

En próximos apartados estudiaremos qué ha de entenderse por situación de riesgo y de desamparo, cuáles son las diferencias más significativas entre una y otra clasificación así como sus consecuencias inmediatas. Pese a las diferencias culturales, sociales, políticas y legislativas intentaremos llevar a cabo un paralelismo entre la vulnerabilidad de los menores en nuestro país y en América Latina. Con independencia del mayor o menor desarrollo legislativo ante situaciones de ausencia de cuidados parentales o de riesgo de perderlo podemos afirmar que el principio de reintegración del menor en su familia de origen también es un principio rector en las políticas protectoras de la infancia y de la adolescencia en América Latina, si bien, las dificultades para hacerlo efectivo superan las nuestras.

IV. SITUACIÓN DE RIESGO Y DE DESAMPARO: CONCEPTO Y DIFERENCIAS.

En la introducción a este trabajo hacíamos referencia a la repercusión que provoca nuestro sistema de distribución competencial entre el Estado y las CCAA en relación con la materia objeto de estudio. De hecho, las legislaciones autonómicas han ido desarrollando una legislación propia aplicable en su ámbito territorial respectivo sobre las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia. Temporalmente desarrolladas tras la publicación de la Ley Orgánica sobre Protección Jurídica del Menor, estas normativas han ido perfilando los conceptos de situación de riesgo y de desamparo, así como las medidas a establecer en uno u otro caso. La reforma operada en 2015 ha permitido aunar los distintos criterios autonómicos estableciendo una uniformidad para todo el territorio nacional en relación con estos conceptos bajo los principios inspiradores referidos en el epígrafe anterior, es decir, la mejor protección del menor así como su posible reintegración en la familia de origen.

IV.1. Diferencias entre situación de riesgo y de desamparo: su paralelismo con la carencia de cuidados parentales y situaciones de riesgo en América latina.

Tras la promulgación en nuestro país de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema protección a la infancia y adolescencia podemos diferenciar, al menos teóricamente, una situación de otra, consiguiéndose con ello la unificación de criterios, garantizado de esta manera la protección a los menores en todo el territorio español. La nueva normativa no da sino una descripción de qué se entiende por situación de riesgo al mismo tiempo que enumera unos indicadores que pueden advertir de la existencia de la misma. Una pauta semejante a esta es la seguida por nuestro legislador cuando ha de conceptualizar la situación de desamparo al describir por primera vez las circunstancias que determinan dicha declaración, circunstancia que ha provocado la unificación de criterios respecto a las CCAA al quedar vinculadas éstas respecto a las causas que han de motivarla.

La diferencia fundamental entre una y otra casuística no es más que la gravedad de los hechos que implican desde una dejadez a la pérdida del cuidado parental que deben recibir los niños, niñas y adolescentes durante su minoría de edad. La intensidad de la causa traerá consigo medidas protectoras

que permitirán, en algunos casos, la continuidad de estos en el hogar familiar bajo la supervisión de medidas administrativas que garanticen los derechos de los menores, a la asunción de la tutela de los mismos por ministerio de la Ley, adoptando las oportunas medidas de protección que, sin duda alguna, serán más estrictas a las anteriores. En páginas sucesivas constataremos que la casuística en latino América en buena medida podrá indentificarse con la española, si bien la profunda desigualdad económica y social acarreadora de una singular pobreza en el continente americano agudiza la problemática suscitada y no porque en España no existe la misma, sino porque en América Latina se da con más intensidad.

Rasgo común es que las causas que generan estas dificultades en el ejercicio de los cuidados parentales o su desaparición más absoluta no son otras que problemáticas sociales, económicas y culturales. En América latina causa muy arraigada, que no contemplamos en nuestro país, es la política en cuanto generadora de conflictos bélicos y migraciones forzadas por situaciones de esta índole. Sin embargo, la identificación es total cuando hablamos de causas económicas generadoras igualmente de una migración que provoca una vulnerabilidad familiar al dificultar el acceso a la salud, la vivienda o la desnutrición de niños, niñas y adolescentes; causa que está íntimamente ligada a problemáticas sociales y culturales tales como la violencia familiar, adicciones de los menores o explotación sexual comercial, si bien toman una dimensión superior en el continente americano cuando dicha problemática se materializa en la explotación del trabajo infantil, o en situaciones de discriminación ante la discapacidad o el origen étnico de la población.

No obstante lo anterior, creemos oportuno hacer una aclaración que compartimos. Si bien la pobreza es una de las principales causas de pérdida o de riesgo de perder estos cuidados parentales esta afirmación no permite identificar niños, niñas y adolescentes pobres con sujetos carentes de esta condición y afectividad, ya que la falta de recursos no implica intrínsecamente la despreocupación o desvinculación voluntaria de los menores respecto a sus progenitores.

A continuación, y ya en el marco de la legislación española, definiremos qué ha de entenderse por situación de riesgo y de desamparo con el fin de constatar que son, en última instancia, motivos económicos, sociales y culturales los que subyacen bajo esta casuística.

En relación con la situación de riesgo, el artículo 17 de la Ley 26/2015 la define, como “ *aquella situación en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares o sociales, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar y social, de forma, que sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentaría su declaración 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*”.

En lo que concierne a la declaración de desamparo, esta institución ha experimentado una profunda transformación con la nueva Ley. Por primera vez se describen las circunstancias que determinarán dicha declaración de desamparo, actuación legislativa que ha traído como consecuencia la

modificación del artículo 172 de nuestro Código Civil. Actualmente el desamparo se encuentra regulado por tres preceptos distintos: artículo 172 del CC, descriptor de la situación de desamparo; artículo 172 bis, que contempla la guarda voluntaria a solicitud de los padres o tutores, y, finalmente, artículo 172 ter, precepto que describe el acogimiento residencial o el familiar así como los presupuestos que dan lugar a uno u otro.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 del CC una situación de desamparo será aquella *“en 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 menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*. Ante semejante situación *“la Entidad Pública (cuando) constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará de la forma prevista en el Código Civil en sus Artículos 172 y siguientes, 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”*.

Ambas definiciones podemos calificarlas como ambiguas. Causas económicas, sociales y culturales a las que antes nos referíamos darán lugar a una u otra. Dependerá de la gravedad o intensidad con que se aprecien, si bien ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, justificando su consistencia como perjuicio en el desarrollo personal, familiar y social del menor o como amenaza para la integridad física o mental del mismo.

Por ello, creemos acertada la actuación del legislador al describir los indicadores de una situación de desamparo. Estos indicadores no son sino consecuencia de una previa situación de riesgo vivida por el menor que no ha tenido cobertura ni protección por parte de la Administración competente. Agrupándolas conforme a los criterios antes indicados podemos establecer las siguientes causas:

A. Económicas:

- i. Abandono del menor.
- ii. Inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.

B. Sociales:

- i. Transcurso del plazo de guarda voluntaria.
- ii. Riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas.
- iii. 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 sus progenitores, tutores o guardadores.
- iv. 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 comportamiento que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental

C. Culturales:

- i. Ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada al asentismo escolar.

Finalmente, la Ley establece una “causa general” en la que tendrá cabida todas aquellas no especificadas anteriormente que puedan dar lugar una situación de desamparo una vez ponderados todos los intereses convergentes: *“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 el entorno de convivencia”*.

Del documento titulado “Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América latina: contextos, causas y consecuencias de la privación del derecho a la convivencia familiar y comunitaria²” constatamos la concurrencia de las mismas causas económicas, sociales y culturales si bien con una transgresión superior en los derechos de los menores dada la desigualdad económica y social así como las situaciones, a veces, de extrema pobreza en el ámbito geográfico referido.

Respecto a los motivos económicos el abandono del menor en muchas ocasiones va íntimamente ligado a la segunda de las causas que tiene cabida dentro del mismo. De hecho, un importante número de niños que han perdido o están en riesgo de perder el cuidado parental están inmersos en alguna forma de trabajo o explotación infantil. En los sectores más pobres de la población, vinculado a la necesidad de subsistencia, los niños salen a la calle como medio de subsistir diariamente. Lo más llamativo es que el trabajo infantil se ha aceptado como parte de la economía familiar en ciertos sectores en los que las situaciones son menos críticas: tal es el caso de las zonas rurales donde la mayoría se concentra en el trabajo agropecuario, en ocupaciones tales como la recolección, siembra o en la venta de productos agrícolas o cuidados de animales. También es frecuente el trabajo doméstico de los menores de edad, tanto en el seno de la propia familia como en otros hogares.

Situaciones descritas a las anteriormente darían lugar en nuestro país a una declaración de desamparo por vulnerar derechos básicos de los menores, impidiéndoles incluso el desarrollo de su propia personalidad en beneficio del grupo familiar. En ocasiones, estas situaciones incluso dan lugar a un dramático fenómeno delictivo ya que son los propios padres los que “entregan” a los niños, niñas y adolescentes para la realización de estas funciones.

Las dificultades de acceso a la educación se enmarcan dentro de las llamadas causas culturales. En América latina la dificultad para acceder a la educación formal es una característica de los menores en riesgo de perder el cuidado parental. En ocasiones, también constituye una causa de facto de pérdida de los cuidados parentales, cuando para poder asistir a un centro educativo los niños y niñas migran a otras ciudades que cuentan con los referidos centros quedando al cuidado de familiares lejanos o amigos de la familia. Este caso no puede conceptualizarse como abandono o desamparo propiamente dicho. En todo caso, la labor parental se ve transformada en la

² Elaborado en el marco del Proyecto Relaf, Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar en el marco de un acuerdo de cooperación con Aldeas Infantiles SOS Internacional, Buenos Aires 2010.

ofrecida por la familia extensa siendo, en la mayor parte de las ocasiones, convenida con los propios progenitores que no hacen sino de esta forma asegurarse el correcto cuidado y desarrollo integral de sus hijos.

Desde la perspectiva de las causas sociales merece especial mención aquellas que implican una transgresión de la vida, la salud o la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes. Enfermedades como el SIDA en los progenitores o en los propios menores, el creciente número de familias monoparentales como consecuencia del mandato cultural por el cual los hijos son responsabilidad de las madres tras el desmembramiento de la familia por el abandono del marido o el aumento de embarazos en adolescentes bajo la premisa de dar un significado a su existencia, no hacen sino poner de manifiesto que, pese a que los Estados han ratificado el Convenio sobre la protección de los Derechos del Niño y sus propias Constituciones reconocen la primacía de la protección del interés del menor, las políticas empleadas están lejos de conseguir su objetivo.

La realidad social que viven estos países avoca a la población a verse inmersa en situaciones no deseables que implican el riesgo o la pérdida de los cuidados parentales. No obstante, es significativo que la familia extensa o el grupo de pertenencia del sujeto actúen como “mecanismo protector” capaz de evitar que los menores y adolescentes carezcan de necesidades afectivas y materiales. Estos grupos desempeñan una labor preventiva que debería cumplir el Estado y que, pese a la existencia de políticas encaminadas a este fin, no se materializan en toda la extensión que deberían.

En este sentido es muy encomiable la labor realizada por los adolescentes “jefes de hogar”. Bajo esta acepción se incluyen aquellos adolescentes que toman la responsabilidad de cuidar niños y niñas, ya sean hermanos menores, hijos u otros niños con los cuales estén vinculados. La problemática se genera cuando estos adolescentes –al fin y al cabo menores- no ejercen esta labor de parentalidad adecuadamente. Este ejercicio inadecuado es lógico y consecuente ya que, en la mayoría de los casos, no han tenido acceso a una educación que les permita un adecuado desarrollo de su personalidad. Por ello, la resolución de la carga afectiva y económica les lleva a promover, entre los convivientes de la casa, la indigencia o mendicidad que desembocan frecuentemente en conflictos con la ley, violencia intrafamiliar, abusos e incluso tráfico y consumo de drogas y estupefacientes. Por lo tanto, la labor de estos “jefes del hogar” agrava, en no pocas ocasiones, la falta de cuidados parentales de los menores bajo su ámbito de acción.

V. MEDIDAS ADOPTADAS TRAS LA DECLARACIÓN DE RIESGO O DE DESAMPARO:

El próximo objetivo de nuestro trabajo es establecer las consecuencias adoptadas por la Autoridad, administrativa o judicial, tras la declaración de riesgo o de desamparo en la legislación española y las seguidas en América latina cuando los niños, niñas y adolescentes carecen de un referente adulto para su sostén y cuidado.

Constatadas las circunstancias que provocan un perjuicio para el menor sin alcanzar la entidad suficiente para ser declarado en desamparo, nuestra Administración ha de poner en marcha un proyecto de intervención socio-familiar capaz de proteger la transgresión de sus derechos a la vez que un

seguimiento minucioso de la evolución de la situación del menor que continuará viviendo en su familia de origen. Ello se consigue a través de tres instituciones diferentes:

- a) Guarda Voluntaria: institución protectora que solicitan voluntariamente los progenitores o tutores cuando, ante circunstancias graves y transitorias, debidamente acreditadas, no pueden hacerse cargo del cuidado del menor. En estos casos la Entidad Pública asume su guarda durante el tiempo necesario.
- b) Guarda Legal: Generalmente, es una medida adoptada en un proceso, civil o penal –centro sanitario que da parte por maltrato de un menor, pena privativa de libertad a los padres por delito cometido o adolescentes que denuncian a sus padres por maltrato-, con el fin de proteger al menor, ordenando que su cuidado y guarda se ejerzan por terceras personas, familiares o la propia Entidad Pública hasta que se dispongan medidas definitivas.
- c) Guarda Provisional: adoptada por la Administración y no en procedimiento judicial, se lleva a cabo mientras tienen lugar las diligencias de investigación para constatar la situación real en la que se encuentra el menor. Obedece a un carácter de urgencia por lo que su duración habrá de ser lo más breve posible.

Por otro lado, concurriendo alguna de las causas generadoras de una declaración de desamparo, ha de ser de tal gravedad que se confirme indubitadamente un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes paterno-filiares y la inasistencia del menor. El efecto automático de tal declaración es la separación del menor del núcleo familiar. No obstante, la Administración ha de seguir adoptando medidas de apoyo a la familia intentando su normalización en pos de la reintegración familiar, todo ello en cumplimiento de uno de los principios inspiradores de la nueva normativa.

Son dos las posibles medidas a adoptar:

- a) Tutela *ex lege*: también llamada tutela administrativa, supone que declarado un menor en situación de desamparo la Entidad Pública territorialmente competente asuma la tutela del mismo por ministerio de la Ley adoptando todas las medidas de protección que sean necesarias, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del juez que conozca de la tutela ordinaria. La aplicación de este mecanismo puede conllevar la suspensión o la pérdida de la patria potestad. No obstante, se considerarán válidos los actos de contenido patrimonial que lleven a cabo los padres o tutores en representación del menor siempre que sean de su interés.
- b) Acogimiento bajo dos modalidades:
 - a. Acogimiento Familiar: formalizada por resolución de la Entidad Pública que esté en posesión de la guarda o tutela del menor. La familia acogedora ha de ser declarada idónea lo que implica el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención al mismo así como el programa de reintegración familiar. La normativa vigente establece una amplia variedad de acogimientos familiares dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso.

- b. Acogimiento Residencial: de carácter subsidiario, en centros de menores pautados por planes de trabajo con las familias evitando con ello que los acogimientos residenciales se perpetúen. Han de cubrir las necesidades de la vida cotidiana y garantizar los derechos de los menores adoptando para cada menor un plan de reintegración en su familia de origen. Para aquellos menores afectados por problemas conductuales, los centros están habilitados para adoptar medidas de seguridad y restricción de la libertad del menor.

Como hemos tenido ocasión de comprobar nuestra normativa vigente, declarada la situación de riesgo o de desamparo, reacciona adoptando medidas que impliquen un plan de protección integral del menor, de su persona, bienes y derechos, con mayor o menor intrusismo en función de la gravedad de la causa que ha llevado a declarar la situación de riesgo o de desamparo; medidas que, en última instancia, intentan la reintegración del menor en su familia de origen siempre y cuando sea lo más beneficioso en interés del menor y la familia haya superado la vulnerabilidad que la caracterizaba en el momento de adoptarse tal declaración.

En América latina, al igual que ocurre en nuestro país, si bien son diversas las causas generadoras de la falta de cuidados parentales, también lo son las consecuencias derivadas de esta ausencia o insuficiencia de cuidados.

Ello da lugar a que muchos niños se encuentren separados de sus padres por medidas tomadas por las autoridades de infancia, incluidos en un determinado tipo de "cuidado alternativo formal". Son variadas las modalidades en que puede presentarse este tipo de institucionalización: desde las "macroinstituciones" tales como las llamadas "casa cuna" hasta los más modernos programas de acogimiento familiar. Estos últimos, si bien suponen la separación del menor de su familia de origen, se llevan a efecto desde el cumplimiento de políticas públicas que actúen como garante del efectivo cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño. Este modelo no deja de lado a la familia de origen sino que trabaja con ella, tanto en la vinculación con el niño como en ayudarla a superar sus problemas, resguardando la identidad del niño, su cultura y desarrollando su derecho a ser oído cuando tenga capacidad madurativa suficiente. No obstante, a esta modalidad todavía le queda mucho recorrido para hacerse realmente efectiva en el área estudiada. Desgraciadamente ante situaciones de ausencia o insuficiencia de cuidados parentales los menores son institucionalizados sin ningún tipo de garante. Su ingreso en pocas ocasiones supone un seguimiento de la situación real del menor, a nivel personal, social, psicológico o madurativo. Por lo tanto, los factores de riesgo que han llevado a tal situación persisten no ofreciéndose apoyo preventivo y alternativo a la familia.

Por otro lado, también es muy frecuente en esta área el llamado "cuidado alternativo informal" caracterizado por el acuerdo privado entre adultos que ceden y asumen el cuidado del menor. Esta modalidad es consecuencia de la cultura propia de la zona. Dada la diversidad cultural del ámbito en donde nos ubicamos, el origen étnico y cultural está muy arraigado entre la población por lo que, en ocasiones, el abandono por parte de los padres es inexistente, no porque no concurren las causas objetivas de ausencia o insuficiencia de cuidados parentales, sino porque estos niños y niñas van a quedar bajo el cuidado directo de una red familiar extensa o de la comunidad a la que

pertenece. Se generan así nuevos lazos que permiten la contención y evitan el ingreso en el sistema institucionalizado propio de cada país que, como hemos tenido ocasión de estudiar, en muchas ocasiones no es garante para la defensa de los derechos y el cuidado óptimo del menor.

VI. REFLEXIONES FINALES.

La vulnerabilidad ante la que se encuentran niños, niñas y adolescentes es un problema en nuestra sociedad. Da igual el lugar del mundo dónde lo ubiquemos. No obstante, tomará diferente matiz según el desarrollo económico, cultural, social o político del país que tomemos como referencia. Esta vulnerabilidad de la que hablamos podrá ser controlada, que no abolida, si los distintos Estados cumplen las pautas marcadas por la Convención de los Derechos del Niño. En desarrollo de la misma los legislativos han de adoptar medidas, en primer lugar preventivas y, de no cumplirse éstas, medidas resolutorias, ante la falta o ausencia de cuidados parentales a los que se puede ver sometido un menor.

El incumplimiento de las medidas preventivas acarreará una situación de riesgo para el menor que podrá verse agravada cuando no se hayan adoptado medidas resolutorias a tal fin que lleven a la Administración a la adopción de medidas más drásticas generadoras de la separación del menor de su familia originaria ofreciéndole un acogimiento o cuidado alternativo. No obstante, cualquier medida adoptada debe hacerse bajo la conjunción de los dos elementos jurídicos involucrados: por un lado, satisfacer el interés superior del menor; por otro, fomentar la reinserción de los menores en su familia de origen.

Nuestra vigente legislación se desarrolla bajo estos dos ejes. En América Latina, si bien la mayoría de los países han iniciado procesos de desinternamiento de menores y de mejoramiento de las instituciones, todavía existen macroinstituciones que alojan a cientos de ellos sin el debido respeto a sus derechos y cuidados de su persona y bienes, dificultando el pleno desarrollo integral del menor.

VII. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA PASTOR, *Jurisprudencia comentada, Código Civil, Tomo I, Segunda Edición*, 2009.

GERVILLA CASTILLO, *La realidad del menor en desamparo: alternativas para su protección e integración*, Universidad de Málaga, 2010, Conserjería de innovación y ciencia y empresa de la Junta de Andalucía.

LÓPEZ SÁNCHEZ. *La responsabilidad civil del menor*, 2001.

MOLINA FACIO, *Manual del Observatorio de la infancia en Andalucía*, Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad, Salud y Política Social, Sevilla 2013.

PADIAL ALBÁS, *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y la adolescencia*, Universitat de Lleida, 2012.

“Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América latina: contextos, causas y consecuencias de la privación del derecho a la convivencia familiar y comunitaria”. Elaborado en el marco del Proyecto Relaf, Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar en el marco de un acuerdo de cooperación con Aldeas Infantiles SOS Internacional, Buenos Aires 2010.

