

**LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE DESAMPARO DE NIÑAS Y NIÑOS EN
CONTEXTOS DE POBREZA. ANÁLISIS DE LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DE SU INTERPRETACIÓN POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES**



31 de octubre 2025

Programa Tejiendo Derechos



Esta actividad está financiada por el proyecto Tejiendo Derechos (WakeUpRights) financiado por la Unión Europea y Oxfam Intermón en el marco del Programa Ciudadanía, Igualdad, Derechos y Valores (CERV) de la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados solo comprometen a sus autores/as y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea, ni de la EACEA, ni los de Oxfam Intermón, por lo que ni la Unión Europea, ni la EACEA, ni Oxfam Intermón pueden ser considerados responsables de ellos.

TABLA DE CONTENIDO

1.	INTRODUCCIÓN	4
2.	METODOLOGÍA	6
3.	CONTEXTO	8
4.	EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y REGIONAL	16
5.	LOS PRINCIPIOS ORDENADORES DE LA SEPARACIÓN DE LOS/AS NIÑOS/AS DE SU FAMILIA BIOLÓGICA	25
6.	LA POBREZA Y SU VALORACIÓN EN LAS DECLARACIONES DE SITUACIÓN DE DESAMPARO	33
7.	LA OBLIGACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES DE RECURRIR SÓLO A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO COMO ÚLTIMO RECURSO Y QUÉ SIGNIFICA ESTA OBLIGACIÓN EN CONTEXTOS DE POBREZA	40
8.	LAS GARANTÍAS PROCESALES PREVISTAS EN EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE DESAMPARO	56
9.	PUNTO DE APRECIACIÓN FINAL: LA REVISIÓN JUDICIAL ACTUALIZADA CONFORME A LAS CONDICIONES EXISTENTES EN EL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA	64
10.	CONCLUSIONES FINALES	65
11.	BIBLIOGRAFÍA	69

1. INTRODUCCIÓN

1. En marzo de 2018, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (el "Comité"), en el marco de sus informes periódicos sobre España, expresó entre sus principales preocupaciones que un número significativo de familias en situación de pobreza carecía de la asistencia adecuada para ejercer sus responsabilidades parentales¹.
2. En consecuencia, el Comité recomendó al Estado español incrementar la disponibilidad de recursos y servicios de asesoramiento destinados a apoyar a las familias en situación de riesgo por motivos económicos, así como reforzar las medidas orientadas a prevenir la separación de niños y niñas de sus familias².
3. Asimismo, el Comité instó a España a garantizar que toda decisión relativa a la separación de un/a menor de su familia fuese adoptada o revisada por una autoridad judicial, previa evaluación exhaustiva del interés superior del/de la menor en cada caso concreto³.
4. Siete años después de que se publicaran dichas recomendaciones, entidades sociales de protección a la infancia continúan alertando sobre las escasas garantías procesales de las que disponen los menores y las familias de origen en los procedimientos en los que se declara el desamparo de los menores y se ordena su emplazamiento en una medida alternativa de guarda, ya sea en un centro de protección de menores o en una familia de acogida⁴.
5. Actualmente, no se dispone de datos públicos suficientemente desglosados que permitan dimensionar con precisión cuántas declaraciones de desamparo, y consiguientes retiradas de tutela, tienen lugar en contextos de pobreza o como consecuencia directa de situaciones derivadas de la misma⁵.

¹ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (Comité de Derechos del Niño 2018). párr. 26.

² Ibid. párr. 28.

³ Ibid. párr. 28 b.

⁴ POI, *La falta de garantías en las retiradas de tutela preocupa a las organizaciones de infancia*. (2023), <https://www.plataformadeinfancia.org/falta-de-garantias-en-retiradas-de-tutela-preocupa-a-organizaciones-de-infancia>.

⁵ *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia. Datos 2023, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.*, no. 26 (s. f.),

6. En todo caso, las elevadas tasas de pobreza infantil en España, junto con la sobrerrepresentación de personas con recursos económicos limitados en su interacción con los servicios sociales, apuntan a que los expedientes de declaración de desamparo vinculados a contextos de pobreza no constituyen casos aislados o excepcionales.
7. La trascendencia de este tipo de procedimientos se ve acentuada por el bajo porcentaje de reintegraciones familiares tras la declaración de desamparo. En 2023, solo el 16,2% de los menores en acogimiento residencial⁶ y el 14% de quienes se encontraban en acogimiento familiar⁷ regresaron con sus familias de origen.
8. El presente informe aborda tres cuestiones:
 - (i) La forma en que el marco jurídico regula la valoración de la pobreza y sus consecuencias materiales en las decisiones de declaración de desamparo, así como su interpretación por parte de los órganos judiciales.
 - (ii) La regulación de la obligación de proporcionar a las familias en situación de pobreza todas las medidas y recursos necesarios con carácter previo a la declaración de desamparo, y el control jurisdiccional de dicha exigencia.
 - (iii) Las garantías procesales ofrecidas a niños, niñas y a sus familias durante las intervenciones de los servicios sociales y las autoridades competentes que pueden desembocar en la separación de el/la menor de su entorno familiar.
9. Este análisis adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que, a diferencia de otras decisiones en el ámbito del derecho de familia (como la suscripción de un convenio regulador entre progenitores que comparten la patria potestad), la separación de un/a menor de su familia biológica no requiere intervención judicial.
10. El presente documento ha sido elaborado con el propósito de servir de apoyo tanto a las entidades sociales y operadores jurídicos que, desde hace años, trabajan para que toda declaración de desamparo se adopte con las debidas garantías, como a las Administraciones Públicas competentes en la materia, a las que puede servir de

https://www.juventudeinfancia.gob.es/sites/default/files/boletines_estadisticos/16122024%20BOLETIN%20PROTECCION%20DATOS%202023.Final.pdf.

⁶ Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia. Datos 2023, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, p.29

⁷ Ibid. p. 41.

guía para reforzar la protección del interés superior de el/la menor. Esperamos que cumpla con dicho objetivo.

2. METODOLOGÍA

11. *Análisis documental:* Se ha realizado un análisis documental a partir de fuentes oficiales y públicas. Para ello, se han recopilado y examinado estadísticas e informes elaborados por organismos estatales y autonómicos, entre los que destacan el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, el Instituto Nacional de Estadística (INE) y el Observatorio de la Infancia. Asimismo, se ha incorporado información procedente de informes y documentos elaborados por organizaciones de la sociedad civil y por la comunidad académica.
12. *Análisis del marco normativo:*
 - Análisis del marco jurídico internacional y regional aplicable a las declaraciones de desamparo, directa o indirectamente. Se ha revisado al efecto la normativa internacional relevante, principalmente, la Convención ONU de Derechos del Niño ("CDN"), el Convenio Europeo de Derechos Humanos ("CEDH"), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCP"), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("PIDESC") y la Carta Social Europea (Revisada) ("CSE"). Este análisis se ha complementado con el estudio de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y las Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado.
 - Análisis de la normativa estatal y autonómica relativa al sistema de protección de menores, con especial atención a los procedimientos de valoración de riesgo y declaración de desamparo. Se han analizado la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor ("LOPJM"), la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), como norma supletoria, y las normas autonómicas que desarrollan los procedimientos administrativos en materia de protección de la infancia en las diferentes comunidades autónomas. En el caso del apartado 8, relativo a las garantías procesales, debido a su extensión y complejidad técnica, nos remitimos para un análisis más detallado de cada comunidad autónoma al *Informe sobre las garantías del procedimiento de declaración de desamparo de menores en España. Análisis jurídico e identificación de áreas de mejora* realizado por GENTIUM en junio de 2024 para la Plataforma de Organizaciones de Infancia ("POI").

13. *Análisis jurisprudencial:* se ha analizado, por un lado, la jurisprudencia y práctica decisoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") y del resto de órganos encargados de la interpretación de cada uno de los tratados previamente mencionados; y, por otro lado, de la *aplicación* judicial doméstica de las normas que regulan la declaración de desamparo, tanto en el ámbito estatal como autonómico. Este análisis se ha estructurado en torno a tres ejes principales:
- i. La exclusión de la pobreza como factor decisorio en los procedimientos de declaración de desamparo.
 - ii. La obligación de la Administración de asegurar que el desamparo sea una medida de último recurso, mediante la provisión previa de apoyos y alternativas.
 - iii. Las garantías procesales aplicables al procedimiento de declaración de desamparo.
14. Para la identificación y análisis de resoluciones judiciales relevantes, se han utilizado principalmente las bases de jurisprudencia HUDOC, HUDOC-ESC, y del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), complementada con las páginas web de los órganos de los Tratados y la consulta de repertorios autonómicos de jurisprudencia.
15. El análisis jurisprudencial doméstico se ha centrado en las sentencias del Tribunal Supremo que abordan la revisión de declaraciones de desamparo con elemento de pobreza, y se ha completado con un muestreo representativo de resoluciones dictadas por Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales. La selección se ha realizado con un criterio cualitativo, no exhaustivo, con el objetivo de identificar líneas interpretativas presentes en la práctica judicial.
16. Finalmente, a partir del conjunto de información normativa, doctrinal y jurisprudencial recabada, se han formulado conclusiones sobre el grado de adecuación del marco jurídico y de las prácticas administrativas y judiciales españolas a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos y derechos de la infancia.

3. CONTEXTO

3.1. Preliminar: definición de pobreza utilizada en el informe

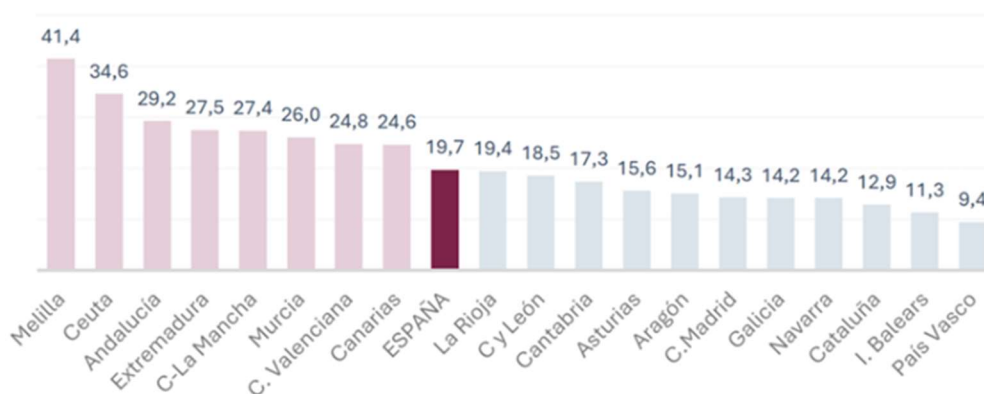
17. Las estadísticas elaboradas por los organismos oficiales que se recogen en este apartado parten de una definición de pobreza centrada en la dimensión económica, entendida como una situación en la que los ingresos disponibles de una persona o unidad de convivencia se sitúan por debajo del umbral considerado como mínimo para cubrir las necesidades básicas⁸.
18. Esta definición responde a la perspectiva tradicional de la pobreza, concebida y medida exclusivamente en función de los ingresos monetarios.
19. El marco jurídico revisado para la elaboración del presente informe no incorpora una definición legal o reglamentaria de pobreza relevante a efectos de los procedimientos de declaración de desamparo.
20. No obstante, conviene destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Comité DESC"), órgano encargado de supervisar la aplicación del PIDESC, ha promovido una concepción más amplia de la pobreza, entendiéndola no solo como una condición socioeconómica, sino también como una posible violación de derechos humanos.
21. En esta línea, el Comité DESC ha subrayado las limitaciones inherentes a las definiciones puramente económicas y ha impulsado una comprensión multidimensional de la pobreza, centrada en la dignidad humana. Según este enfoque, la pobreza puede definirse como *"una condición humana caracterizada por la privación continua o crónica de los recursos, capacidades, opciones, seguridad y poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales"*. Esta definición reconoce la interdependencia de todos los derechos humanos y sitúa la pobreza en el marco de las obligaciones estatales de garantía y protección.
22. A pesar de esta evolución doctrinal, el debate sobre el alcance conceptual de la pobreza no ha tenido, hasta la fecha, un reflejo significativo en la práctica

⁸ Por ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística fija el umbral de pobreza en el 60% de la mediana de los ingresos por unidad de consumo de los hogares a nivel nacional. Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE), *Población en riesgo de pobreza relativa según situación laboral y en las personas con trabajo* (2025), https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925455948&p=%2F&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888.

administrativa ni jurisdiccional relativa a las declaraciones de desamparo. Por este motivo, el presente informe no profundiza en el desarrollo técnico de dicha noción, si bien toma en consideración su dimensión estructural y transversal a lo largo del análisis.

3.2. [Datos básicos sobre la pobreza en España](#)

23. En 2024, el 19,7% de la población española se encontraba en riesgo de pobreza⁹. España se situaba por primera vez en niveles similares a los anteriores a la crisis de 2008¹⁰. En todo caso, la distribución de la pobreza presenta una acusada variabilidad por comunidad autónoma¹¹ (ver Tabla 1).



Distribución de la tasa de pobreza por comunidad autónoma. Elaborada por EAPN-ES a partir de datos de la ECV (INE)

24. La incidencia de la pobreza en la infancia y la adolescencia es particularmente acusada respecto de otros grupos de edad. En 2024, el 29,2% de los menores de edad estaban en situación de riesgo de pobreza¹².
25. La infancia y adolescencia también muestran un peor desempeño respecto del resto de grupos de edad en el riesgo de pobreza y exclusión social (tasa AROPE¹³).

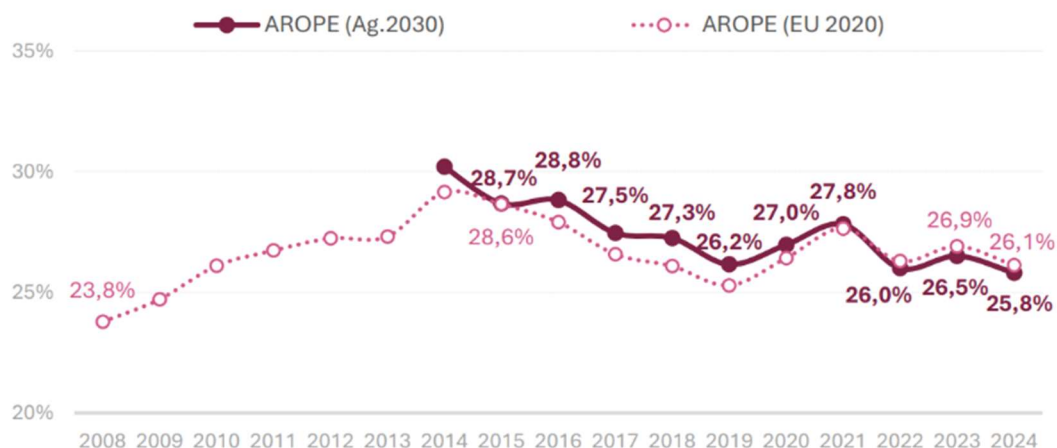
⁹ EAPN España, *15º Informe sobre el Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030* (2025), <https://www.eapn.es/estadoddepobreza/index.php>.

¹⁰ p.26

¹¹ *Ibid*, p. 27.

¹² INE. Encuesta de Condiciones de Vida (ECV). Año 2024. Resultados definitivos.

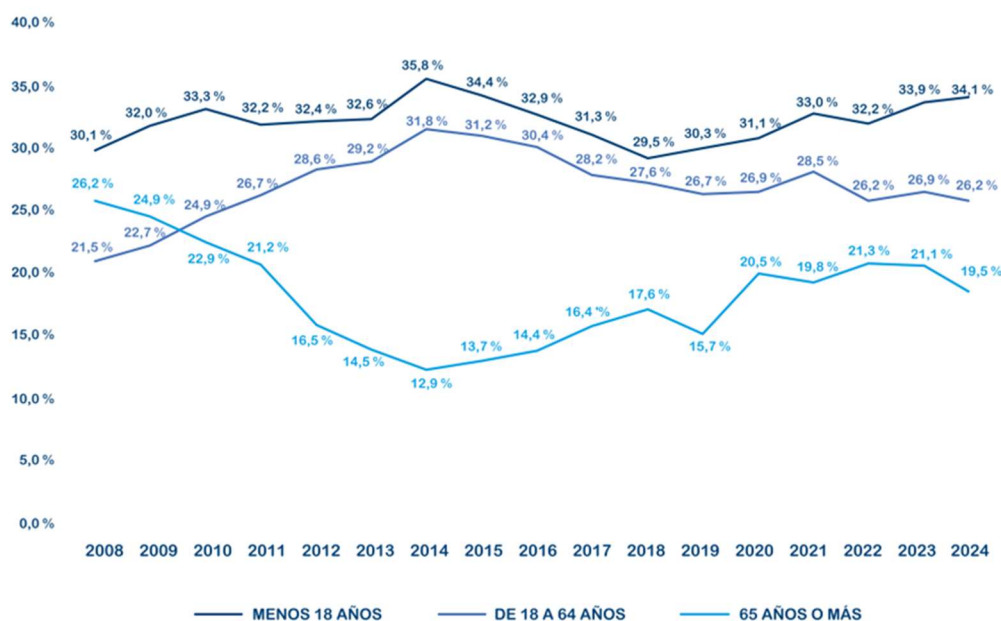
¹³ El Indicador AROPE (*At Risk Of Poverty and/or Exclusion*), abarca tres criterios: el riesgo de pobreza (ingresos por debajo del 60% de la mediana), la carencia material y social severa (falta de acceso a siete de trece ítems básicos) y baja intensidad de empleo (trabajo durante menos de un 20% del año laboral). Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE), *Tasa AROPE de riesgo de pobreza o exclusión social* (s.f.), accedido 10 de octubre de 2025, https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259941637944&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout.



Evolución tasa AROPE 2008 – 2024. Elaborado por EAPN-ES a partir de datos de la ECV (INE)

26. La infancia y adolescencia conforman el único grupo de edad que ha experimentado un aumento en la tasa de riesgo de pobreza y/o exclusión social en el último año. Aunque este incremento ha sido moderado, amplía aún más la brecha entre la población infantil y la adulta. Mientras que la tasa AROPE en la infancia alcanza el

34,1 %, la población adulta presenta una disminución anual, situándose en el 24,6 %¹⁴.



Evolución de la tasa AROPE según tramos de edad. Elaborada por POI a partir de microdatos de la ECV (INE)¹⁵

27. Esta diferencia de 9,5 puntos porcentuales refleja una tendencia opuesta entre ambos grupos, que, como señala la POI, *“evidencia la persistente vulnerabilidad de la población infantil frente a la pobreza y la exclusión social. A la vez, señala la poca efectividad de las políticas sociales dirigidas a la infancia y a las familias, puesto que no se logra reducir sus niveles de pobreza y/o exclusión social”*¹⁶.
28. Una de las manifestaciones más evidentes de la aguda incidencia de la pobreza sobre la infancia es la privación material, una disminución en el nivel de vida que determina la incapacidad de acceder a necesidades básicas como la alimentación adecuada o la calefacción en el hogar¹⁷. Desde 2020, el porcentaje de menores que experimentan privaciones materiales severas ha ascendido del 11.1% al 18.8% en 2023, con un tímido descenso de 0.4% en 2024. Como señala la POI, estos datos evidencian

¹⁴ Plataforma de Infancia, *Análisis de la Encuesta de Condiciones de Vida con enfoque de infancia 2025* (2025), https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2025/04/ANALISIS-DE-LA-ENCUESTA-DE-CONDICIONES-DE-VIDA_2025_POI_compressed.pdf, p.9

¹⁵ Para extraer información respecto de 2008 la POI hace referencia al indicador AROPE2020, no al AROPE2030 al que se refiere la EAPN.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Plataforma de Infancia, *Análisis de la Encuesta de Condiciones de Vida con enfoque de infancia 2025*. P.41.

que, "a pesar de las políticas y transferencias dirigidas a las familias vulnerables y a la infancia, no se ha logrado mitigar las privaciones materiales que afectan a la infancia más vulnerable desde la pandemia"¹⁸.

29. Si bien la brecha de pobreza¹⁹ ha aumentado el último ejercicio respecto del año anterior, indicando que *"las personas en situación de pobreza son más pobres que hace un año y, por tanto, tienen menos capacidad adquisitiva"*, esta es especialmente pronunciada en los hogares con personas dependientes, donde alcanza el 29,8 %²⁰.
30. En 2024, los hogares monoparentales registraron las tasas de pobreza severa²¹ más altas, con una diferencia de más de 10 puntos porcentuales respecto a otros hogares con presencia de infancia y de 17,3 puntos en comparación con hogares sin presencia de infancia. El 21,4 % de los hogares monoparentales se encontraba en pobreza severa, mientras que esta situación afectaba al 10,2 % del resto de hogares con niñas, niños y adolescentes, al 11,2 % de los hogares unipersonales y al 4,1 % del resto de hogares²².
31. Pese al aumento sostenido del gasto social desde 2007²³, España es el cuarto país de la Unión Europea que menos puntos porcentuales de tasa de pobreza infantil logra reducir con sus transferencias (7,4 p.p), sólo por debajo de Grecia (6,4), Portugal (6,1) y Rumanía (5,8); y la que menos lo hace en términos relativos: un 20,2 %, lo que supone menos de la mitad que la media europea (41,9 %)²⁴.

¹⁸ Íbid.

¹⁹ "La brecha de pobreza mide la diferencia entre el umbral de pobreza y la mediana de los ingresos por unidad de consumo de las personas pobres", Fuente: íbid, 27.

²⁰ Íbid.

²¹ "Para definir quiénes están en ella y calcular el tamaño del grupo resultante, (...) se define un límite de ingresos equivalente al 40 % de la mediana de renta por unidad de consumo de la población. Es decir, se consideran en pobreza severa aquellas personas que ingresan menos de 2/3 de los ingresos del umbral de pobreza", Fuente: EAPN España. (2025). 15º Informe sobre el Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030, 62, <https://www.eapn.es/estadodepobreza/index.php>

²² Plataforma de Infancia, *Análisis de la Encuesta de Condiciones de Vida con enfoque de infancia 2025*. P.39.

²³ La Asociación de Directores y Directoras de Servicios Sociales (2025) ha agregado datos del INE y el Ministerio de Hacienda en su último informe sobre la situación de los Servicios Sociales en España, concluyendo que el gasto autonómico por habitante al año ha ascendido de forma ininterrumpida desde los 187,85€ en 2007 a los 432,99€ en 2024. Fuente: Directores de Servicios Sociales, *La situación de los Servicios Sociales en España* (s. f.), 19, <https://directoressociales.com/wp-content/uploads/2025/09/INFORME-2025.pdf>.

²⁴ EAPN España, 15º Informe sobre el Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030. P.150

3.3. [Contexto sobre la intervención social con menores en situación de riesgo: informe Aldeas Infantiles \(2020\)](#)²⁵

32. En 2020, Aldeas Infantiles SOS España realizó un estudio sobre la respuesta administrativa a la vulnerabilidad infantil, analizando datos de 150 municipios estadísticamente representativos para determinar cómo se movilizan los recursos públicos dirigidos a los menores en situación de riesgo²⁶.
33. En el estudio se clasifican los recursos en función a la gravedad de la situación y la necesidad de intervención. Así, distingue entre recursos de nivel primario, desarrollados en el marco de la prevención general²⁷; de nivel secundario, para trabajar con colectivos que se encuentran en situación de vulnerabilidad social; y de nivel terciario, planes de intervención para menores respecto de los cuales ya se ha detectado que están en situación de riesgo leve, moderado o grave o de conflictividad social²⁸.
34. Respecto a las medidas de carácter secundario se citan los programas de inserción laboral de colectivos vulnerables (para adolescentes y para familias); actividades de visibilización de grupos vulnerables e integración en la comunidad; servicios de respiro familiar (servicios de guardería y extraescolares para familias monoparentales, madres adolescentes, etc.) o actividades de ocio en promoción de la integración comunitaria²⁹.
35. Entre las medidas de intervención terciaria, aquellas que derivan de la identificación de una situación de riesgo¹³, destacan los programas de apoyo terapéutico; los de acompañamiento y apoyo a menores y familias víctimas de violencia; y, señaladamente, los Programas de Intervención Familiar ("PIFs"), en los que equipos psicosociales abordan separaciones conflictivas, expulsiones de centros escolares, maternidad infantil y adolescente y adicciones, entre otras³⁰.
36. El informe señala distintos problemas que dificultan la eficacia de los precitados

²⁵ Espirales Consultoría de Infancia, *Llegar a tiempo: Niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo en España* (Aldeas Infantiles SOS España, 2020), <https://cms.aldeasinfantiles.es/uploads/2020/09/Llegar-a-tiempo-Informe-Extenso.pdf>.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Se tratan de políticas públicas dirigidas a toda la infancia para evitar cualquier tipo de situación de riesgo, no sólo aquellas derivadas de situaciones socioeconómicas. Incluyen talleres y charlas de formación en centros sobre seguridad vial o prevención de la violencia de género, o programas de señalización de espacios adaptados a los menores. *Ibid.*, 53 – 56.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

programas y servicios; entre ellos, que muchos de los municipios estudiados emplean los mismos recursos en los tres niveles, mientras que sólo cambia la población destinataria. También que, en el nivel secundario, los recursos parecen centrarse en las familias en situación de vulnerabilidad económica, mientras que solo una mínima parte de los municipios estudiados dirigen recursos a abordar la vulnerabilidad social (minorías étnicas, religiosas, etc)³¹.

37. Destaca también el informe la “*confusión técnica*” en los equipos municipales a la hora de diferenciar situaciones de vulnerabilidad de situaciones de riesgo ya detectadas³². Se señala una falta de intervención coordinada entre fases, de forma que los técnicos pierden contacto con los menores en cada fase de la intervención. En esta línea, también se aprecia una severa falta de seguimiento que determina la ausencia de bases de datos actualizadas. Así, sólo 19 municipios pudieron proporcionar el dato de cuántos menores atendidos acabaron siendo objeto de una medida de desamparo, lo cual deriva de “*la escasa sistematización de la información y la dispersión competencial entre niveles administrativos*”³³.
38. El informe refiere igualmente a la escasa transparencia y sistematización en la información sobre el sistema de protección³⁴, la lentitud en la respuesta institucional³⁵, la falta de estandarización de criterios comunes³⁶, y la falta de un itinerario coordinado en la intervención que permita realizar un seguimiento del menor y evaluar la intervención realizada³⁷.
39. Se identifica adicionalmente como problema general “*la mirada del sistema*”, a la que califica como “*más evaluadora que recuperadora*”. El foco del sistema parece demasiado a menudo estar centrado en “*evaluar a la familia*” y no en “*la prevención y el acompañamiento emocional a las familias [de modo que la] mirada del profesional se traslada a la intervención y la determina*”³⁸.

³¹ Íbid, 58.

³² SAP 11246/2020 (Audiencia Provincial de Barcelona 20 de octubre).

³³ Íbid, 68.

³⁴ Esta falta de transparencia no sólo se refleja en la ausencia de datos sobre los menores que ulteriormente son declarados en desamparo. Según Aldeas Infantiles, fue imposible obtener datos sobre los presupuestos adjudicados en la intervención con menores salvo alguna excepción puntual como Zaragoza. Fuente: Íbid, 49.

³⁵ Íbid, 69.

³⁶ Íbid, 72.

³⁷ Íbid, 74.

³⁸ Íbid, 57.

3.4. Datos sobre tutelas ex lege

40. No existen datos sobre cuántos menores declarados en riesgo terminan por ser declarados en desamparo, ni datos desagregados sobre los motivos de las declaraciones de desamparo.

COMUNIDAD AUTÓNOMA	ALTAS EX LEGE	TOTAL EX LEGE
Andalucía	1.315 (12,7%)	5.091 (16,9%)
Aragón	250 (2,4%)	403 (1,3%)
Asturias	160 (1,5%)	735 (2,4%)
Baleares	375 (3,6%)	580 (1,9%)
Canarias	300 (2,9%)	1.716 (5,7%)
Cantabria	91 (0,9%)	308 (1,0%)
Castilla y León	375 (3,6%)	1.388 (4,6%)
Castilla-La Mancha	222 (2,1%)	1.064 (3,5%)
Cataluña	2.217 (21,5%)	6.612 (22,0%)
C. Valenciana	2.413 (23,4%)	3.024 (10,1%)
Extremadura	137 (1,3%)	695 (2,3%)
Galicia	333 (3,2%)	1.483 (4,9%)
Madrid	790 (7,6%)	3.297 (11,0%)
Murcia	281 (2,7%)	1.152 (3,8%)
Navarra	158 (1,5%)	414 (1,4%)
País Vasco	168 (1,6%)	1.607 (5,3%)
La Rioja	48 (0,5%)	218 (0,7%)
Ceuta	172 (1,7%)	346 (1,2%)
Melilla	182 (1,8%)	197 (0,7%)
TOTAL	10.327 (100%)	30.074 (100%)

Altas en el sistema de protección y tutelas totales por CCAA en 2023. Elaboración a partir del Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia Nº 25, Datos 2023, del Ministerio de Juventud e Infancia.

41. Se cuenta exclusivamente con datos agregados sobre el número de tutelas *ex lege* asumidas por la Administración. Así, en el último ejercicio, 2024, se han registrado 16.699 expedientes de tutela³⁹, representando “un incremento del 45,97% respecto del año 2023, y del 50,89% respecto del año 2022, manteniéndose la tendencia alcista de los últimos años⁴⁰, si bien, con un crecimiento exponencial durante este ejercicio”⁴¹, que el Ministerio fiscal atribuye a “las provincias y/o comunidades más afectadas por el flujo migratorio como son Canarias, Cataluña, Andalucía, Madrid y Baleares”⁴².

³⁹ Es decir, altas de tutelas en el sistema de protección a la infancia y adolescencia.

⁴⁰ 8.910 altas en 2020, 7.948 en 2021, 10.585 en 2022, 10.327 en 2023. *Ibid.*, 50.

⁴¹ Fiscalía General del Estado, *Memoria 2025. Capítulo III. Fiscales coordinadores/as y delegados/as para materias específicas. Actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección jurídica de los menores (2025)*, https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/capitulo_III/cap_III_6_3.html. Si bien el Boletín del Ministerio de Juventud e Infancia cuenta con datos desagregados desde 2023, la Memoria del Ministerio Fiscal sólo cuenta con el dato de las altas de tutelas *ex lege* y de las tutelas totales en 2024.

⁴² *Ibid.*

42. Existe también una tendencia ascendente en el número total de menores atendidos de alguna forma por el sistema público de protección a la infancia (51.972 en diciembre de 2023 frente a los 51.203 de 2022 o los 48.375 de 2024⁴³).
43. En lo relativo a las tutelas totales, pese a que hasta 2024 podía apreciarse una tendencia a la "descongestión" del sistema de protección (30.074 en 2023, 30.657 en 2022, 29.910 en 2021, 31.783 en 2020 y 33.208 en 2019), la pauta ha sido revertida en el último ejercicio, que registra un aumento significativo con 38.523 tutelas totales, consistentes con el aumento en el número de altas⁴⁴.
44. De la cifra total de menores atendidos en 2023, destaca el número de casos en estudio y/o que contaron con una medida de apoyo previa a dictarse una medida protectora: 17.827 casos en estudio en 2023 frente a los 17.008 contabilizados en 2022; 15.167 en 2021; 13.563 registros en 2020 y 11.261 casos en 2019²⁶.

4. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y REGIONAL

4.1. [La Convención de Derechos del Niño](#)

Marco general del artículo 9 y otros artículos conexos

45. La CDN atribuye a la familia un lugar central en el desarrollo y protección del menor. Este planteamiento se refleja desde su preámbulo:

"Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y, en particular, de los niños, debe recibir la protección y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades en el seno de la comunidad, [...]."

46. Su protección se desarrolla en varias disposiciones a lo largo de su articulado. Entre estas disposiciones, el artículo 9 se erige como el precepto básico que regula las condiciones bajo las cuales puede producirse la separación de un niño o una niña de su familia de origen.

⁴³ Ministerio de Juventud e Infancia, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia*.

⁴⁴ Fiscalía General del Estado, *Memoria 2025. Capítulo III. Fiscales coordinadores/as y delegados/as para materias específicas. Actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección jurídica de los menores*.

47. El artículo establece que los Estados deberán velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos salvo que se determine su necesidad para proteger su interés superior.
48. El primer párrafo del artículo menciona a modo de ejemplo dos situaciones que podrían justificar la separación: (i) casos de maltrato o descuido por parte de los progenitores, y (ii) desacuerdos sobre el lugar de residencia del niño cuando los padres viven separados.
49. Ambos supuestos son formulados de forma muy amplia y no constituyen una lista taxativa de causas, desplazando la atención al proceso de determinación del interés superior del niño y hacia las condiciones sustantivas y procesales que legitiman la intervención estatal.
50. El segundo párrafo establece la necesidad de que las partes interesadas tengan la oportunidad de participar en el procedimiento y de dar a conocer sus opiniones.
51. A pesar de su relevancia, el artículo 9 ha sido escasamente citado de forma explícita en las observaciones finales del Comité de Derechos del Niño. Aunque se expresa con frecuencia preocupación por las separaciones injustificadas de menores⁴⁵, las referencias al artículo son fundamentalmente genéricas y ofrecen poca orientación respecto al significado y alcance de las obligaciones impuestas a los Estados en virtud de esta disposición⁴⁶.
52. En este contexto, a pesar de no incorporar una referencia expresa al artículo 9, tanto la Observación General nº 13 como la Observación General nº 14 ofrecen una orientación apreciable con respecto a las medidas que deben adoptar los Estados para evitar o, en su caso, justificar la separación de los niños de sus padres.
53. Conforme a la interpretación mantenida por el Comité, en primer lugar, *"la separación sólo debe producirse como medida de último recurso, cuando el niño está en peligro*

⁴⁵ Por ejemplo, Serbia, CRC/C/SRB/CO/2-3 párr. 38(a); Federación Rusa CRC/C/RUS/CO/4-5 24 párr. 3; y Reino Unido CRC/C/GBR/CO/5, párr. 52.

⁴⁶ Ni el documento consensuado en el Día General de Debate del Comité sobre los Niños carentes de Cuidado Parental, ni las Directrices de la ONU sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, centradas parcialmente en el papel del Estado en la prevención y regulación de la separación de los niños de su familia y, específicamente, en las formas de cuidado alternativo para los niños vulnerables que no pueden vivir con sus padres como consecuencia de abusos, negligencia, abandono, muerte o detención de los padres, hacen referencia directa al art. 9.

de sufrir un daño inminente" y siempre que no existan medidas menos intrusivas que permitan garantizar su protección⁴⁷.

54. Así, los Estados, por un lado, deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute efectivo del derecho del niño a desarrollarse en su entorno familiar (obligación positiva); y, por otro, deben abstenerse de ejecutar actos que conlleven la separación del menor salvo que, tras haberse explorado alternativas adecuadas, dicha medida se justifique estrictamente en función de su interés superior (obligación negativa).
55. En este sentido, el Comité recomienda a los Estados que, en caso de separación, garantice que la situación del niño y de su familia ha sido evaluada, cuando sea posible, por un equipo multidisciplinar de profesionales formados y con la participación judicial adecuada⁴⁸.
56. El enfoque basado en evidencia supone un avance significativo respecto a los enfoques puramente especulativos o subjetivos del interés superior del niño. Derivado de este enfoque, surge la obligación de los Estados de demostrar que, a la luz de todas las pruebas disponibles, se puede concluir que la separación de un niño de sus padres es la única medida razonablemente viable para garantizar su interés superior.
57. Se trata de una prueba excepcionalmente onerosa que exige que el Estado demuestre, sobre la base de todas las pruebas disponibles, que la separación del menor es necesaria para garantizar su interés superior y que no existe ninguna otra medida razonablemente disponible para lograr este objetivo (en aplicación del principio de intervención mínima). La prueba para justificar la separación de un niño de sus padres debe ofrecer una evidencia de necesidad más clara que la que se requiere en la determinación del interés superior genérico establecido en el art. 3 de la CDN⁴⁹ dado el impacto que la medida tiene en el desarrollo del niño.
58. La evaluación del interés superior del menor debe respetar unas condiciones específicas, ser coherente con la evidencia disponible y las demás disposiciones del

⁴⁷ Observación General n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, CRC/C/GC/14 (Comité de Derechos del Niño 29 de mayo de 2013). Párr. 61

⁴⁸ Observación General n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Párr. 64

⁴⁹ Tobin, J. y Eekelaar, J., «Commentary on Article 3 of the Convention. The best interest of the child.», en *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary.*, Oxford Commentaries on International Law (Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2019).

Convenio y tener en cuenta, en todo caso:

- las opiniones del niño, de sus padres y de cualquier otra parte interesada;
- el nivel de riesgo asociado al acogimiento del niño;
- los efectos de la separación en el niño; y
- cualquier consideración cultural y religiosa pertinente en materia de desarrollo.⁵⁰

La pobreza y la separación familiar

59. Si bien el artículo 9 de la CDN no menciona expresamente la exclusión de la pobreza como causa de separación familiar, el Comité ha sido claro al afirmar que esta no constituye un motivo legítimo para separar a un niño de su familia conforme al principio de no discriminación recogido en el art. 2 de la CDN⁵¹.
60. En situaciones en las que la pobreza comprometa la capacidad de los padres para ejercer adecuadamente sus responsabilidades parentales, resultan de aplicación los arts. 18(2) y 27(3) de la CDN, que imponen a los Estados la obligación de prestar asistencia económica, material y técnica a las familias para que puedan cumplir con sus responsabilidades en el cuidado de sus hijos e hijas.
61. Al respecto, las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños⁵² (las "Directrices ONU de Alternativas de Cuidado"), establecen expresamente que *"La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado."*⁵³ (énfasis añadido).
62. En la misma línea, en el párrafo 32, se indica que los servicios sociales deben abordar las causas estructurales del abandono, la renuncia y la separación del niño de su

⁵⁰ John Tobin, Judy Cashmere, «Art.9 The Right Not to be Separated from Parents», *Oxford Public International Law*, s. f., 6.

⁵¹ *Observación General n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Párr. 61 y 62.

⁵² Asamblea General de las Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, s. f.

⁵³ *Ibid.* párr. 15.

familia, garantizando, entre otras cosas, el acceso a una vivienda adecuada y a los servicios básicos de salud, educación y bienestar social, así como promoviendo medidas para combatir la pobreza, la discriminación, la marginación y la estigmatización.

63. De hecho, el Comité ha subrayado que *"antes de recurrir a la separación, el Estado debe prestar apoyo a los padres para que asuman sus responsabilidades parentales, y restablecer o mejorar la capacidad de la familia para cuidar del niño"*⁵⁴.
64. Entre las medidas de protección social incluidas en dichas directrices se encuentran, entre otros (i) programas de formación para padres y madres, (ii) oportunidades de empleo y generación de ingresos, (iii) guarderías, (iv) servicios de mediación y conciliación familiar, (v) asistencia financiera, y (vi) servicios de apoyo para padres e hijos con discapacidades⁵⁵.

La opinión de las partes interesadas en el procedimiento de separación de los menores

65. Tanto el niño o la niña como todas las partes interesadas deben tener la oportunidad de dar su opinión durante el procedimiento de separación⁵⁶.
66. La frase *"partes interesadas"* referida en el párrafo segundo del art. 9 incluye a los padres, tutores legales u otras personas legalmente responsables del cuidado de un niño.
67. También podría incluir a los abuelos o a cualquier persona que pueda demostrar un interés sustantivo en el procedimiento, como un miembro de la familia extensa del niño o un cuidador de acogida cuyas opiniones puedan contribuir a la toma de decisiones.
68. En consonancia con el art. 12 de la CDN, también se consideraría *"parte interesada"* tanto al niño objeto del procedimiento de separación como a sus hermanos. En este sentido, el Comité exige a los Estados que tengan en cuenta las opiniones de los niños en este tipo de decisiones y ha subrayado la necesidad de adopción de medidas

⁵⁴ Observación General n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Párr. 61.

⁵⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*. P.8, párr. 34.

⁵⁶ Convención de Derechos del Niño, Resolución 44/25, Asamblea General de la ONU (1989). Art. 9.2.

reforzadas para considerar las opiniones de los niños con discapacidad.

69. Las “*partes interesadas*” tienen derecho a participar en el procedimiento y a expresar sus opiniones. El principio de eficacia exige, en este sentido, que los Estados adopten medidas para informar a las partes interesadas de su oportunidad de participar y permitir su participación efectiva en los procedimientos. Así, respecto a la participación de los menores afectados, deben facilitarse todos los medios necesarios, según su madurez, para garantizar la expresión plena de sus ideas e intereses en el procedimiento, de conformidad con el art. 12 de la Convención.
70. Respecto a la valoración de las opiniones expresadas, en consonancia con lo dispuesto en el art. 12 de la Convención, puede concluirse que el principio de eficacia también exige que el Estado tenga la obligación de justificar motivadamente cualquier decisión contraria a las opiniones del niño.

4.2. [El CEDH](#)

71. El artículo 8 del CEDH regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar y desarrolla expresamente las condiciones en las que las intromisiones pueden ser consideradas legítimas⁵⁷.
72. El TEDH ha sostenido en numerosas ocasiones⁵⁸ que el disfrute por padres e hijos de la compañía mutua constituye un elemento fundamental de la vida familiar y que, en consecuencia, las medidas que obstaculizan este derecho equivalen a una injerencia del art. 8 del CEDH.
73. En casos de retiradas de tutela de niños y niñas, el TEDH ha examinado si, a la luz del caso en su conjunto, los motivos esgrimidos por las autoridades son pertinentes y suficientes debido a que “*separar una familia constituye una injerencia muy grave*” [en el derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH].
74. El TEDH concluye en consecuencia que “*tal medida debe estar respaldada por consideraciones suficientemente sólidas y de peso que velen por el interés superior del*

⁵⁷ “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”

⁵⁸ Eriksson c. Suecia, (1989, nº. 11373/85), Olsson c. Suecia (1992, nº. 13441/87), K. y T c. Finlandia (2001, nº 25702/94), Kutzner c. Alemania, (2002, nº 46544/99), entre otras.]

menor"⁵⁹.

75. Si bien el Tribunal reconoce cierto margen de apreciación a los Estados en la valoración de los motivos que fundan las medidas de protección, corresponde a estos probar, siguiendo el esquema tradicional de análisis de injerencias en los derechos del Convenio, que son "*necesarias en una sociedad democrática*", es decir, que "*responden a una necesidad social imperiosa (...), proporcional a la finalidad legítima perseguida*."⁶⁰
76. En cualquier caso, la decisión de separar al menor debe considerarse, en principio, una medida provisional, que se suspenderá tan pronto como las circunstancias lo permitan, y cualquier acción emprendida debe ser coherente con un objetivo final: la reunificación del menor con el progenitor⁶¹.
77. En este sentido, al analizar la legalidad de los procesos de toma de decisiones que culminan en una medida de protección, el Tribunal eleva igualmente el estándar probatorio, señalando que "*analizará, en particular, si las conclusiones de las autoridades domésticas se basaron en pruebas suficientes, (incluyendo declaraciones de testigos, informes de las autoridades competentes, evaluaciones psicológicas y de otros expertos e informes médicos) y si las partes interesadas, en particular los padres, tuvieron la oportunidad suficiente de participar en el procedimiento en cuestión*."⁶²
78. Ni el CEDH ni el PIDCP contienen referencias explícitas a la consideración de la pobreza en los procesos de separación de menores de sus familias de origen.
79. No obstante, el impacto de la pobreza en los procesos de separación de menores también ha sido objeto de análisis por el TEDH, que ha dejado claro que no basta con que el niño esté en mejores condiciones si se produce la separación⁶³, y "*sólo los motivos más apremiantes pueden ser suficientes para justificar la ruptura de los lazos familiares existentes, incluso cuando las condiciones materiales de una familia son deficientes*"⁶⁴.
80. En la misma línea, el tribunal de Estrasburgo ha reiterado que "*el mero hecho de que*

⁵⁹ Olsson c. Suecia, No. 10465/83 (TEDH 1988), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164757>.

⁶⁰ Piechowicz c. Polonia, No. 20071/07 (TEDH 2012).

⁶¹ Eriksson c. Suecia, No. 11373/85 (TEDH 1989); K. y T c. Finlandia, No. 25702/94 (TEDH 2001); R.M.S c. España, No. 28775/12 (TEDH 2013); Olsson c. Suecia.

⁶² Saviny c. Ucrania, No. 39948/06 (TEDH 2009); Remmo y Uzunkaya v. Alemania, No. 5496/04 (TEDH 2007).

⁶³ Olsson c. Suecia.

⁶⁴ U. c. República Federal de Alemania, No. 8059/77 (Comisión Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa 1978).

*un menor pueda ser situado en un ambiente más beneficioso para su desarrollo no puede per se justificar la retirada de su tutela", consagrando un principio de "crianza suficientemente adecuada"*⁶⁵.

81. El Tribunal de Estrasburgo ha señalado de forma clara que no debe confundirse la pobreza con el abandono⁶⁶, así como que la pobreza no puede servir como única justificación para separar a un menor de su familia. Así, una medida tan lesiva para el derecho a la vida familiar como la retirada de la tutela *"no puede ser justificada por mera referencia a la precaria situación económica de los progenitores, que pueden ser abordadas mediante recursos menos radicales que la separación de la familia, como asistencia financiera o asesoramiento psicosocial"*⁶⁷.
82. Estas medidas *"menos radicales"* se corresponden con las *"obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar"* que el art. 8 CEDH impone al Estado. El Tribunal recuerda que, al configurar esas medidas, *"el Estado debe, en principio, actuar de forma que permita el desarrollo del vínculo familiar y adoptar las medidas necesarias para la reunificación del progenitor y el menor"*⁶⁸.
83. El TEDH ha reconocido la ilegalidad de una medida de protección basándose bien en su innecesariedad o en su falta de proporcionalidad. En distintos casos¹⁰ el Tribunal ha reiterado que la injerencia de sendos Estados en el derecho a la vida familiar era ilegítima por haber adoptado la medida más gravosa sin atender previamente las privaciones materiales que sufridas por la familia.

4.3. [La CSE y el PIDESC](#)

La CSE

84. El artículo 16 de la CSE constituye la familia como sujeto de protección social, jurídica y económica, *"especialmente mediante prestaciones sociales y familiares"*. También los menores son objeto de esta triple protección, necesaria para garantizar su derecho a *"crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales"* (art. 17 CSE).

⁶⁵ K. y T c. Finlandia; Kutzner c. Alemania, No. 46544/99 (TEDH 2002).

⁶⁶ Wallová y Walla c. República Checa, No. 23848/04 (TEDH 2006); Soares de Melo c. Portugal, No. 72850/14 (TEDH 2016).

⁶⁷ Saviny c. Ucrania. Párr. 50.

⁶⁸ Keegan c. Irlanda (TEDH 1994). Párr. 50.

85. Si bien ninguno de los dos preceptos regula aspectos de naturaleza procesal, sí actúan como punto de referencia respecto a las obligaciones materiales de protección de los Estados. Su aplicación en el ámbito de los procedimientos de separación familiar lleva a exigir a los Estados una actuación de prevención y de facilitación de medios materiales suficientes para evitar, en la medida de lo posible, la separación de los menores de su entorno familiar.
86. En lo relativo a la protección legal de la familia, el CEDS ha reiterado que cualquier restricción o limitación a los derechos de custodia debe basarse en criterios adecuados y razonables establecidos legalmente, no debiendo ir más allá de lo necesario para la protección y el interés superior del menor, así como dirigirse a la rehabilitación de la familia⁶⁹.
87. Las obligaciones derivadas de esta protección en el contexto de la separación de menores de su entorno familiar han sido escuetamente elaboradas por el CEDS en observaciones generales, conclusiones y alguna decisión en el seno de reclamaciones colectivas, a través de las que ha determinado que las condiciones económicas o las circunstancias materiales de la familia no podrán ser la única razón que motive la separación⁷⁰ y que alternativas adecuadas a la separación deberán ser exploradas con anterioridad, teniendo en cuenta las opiniones y deseos expresadas por el menor, sus padres y otros miembros de la familia⁷¹.
88. En este sentido, en línea con lo dispuesto por el Comité de Derechos del Niño y el TEDH, el CEDS ha concluido que los artículos 16 y 17 exigen a los Estados Parte "*proveer las medidas legales, operativas o financieras necesarias para brindar a los menores los servicios de cuidados más apropiados (...), particularmente respecto de los menores de tres años*⁷²".

El PIDESC

89. Como señalan Casla y Barker (2024) en su artículo "Protección y Asistencia a la Familia: interpretando y aplicando el artículo 10 PIDESC desde experiencias aprendidas y vividas", el art. 10 del PIDESC "*no se limita a la prohibición de interferir en la vida familiar y a ciertas obligaciones positivas. Contiene un ámbito de actuación más amplio que*

⁶⁹ Conclusiones XV-2, Declaración interpretativa del art. 17§1 (Comité Europeo de Derechos Sociales 2001).

⁷⁰ Conclusiones 2011 - Interpretación del artículo 17§2 (Comité Europeo de Derechos Sociales), https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2011_163_04/Ob/EN.

⁷¹ Ibid.

⁷² Conclusiones XV-2, Declaración interpretativa del art. 17§1.

*incluye [taxativamente] la más amplia protección y asistencia posibles*⁷³".

90. En este sentido, la garantía de ese contenido adicional del derecho a la protección social de la familia *"requeriría del Estado la provisión de asistencia prenatal, postnatal, educación infantil, beneficios de seguridad social y beneficios específicamente orientados a la vivienda (...)"*⁷⁴ a las familias en situación de pobreza o vulnerabilidad. La separación de un menor de su familia sólo podría ser considerada una medida proporcional a efectos del art. 10 del PIDESC si, aun habiendo provisto a la familia del apoyo material adecuado, la medida de protección sigue siendo necesaria.
91. Este criterio interpretativo implica atribuir a los poderes públicos la carga de probar haber provisto a la familia con el precitado apoyo material para que las retiradas de tutela sean consideradas *"medidas realmente excepcionales, necesarias y proporcionales"*⁷⁵. Casla y Barker (2024) califican esta como *"la primera contribución del artículo 10 PIDESC al derecho a la protección de la familia"*, que vendría coadyuvado por la prohibición de la discriminación basada en el estatus socioeconómico que consagra el art. 2 del PIDCP⁷⁶.

5. LOS PRINCIPIOS ORDENADORES DE LA SEPARACIÓN DE LOS/AS NIÑOS/AS DE SU FAMILIA BIOLÓGICA

Introducción

92. El artículo 39 de la Constitución reconoce que *"[L]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"*⁷⁷.
93. A través de este artículo, el poder constituyente otorgó rango constitucional a la obligación de proteger a los menores y vinculó la extensión y el desarrollo de la misma a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español en la materia, que se unen a la consideración de los tratados internacionales como parte del ordenamiento interno ex artículo 96 del texto constitucional.
94. El reconocimiento constitucional de la obligación de protección dio lugar a la aprobación de una ley orgánica (actualmente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de

⁷³ Koldo Casla, Lyle Barker, *Protection and Assistance to the Family: Interpreting and Applying Article 10 ICESCR from Learnt and Lived Experiences*, 17, n.º 2 (2024): 489-511.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Constitución Española de 1978. Art. 39.4.

enero, de protección jurídica del menor ("LOPJM"), en la que se desarrollan los principios esenciales de esta obligación por las autoridades públicas.

95. El ámbito de aplicación de la LOPJM, regulado en su art. 1, abarca "*a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español*", independientemente de su nacionalidad o situación administrativa.
96. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia⁷⁸ ("Ley 26/2015") y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷⁹ ("Ley 8/2015") introdujeron conceptos y perspectivas actualizadas tendentes a la alineación de la normativa nacional con los diferentes instrumentos internacionales, muy especialmente en lo que respecta al concepto de interés superior del menor, sobre el que se incorporaron al derecho nacional los criterios fundamentales de la Observación General N° 14⁸⁰.
97. El marco jurídico aplicable a las situaciones de riesgo y desamparo que pueden llevar a la retirada de la tutela a los progenitores lo componen normas estatales y normas autonómicas. Debido al régimen competencial en materia de protección de menores, asumido íntegramente por las comunidades autónomas, la norma estatal especial (la precitada LOPJM) es de aplicación supletoria a la norma autonómica en la materia⁸¹.
98. Igualmente, la LPAC, en tanto que norma general que regula el procedimiento administrativo, resultará de aplicación supletoria en todos los aspectos no regulados en la normativa autonómica o en la LOPJM⁸².
99. Cada comunidad autónoma ha legislado su propia normativa sobre el sistema de protección integral del menor. Este escenario diverso tiene como principal consecuencia que existan comunidades autónomas donde el desarrollo normativo es sustancialmente más completo que en otras.
100. Las consejerías de derechos sociales de cada comunidad autónoma ejercen las funciones de incoación y resolución de los procedimientos declarativos de desamparo que, como norma general, delegan en las Direcciones Generales de

⁷⁸ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷⁹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁸⁰ Junto con la adaptación de diversos artículos del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras 18 normas de ámbito estatal.

⁸¹ Disposición final Vigésimoprimera, apartado 1 de la LOPJM.

⁸² Art. 2 de la LPAC.

Infancia correspondientes o a los servicios de protección dependientes de las direcciones generales, así como a las delegaciones provinciales en caso de algunas comunidades autónomas pluriprovinciales.

La declaración de situación de riesgo y de situación de desamparo en la LOPJM: un sistema gradual de intervención

101. La LOPJM dedica su Capítulo I del Título II a las actuaciones de la administración en situaciones de desprotección social del menor. En su artículo 12 establece que la Administración ejercerá su obligación de protección de los menores 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"*⁸³.
102. Asimismo, establece que los poderes públicos velarán por que los progenitores *"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"*⁸⁴.
103. El sistema vigente regula unas obligaciones de intervención de la Administración Pública de intensidad gradual según las causas y la situación del menor afectado.
104. El apartado c) del artículo 2.2 LOPJM establece que se priorizará la permanencia del menor en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que esto sea posible y positivo para el menor.
105. En el artículo 17, la LOPJM determina las actuaciones exigibles en las llamadas situaciones de riesgo, de menor gravedad que la situación de desamparo, y que, por tanto, no requieren la separación del menor del núcleo familiar.
106. La obligación de la Administración de evitar la desprotección del menor y el derecho del niño a que la separación de su entorno familiar solo se produzca cuando no exista **ninguna** otra alternativa para evitar la desprotección severa en la que se encuentra, requiere necesariamente que las Administraciones competentes exploren todas las vías existentes para solucionar o reconducir la situación de desprotección sin que se

⁸³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Art. 12.1

⁸⁴ LOPJM, art. 12.2

produzca la separación.

107. Los procedimientos de valoración y declaración de riesgo son, en este sentido, el principal instrumento de aplicación del principio de proporcionalidad: permiten intervenir cuando la desprotección no alcanza la gravedad del desamparo y facilitan la adopción de medidas de apoyo dentro del entorno familiar.
108. Por su parte, el procedimiento de declaración de desamparo es un procedimiento de naturaleza exclusivamente administrativa que tiene como efecto automático: (i) la asunción de la tutela por la entidad pública competente; y (ii) la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria de sus progenitores o tutores⁸⁵.
109. Tanto el art. 172.1 del CC como el art. 18.1 de la LOPJM definen el desamparo como la situación de privación del menor de la necesaria asistencia moral o material causada por el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección de los progenitores o tutores.
110. El art. 18.2 la LOPJM incorpora una serie de "*circunstancias*" que llevarán a considerar una situación de desamparo si (i) tienen la suficiente gravedad; y (ii) valoradas conforme a los principios de proporcionalidad y necesidad, suponen una amenaza para la integridad física o mental del menor.
111. Se entremezclan, así, las circunstancias indicadoras de desprotección con los principios relevantes para definir la conveniencia de la medida de separación, consustancial, por otra parte, a la declaración de situación de desamparo.
112. La lista de circunstancias es, en todo caso, abierta y contiene una "*circunstancia de cierre*" que abre la posibilidad de declarar el desamparo en cualquier situación gravemente perjudicial que no pueda ser evitada mientras el menor siga en el entorno familiar.
113. El citado listado de circunstancias incluye, entre otras, (i) el abandono del menor, (ii) el riesgo grave para la vida, salud e integridad física del menor, (iii) el riesgo grave para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad, (iv) el incumplimiento o 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

⁸⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Art. 172.1

del menor o su salud mental; (v) la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución o cualquier otra explotación de naturaleza similar; y (vi) la ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo.

La legislación autonómica

114. Las legislaciones autonómicas, aunque parten del marco establecido por la LOPJM y el Código Civil, difieren ampliamente en la regulación tanto de la declaración de riesgo como de desamparo, tanto en los aspectos procesales como sustantivos⁸⁶.
115. En particular, respecto a la propia definición de situación de desamparo, la mayoría de las legislaciones, tanto las que hacen referencia a la LOPJM como las que no, contienen una cláusula de cierre con otras circunstancias que puedan ser valorables⁸⁷.
116. Así, la Comunidad de Madrid contiene una referencia expresa a que existirá una situación de desamparo cuando concorra alguno de los indicadores previstos en el art. 18.2 de la LOPJM, haciendo referencia a dicho artículo y al artículo 172 del CC⁸⁸. Si bien no incluye en el precepto relativo al desamparo una referencia expresa a la ponderación de la gravedad y la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, sí prevé dichos principios entre sus principios rectores⁸⁹ y también el de subsidiariedad⁹⁰.
117. Andalucía también incluye una referencia exclusiva a la LOPJM y al art. 172 del CC, sin incluir ninguna lista o causa adicional o diferente. Si bien no contiene una referencia expresa a la ponderación de la gravedad y la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, sí prevé entre sus criterios de actuación el principio de intervención mínima⁹¹.
118. La legislación de la Comunidad Valenciana dirige también a la LOPJM y al CC (general, no solo a las causas o circunstancias). Sin embargo, el decreto en vigor,

⁸⁶ Para más información acudir al: Gentium para la POI, *Informe sobre las garantías del procedimiento de declaración de desamparo de menores en España. Análisis jurídico e identificación de áreas de mejora*. (s. f.).

⁸⁷ Cataluña, Castilla y León, La Rioja, País Vasco, Galicia, Asturias, Castilla-La Mancha, Canarias, Navarra y Extremadura.

⁸⁸ Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid. Art. 85.2

⁸⁹ Ibid, Art. 3 i)

⁹⁰ Ibid, Art. 3 j)

⁹¹ Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía. Art. 81 b).

anterior a la ley actual, enumera unas causas parcialmente diferentes. A pesar de no contener una disposición relativa a la ponderación de la gravedad y la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, prevé el principio general de intervención mínima⁹².

119. La normativa de La Rioja refiere al art. 172 del CC y, a pesar de no hacer una referencia expresa al art. 18 de la LOPJM, define las causas de desamparo de manera similar⁹³. Prevé el principio de subsidiariedad como principio rector de la actuación administrativa⁹⁴.
120. En Asturias⁹⁵, la ley de infancia refiere al art. 172 del CC e incorpora una lista semejante a la incluida en la LOPJM, aunque con categorías más amplias en su redacción, que no contiene referencias expresas a la gravedad y ponderación de necesidad y proporcionalidad. Prevé, entre sus principios generales, el de la subsidiariedad de la intervención administrativa⁹⁶.
121. La ley de infancia de Castilla y León incluye una referencia al art. 172.1, párrafo segundo, del CC y, también amplía las causas definidas en el art. 18 LOPJM⁹⁷. Entre ellas, incluye “[L]a obstaculización por los responsables del menor de las actuaciones acordadas para la averiguación o comprobación de las situaciones de desprotección, cuando se ponga en riesgo la seguridad de éste, o la falta de colaboración en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de riesgo que propicie su persistencia, cronificación o agravamiento”. No se incluye una referencia en el artículo a la consideración de la gravedad ni a la ponderación de la necesidad y proporcionalidad. No obstante, sí prevé entre sus principios rectores la subsidiariedad progresiva de la actuación administrativa⁹⁸.
122. Las leyes autonómicas de Castilla-La Mancha⁹⁹ e Islas Baleares¹⁰⁰, sin hacer una referencia expresa al art. 18.2 de la LOPJM, contienen un listado idéntico al incluido en dicho precepto, incluida las referencias previas a la necesaria consideración de la

⁹² Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana. Art. 91 f)

⁹³ Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja. Art. 49

⁹⁴ *Ibid.* Art. 5 Ley 1/2006.

⁹⁵ Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias. Art. 31.

⁹⁶ *Ibid.* Art. 8.

⁹⁷ Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León. Art. 56.

⁹⁸ *Ibid.* Arts. 4 f) y 44 e).

⁹⁹ Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha. Art. 47.2.

¹⁰⁰ Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears. Art. 121.2.

gravedad y la ponderación de la necesidad y proporcionalidad.

123. El listado de causas incluido en la ley de Extremadura¹⁰¹ "*valorables por la autoridad administrativa*", es semejante al previsto en la LOPJM, aunque no tan exhaustivo, haciendo referencia al CC. No incluye, por ejemplo, la referencia a las circunstancias relacionadas con el abandono escolar. Tampoco contiene la referencia expresa a la ponderación de la gravedad y la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad.
124. La ley de las Islas Canarias contiene un listado autónomo, igualmente semejante al de la LOPJM, aunque reflejando las circunstancias de forma más abierta y genérica¹⁰². Si bien esta ley no incluye una referencia expresa a la ponderación de la gravedad y la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, sí incorpora entre los principios rectores de la actuación administrativa el de subsidiariedad¹⁰³.
125. Aragón no contiene ninguna referencia a la normativa estatal. La definición es equivalente a la dispuesta en el art. 18 de la LOPJM si bien las circunstancias, siendo semejantes, no son idénticas, teniendo una redacción más amplia y no mencionando expresamente la consideración de la gravedad y la ponderación de los principios de necesidad y proporcionalidad. El listado no contiene una causa genérica final en la que pudieran encajar circunstancias no previstas en el listado¹⁰⁴. La norma prevé, entre los criterios de actuación de la Administración, el principio de mínima intervención, proporcionalidad y graduación de la intervención¹⁰⁵.
126. La definición de desamparo en la legislación de Cataluña es ligeramente diferente, considerando como tal "*la situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar*"¹⁰⁶.
127. También las causas presentan algunas pequeñas variaciones. Prevé entre sus principios generales los principios de intervención mínima necesaria y

¹⁰¹ Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de Extremadura. Art. 6.

¹⁰² Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de las Islas Canarias. Art. 46.2.

¹⁰³ Ibid. Art. 4.2.

¹⁰⁴ Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. Art. 59.

¹⁰⁵ Ibid, Art. 47.

¹⁰⁶ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña. Art. 102.1

proporcionalidad de las medidas de protección¹⁰⁷.

128. En Navarra, la Ley Foral 12/2022 contiene una enumeración de las causas de desamparo semejante a la contenida en el art. 18.2 de la LOPJM, aunque parcialmente más desarrolladas¹⁰⁸. En el decreto foral en vigor se hace referencia a las causas previstas por la ley autonómica previa. Se prevé el principio de subsidiariedad¹⁰⁹, y, entre los criterios de intervención, dispone el de mínima intervención de la administración y de progresividad¹¹⁰.
129. En Galicia, el art. 52 de la Ley 3/2011 define las causas para el desamparo de forma muy similar a la LOPJM, añadiendo algunas causas¹¹¹. El Decreto 169/1999 no recoge ninguna causa adicional respecto a la Ley 3/2011. Contiene, entre sus principios generales de actuación, el principio de intervención mínima y proporcionalidad de la Administración¹¹².
130. La ley autonómica de la Región de Murcia no hace referencia a la LOPJM y menciona tres situaciones, entre otras, en las que podrá declararse el desamparo (a) cuando faltan las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el niño; (b) cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad; y (c) cuando el menor sea objeto de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación, mendicidad o cualquier otra situación de naturaleza análoga.
131. No se menciona en el artículo que regula la situación de desamparo la necesaria ponderación de la necesidad y proporcionalidad de la medida; ausencia particularmente relevante teniendo en cuenta la amplitud en la redacción del supuesto (b) citado en el párrafo anterior.
132. En el País Vasco, el art. 188.4 de la Ley 2/2024 hace referencia a las distintas

¹⁰⁷ Decret 63/2022, de 5 d'abril, dels drets i deures dels infants i els adolescents en el sistema de protecció, i del procediment i les mesures de protecció a la infància i l'adolescència. Art. 36.2

¹⁰⁸ Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad de Navarra. Art. 85.

¹⁰⁹ Ibid. Art. 11.

¹¹⁰ Ibid, Art. 73 e) y j).

¹¹¹ Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. Art. 52.

¹¹² Ibid. Art. 56.

circunstancias que pueden ser consideradas para la valoración de una situación de desamparo. Además, en este artículo se especifica que dichas circunstancias deberán ser valoradas según la gravedad, y valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

133. Por último, la ley de Cantabria hace referencia al concepto de desprotección grave, clasificando situaciones de (a) desprotección grave con riesgo de desamparo inminente y (b) desprotección grave con desamparo. Los supuestos de desprotección grave con desamparo son parcialmente más amplios que los establecidos en la LOPJM para el desamparo. Igualmente, el reglamento de desarrollo no hace referencia a algunos de los supuestos de la ley, si bien incorpora otros como, por ejemplo, la “*desescolarización reiterada o continuada*”. Se prevé un principio general de subsidiariedad de la actuación administrativa¹¹³ y también incluye el principio de intervención mínima entre sus criterios generales¹¹⁴.

6. LA POBREZA Y SU VALORACIÓN EN LAS DECLARACIONES DE SITUACIÓN DE DESAMPARO

6.1. El marco jurídico estatal

134. El art. 18.2 LOPJM, en línea con lo dispuesto por el Comité y el TEDH, estipula que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo.
135. Este precepto de la LOPJM supone una restricción adicional a la planteada en el artículo 9 de la CDN, al indicar, no solo que la pobreza no es un motivo legítimo de separación, sino que no puede ser valorada en la decisión de declaración de desamparo.
136. No menciona el precepto, sin embargo, cómo deben considerarse aquellas condiciones materiales consecuencia de la pobreza (por ejemplo, falta de vivienda estable) ni cómo debe interpretarse esta prohibición de valoración en el contexto de una definición de desamparo que incorpora la desatención material como uno de los supuestos previstos.

¹¹³ Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria. Art. 12.

¹¹⁴ Ibid. Art. 37.

6.2. [El marco jurídico autonómico](#)

137. La mayor parte de las legislaciones autonómicas no incorporan la exclusión expresa de la consideración de la situación de pobreza como causa o circunstancia que, por sí misma, pueda llevar a la declaración de situación de desamparo.
138. Navarra, País Vasco, Islas Baleares y Castilla-La Mancha sí lo hacen. En la primera se establece que la concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, si bien nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar¹¹⁵.

6.3. [Análisis de la jurisprudencia](#)

139. La práctica decisoria de los órganos judiciales es extraordinariamente variada por dos motivos fundamentales: la casuística tan única de cada caso analizado y la aplicación de marcos jurídicos autonómicos diferentes.
140. Así, tanto en esta sección como en las secciones 7 y 8 siguientes abordaremos las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en la materia y, respecto a las sentencias de los tribunales superiores de justicia y audiencias provinciales, una muestra de algunas sentencias en las que hemos identificado aspectos problemáticos.

[Sentencias del Tribunal Supremo](#)

141. En su sentencia 565/2009, de 31 de julio, referida a la declaración de desamparo y acogimiento preadoptivo de una menor acordada por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ante la supuesta negligencia de la madre en el cuidado de su hija, el Tribunal Supremo revocó la medida y afirmó que **la pobreza y las limitaciones personales no pueden erigirse en causas autónomas de desamparo:**

“La Sala no encuentra que concurren razones tan graves como para privar a una madre biológica de su hija, separándola de ella y entregándola en adopción a otras personas, pues ello debe quedar reservado para supuestos gravísimos que van mucho más allá de tener más o menos habilidades sociales, mayor o menor cociente intelectual o formación académica y, por

¹¹⁵

Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad de Navarra. Art. 69.2.

supuesto, tener unos u otros recursos económicos. **Ni la pobreza ni la incultura ni la poca inteligencia como dijimos, son en sí mismas causas que impliquen desatención y desamparo de la prole.**"¹¹⁶ (énfasis añadido)

142. En la posterior sentencia 540/2015, de 15 de octubre¹¹⁷, el tribunal se pronuncia en un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén por la que se desestimó la oposición formulada por los progenitores a la declaración de desamparo del menor alegando que la medida derivaba de su situación económica y social.
143. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jaén había considerado probados los hechos que acreditaban los problemas de salud mental de la madre biológica y la falta de criterio de los progenitores en cuanto a los planes de futuro de la familia, quedando demostrada la falta de cuidados, atención y cariño del menor. La sentencia de la Audiencia Provincial aceptó los fundamentos de derecho de la sentencia de primera instancia, así como la valoración de los hechos, e indicó que no se observaba un cambio de circunstancias, no procediendo la revocación de la declaración de desamparo al tener en cuenta el interés superior del menor.
144. El Tribunal Supremo, aunque reiteró que la pobreza o la discapacidad, conforme al artículo 18 LOPJM, no pueden ser tenidas en cuenta para declarar el desamparo de un menor¹¹⁸, destacó que, en el caso concreto, y entendiendo el precepto rectamente, la sentencia recurrida no lo vulneraba, puesto que no calificaba *"aisladamente como causa de desamparo la pobreza de los progenitores o la discapacidad de la madre (...), sino la desatención moral y material del menor"* haciendo referencia al art. 172.1 del Código Civil¹¹⁹. No obstante, no se encuentra desgranada en la sentencia el origen de esa desatención moral y material ni si esta estaba relacionada con la situación de pobreza de los progenitores.
145. De una forma similar se expresa en su sentencia 1275/2023, de 20 de septiembre, en la que el Tribunal corrige la valoración de la Audiencia Provincial al afirmar que *"no se trata ni de culpabilizar ni de castigar a las madres que, por razones personales, familiares o sociales no se encuentran en situación de cumplir adecuadamente los deberes de protección de sus hijos, sino de atender al superior interés de los niños"*

¹¹⁶ STS 565/2009 de 31 de julio (Tribunal Supremo Sala primera). FD 4.

¹¹⁷ STS 540/2015 de 15 de octubre (Tribunal Supremo Sala primera).

¹¹⁸ *Ibid.*, FD. 3.

¹¹⁹ *Ibid.* FD 3

cuando están privados de la necesaria asistencia moral o material.”¹²⁰ Si bien el Tribunal distingue la pobreza del desamparo, no examina cómo garantizar que los factores socioeconómicos no influyan en la decisión. La referencia genérica a la “asistencia moral o material” reproduce el esquema habitual de argumentación sin concretar su contenido.

146. La STS 1671/2024, de 13 de diciembre, aborda, por su parte, un supuesto en que la madre, con escasos recursos y sin vivienda estable, se había trasladado a Cataluña buscando apoyo familiar y oportunidades laborales tras el nacimiento de su hijo¹²¹. La Audiencia Provincial de Almería consideró que la situación inicial de vulnerabilidad no justificaba mantener el desamparo y ordenó la reintegración del niño:

“la madre, reitera con profusión, que necesitó o necesitaba ayuda para poder encontrar un trabajo y un domicilio, que tenía recursos escasos, cobraba el desempleo, y luchó denodadamente por paliar esas carencias, pero que quiere a su hijo, tenía ayuda familiar, y ha conseguido domicilio y trabajo, la documental aportada lo corrobora. Lo cierto es que no se patentiza ni antes ni después una situación de desamparo justificativa de la retirada del menor, o por lo menos mantenerla después de los primeros meses, existiendo otras formas de paliar las posibles carencias detectadas.”

147. El Tribunal Supremo, sin embargo, **estima el recurso de casación de la Junta de Andalucía y restablece la medida de guarda con fines de adopción**, basando su decisión en la estabilidad alcanzada por el menor en la familia acogedora y en la falta de colaboración de la madre con los servicios sociales. Aunque la sentencia reproduce la literalidad del artículo 18, el análisis de fondo **no entra a determinar cómo se garantiza que la pobreza no haya influido en la decisión inicial de desamparo** ni cuestiona los informes que describen extensamente la situación económica y habitacional de la madre, haciendo referencia a que no tenía trabajo estable y a que vivía en una habitación en un piso compartido¹²².

Algunas sentencias relevantes de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales

148. En ese mismo sentido se pronuncian algunas Audiencias Provinciales, evidenciando

¹²⁰ STS 1275/2023, de 20 de septiembre (Tribunal Supremo Sala primera). FJ 6.

¹²¹ STS 1671/2024, de 13 de diciembre (Tribunal Supremo Sala primera).

¹²² *Ibid.*

que, aunque se acepta que la pobreza, por sí sola, no puede fundar la declaración de desamparo, con frecuencia se utiliza como elemento agravante o contextual cuando coexiste con otros indicadores de desprotección.

149. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 217/2023, de 23 de marzo, revoca el desamparo y acuerda la reunificación familiar al constatar que, desaparecidos los demás factores de riesgo, la pobreza era el único elemento residual, cuya valoración como causa de separación contraviene el artículo 18.2 LOPJM¹²³. La misma Audiencia Provincial, en la sentencia 455/2024 de 26 de junio, relativa a un procedimiento paralelo respecto a otro hijo de la misma familia, reafirma esa línea: la Sala constata la mejora económica de los progenitores y entiende que, al haberse superado la precariedad, debe cesar la medida¹²⁴. Ello confirma que el factor económico se sigue valorando de manera determinante, aunque de forma indirecta. En contraste, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 11246/2020 formula una regla clara: la pobreza puede generar riesgo, pero no desamparo, salvo que suponga una *"falta de elementos básicos para el desarrollo integral"*.
150. El TSJ de Cataluña hace un análisis más detallado de las obligaciones de la Administración en relación con la valoración de la pobreza en casos de protección de menores. En la STSJC 16/2011 de 31 de marzo¹²⁵, el TSJ recuerda que todos los niños tienen derecho a un nivel de vida adecuado ex art. 27 CDN y que éste debe garantizarse por los progenitores en función de sus posibilidades y medios económicos y, subsidiariamente, por los Estados. En consecuencia *"en estos supuestos -si no concurre ninguna otra causa- se parte del entendimiento de que prioritariamente debe mantenerse al menor en su entorno familiar y subvenir a la satisfacción de su interés mediante medidas preventivas de apoyo al mismo"*¹²⁶. El Tribunal distingue esta situación de una en que exista una *"incapacidad acreditada o un "descuido" apreciable de los progenitores por lo que se refiere al cuidado y de la educación de sus hijos"*, en cuyo caso la Administración está obligada a asegurar al menor la protección y el cuidado imprescindibles para su bienestar *"pudiendo acudir en dichas ocasiones, si es necesario, a la separación de la familia en interés del mismo (art. 9.1 CNUDN), garantizando el derecho de audiencia a los padres (art. 9.2 CNUDN) y del*

¹²³ SAP 214/2023, de 23 de marzo (Audiencia Provincial de Huelva).

¹²⁴ SAP 455/2024 de 26 de junio (Audiencia Provincial de Huelva).

¹²⁵ STSJ Cataluña 16/2011 de 31 de marzo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Civil y Penal).

¹²⁶ *Ibid.* FJ 4

propio menor en función de su edad y madurez (art. 12 CNUDN)."¹²⁷

151. En la STSJ de Cataluña 30/2015 de 4 de mayo¹²⁸, el TSJ es tajante sobre el hecho que ni la pobreza ni la valoración de que la familia de acogida es mejor que la familia biológica, ni tampoco las capacidades parentales prácticas pueden implicar la separación del niño de su familia:

*"El interés prioritario del menor en ser educado en el seno de su propia familia no puede depender de la mayor o menor inteligencia de la madre, ni de su mayor o menor capacidad económica ni de su rango social. Ni siquiera cabe atender a indeseables comparaciones entre la familia biológica y la familia de acogida. Las mayores o menores habilidades parentales entendidas como las capacidades prácticas que tienen los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, asegurándoles un desarrollo suficientemente saludable, tampoco pueden motivar la extracción del menor de su entorno familiar salvo que se acredite que la ausencia de tales competencias es de tal intensidad que al niño se le privaría de los "elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad" y que por ello resulta imprescindible aplicar "una medida que implique la separación del núcleo familiar", precisamente porque los indicadores o factores de riesgo detectados revelen un peligro grave para el menor en el caso de permanecer en el seno familiar. **No es la búsqueda del estándar óptimo de parentalidad lo que ha de guiar la actuación protectora de los menores sino una adecuación parental mínima y adaptable a las necesidades y características de los hijos.**"*¹²⁹

152. También se han identificado casos en los que los tribunales no hacen referencia alguna a la prohibición del art. 18.2 LOPJM y validan decisiones administrativas de desamparo en las que la situación de exclusión económica de la familia es un elemento valorado por la Administración. Es el caso de la STSJ de Galicia 15/2015, de 6 de marzo, por la que se resuelve el recurso interpuesto por los progenitores contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, la cual confirmaba la situación de desamparo de sus cuatro hijos y la corrección de la actuación administrativa, afirmando que se mantenía la "situación de precariedad y marginalidad" de los progenitores. Los informes técnicos y judiciales sobre los que se basó la decisión

¹²⁷ Ibid, FJ 4.

¹²⁸ STSJ de Cataluña 30/2015 de 4 de mayo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

¹²⁹ Ibid, FJ 8.

enumeraban una serie de elementos relacionados con la situación de exclusión de la familia: falta de vivienda estable, ausencia de apoyo familiar, escasos ingresos y falta de trabajo, falta de higiene y cuidados en los menores. La sentencia no hace referencia alguna a la prohibición del art. 18.2 LOPJM de tomar en cuenta la pobreza en la decisión sobre el desamparo de los menores¹³⁰.

153. En el caso abordado en la STSJ de Aragón 310/2010 de 4 de enero, la Administración había acordado la asunción de la tutela desde el nacimiento del menor, considerando que la madre no podía garantizar los cuidados básicos. Los informes sociales previos al nacimiento reflejaban que la madre presentaba una discapacidad del 66%, carecía de apoyos familiares y sociales, vivía con su pareja en una casa abandonada sin agua ni luz, percibía una pensión no contributiva de 300 euros y hacía trabajos esporádicos de limpieza y había rechazado los apoyos sociales ofrecidos durante el embarazo (rechazo de alojamiento en la Casa de la Mujer). El TSJ reconoció que una **discapacidad o pobreza** por sí solas no incapacitan a una persona para ejercer la función parental, concluyendo que **en este caso concreto concurren múltiples factores acumulativos** que justifican el desamparo: *"No solo pesó su particular minusvalía sino además su inestabilidad emocional, falta de aptitudes para cuidar a un niño y sus medios y modos de vida, dado que convivía con su pareja en una casa abandonada sin agua ni luz, rechazando apoyos sociales que se le ofrecieron por la Administración."* Desestimó el recurso de casación, manteniendo el desamparo y acogimiento preadoptivo del menor.

6.4. [Conclusiones](#)

154. El art. 18.2 LOPJM incorporó, tras la reforma de 2015, la prohibición explícita de tener en cuenta la pobreza como elemento valorable en la declaración de desamparo. Este precepto, en su literalidad, excede los mandatos del art. 9 CDN y el art. 8 CEDH.
155. Sin embargo, la desigual incorporación autonómica de esta prohibición ha generado un marco fragmentado y una aplicación dispar en todo el territorio.
156. El Comité, en aplicación de los artículos 9 y 2 de la CDN ha sostenido reiteradamente que la pobreza, por sí sola, nunca puede justificar la separación de un niño de su familia (OG nº14). Las dificultades económicas deben activar las obligaciones de los Estados de asistencia y apoyo a las familias, no medidas de retiradas de tutela. Por su

¹³⁰ STSJ de Galicia 15/2015, de 6 de marzo (Tribunal Superior de Justicia de Galicia).

parte, el TEDH ha insistido en que solo los motivos más apremiantes pueden justificar la ruptura de los lazos familiares y que las carencias económicas no bastan para legitimar la medida.

157. El Tribunal Supremo, si bien ha reiterado la aplicación de la prohibición del art. 18.2 LOPJM en el sentido de que la pobreza no puede ser el único motivo de la declaración de desamparo, analiza escasamente su interrelación con el concepto de la "desatención material" del menor, en cuyo análisis se incorporan elementos que, al menos indiciariamente, parecen estar vinculados a contextos de pobreza.
158. En este sentido, se manifiesta una motivación escasa respecto a si esa desatención moral o material guarda relación con una situación de pobreza estructural, en cuyo caso la Administración está obligada a proporcionar todo el apoyo necesario a la familia.
159. La amplitud e indeterminación del concepto de desatención moral o material implica que éste sea interpretado de forma muy diversa en los diferentes tribunales, los cuales disponen de un amplio margen de apreciación, en cuestionable compatibilidad con la CDN y el CEDH.
160. En numerosas ocasiones, la motivación de las sentencias carece de un análisis suficientemente profundo sobre la conexión entre la situación de pobreza y los factores materiales que inciden en la declaración de desamparo. Esta carencia afecta tanto a los supuestos en los que los factores son atribuibles de forma directa y exclusiva a la pobreza, como a aquellos de carácter multifactorial, en los que la pobreza constituye un elemento claramente subyacente en la génesis de las circunstancias valoradas.

7. LA OBLIGACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES DE RECURRIR SÓLO A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO COMO ÚLTIMO RECURSO Y QUÉ SIGNIFICA ESTA OBLIGACIÓN EN CONTEXTOS DE POBREZA

7.1. Marco jurídico estatal

Prioridad de preservar el vínculo familiar

161. Como se ha indicado en la sección 5 anterior, el apartado c) del art. 2.2 LOPJM establece que se priorizará la permanencia del menor en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que este fuera posible y positivo para el menor.

162. El art. 18.2 de la LOPJM contiene una referencia expresa a los principios de necesidad y proporcionalidad en la medida de separación, previamente detallada.
163. Igualmente, el art. 17 y su contenido relativo a la progresividad de la intervención administrativa puede considerarse una plasmación del principio de decisión del desamparo como medida de último recurso.

Los procedimientos de valoración y declaración del riesgo

164. El art. 17.8 de la LOPJM especifica dos supuestos en los que el órgano competente está obligado a comunicar a la Entidad Pública su valoración para que se estudie la conveniencia de que se declare el desamparo del menor: la primera, cuando *"estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar"*. La segunda, *"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"*.
165. El sistema de graduación de la intervención de la Administración según la intensidad de la desprotección del menor regulado en la LOPJM, desde su modificación en 2015¹³¹, se plasma en la regulación más exhaustiva entorno a la figura de la situación de riesgo:

"De innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria." (Preámbulo de la LOPJM)

166. La incoación de un expediente de declaración de riesgo debe conllevar

¹³¹ A través de la Ley 26/2016.

necesariamente la elaboración de un plan de intervención dirigido a corregir la situación de riesgo y a eliminar la causa de desprotección (los previamente denominados PIFs). La decisión de incoación de un procedimiento de desamparo tiene como objetivo decidir si la desprotección es de tal gravedad que no existe alternativa a la separación en un momento determinado, sin perjuicio de la implementación de medidas posteriores tendentes a la reagrupación familiar.

167. Debido al diferente planteamiento de los dos procedimientos, cuando se inicia el procedimiento de desamparo se ha realizado ya una valoración preliminar que ha dotado a la desprotección identificada indiciariamente de una gravedad que va a marcar necesariamente el procedimiento, en el que solo cabrá bien confirmar dichos indicios (y, por tanto, declarar el desamparo y separar al niño de su entorno familiar) o bien probar que no existe tal grado de desprotección. En este caso, la Entidad Pública emitirá resolución en la que no se declarará el desamparo y, en su caso, reconducirá el expediente a la entidad competente para valorar otras medidas que puedan resolver la situación de desprotección del menor.
168. Como consecuencia, en el seno del procedimiento de declaración de desamparo no tiene cabida conceptualmente el planteamiento de medidas alternativas a la retirada de la tutela, ya que la consideración de las mismas implicaría reconocer que la desprotección carece de una gravedad suficiente para la misma. La posibilidad de medidas alternativas debe llevar necesariamente a una resolución mediante la que se decida no declarar el desamparo.
169. En todo caso, los órganos instructores del procedimiento y los órganos consultivos, en cumplimiento de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, están obligados a explorar también en el procedimiento de declaración de desamparo la posibilidad de resolver la situación de desprotección con otras medidas. Es decir, el procedimiento debería estar encaminado a explorar todas las medidas razonablemente efectivas para evitar y corregir la situación de desprotección que se ha identificado indiciariamente como de potencial desamparo.

7.2. [Marco jurídico autonómico](#)

Prioridad de preservar el vínculo familiar

170. No todas las legislaciones autonómicas se refieren explícitamente a la necesaria

observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad en los artículos correspondientes a los procedimientos de declaración de desamparo.

171. Igualmente, algunas de ellas no regulan expresamente o de forma completa la actuación en casos de situación de riesgo (o lo hacen solo en documentos sin valor normativo)¹³².
172. En este contexto, resulta necesario acudir a los principios rectores de la intervención de las Administraciones competentes en funciones de protección del menor. Así, todas las normativas autonómicas hacen referencia a la priorización de intervenciones en el seno del núcleo familiar como principio rector de la actuación protectora.
173. Comunidad de Madrid¹³³, Castilla y León¹³⁴, Andalucía¹³⁵, Comunidad Valenciana¹³⁶,

¹³² Ver párrafo 269 anterior.

¹³³ La Comunidad de Madrid recoge el respeto a la vida familiar como ámbito adecuado para el desarrollo de los niños, en el art. 64 de la Ley 4/2023. Igualmente, establece el derecho del niño a vivir en familia, priorizando la permanencia con la familia de origen, entre los principios rectores de la actuación administrativa, en su art. 3 d). En los supuestos en los que la permanencia con la familia de origen sea contraria al interés superior de los menores y sea necesario separarlos de ella, se priorizará la reintegración en la misma, y se tomarán medidas destinadas a posibilitar el retorno, siempre que las condiciones familiares y la situación del niño lo permitan, y el tiempo necesario para ello no suponga una intervención tan prolongada o incierta en el tiempo.

¹³⁴ Castilla y León incluye en su normativa autonómica, entre los principios rectores que guían la acción administrativa, la garantía de la integración familiar y social del menor, limitando las separaciones de su entorno a los casos estrictamente necesarios y desarrollando, en su caso, una intervención en la familia que permita el fin de la separación en el plazo más breve posible. En el art. 27 de la Ley 14/2002 se recoge el derecho a las relaciones familiares, intergeneracionales e interpersonales. Dispone en este sentido, que la Administración de la CCAA garantizará el derecho del menor a vivir con su familia y a relacionarse con ella bajo la consideración del interés primordial del menor. También se prevé esta garantía en los criterios de actuación estableciendo la prioridad de la intervención en el entorno familiar del menor, procurando la participación de los padres y demás miembros de ese núcleo en el proceso de integración y normalización que, siempre sea posible, habría de facilitar su mantenimiento y la permanencia de aquél en el mismo. Además, el art. 44 c) de la norma dispone que, cuando sea precisa la separación del menor de la familia se dispondrán recursos alternativos, considerando su retorno con la familia en cuanto a las circunstancias lo permitan.

¹³⁵ El art. 9.1 de la Ley 4/2021 establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a crecer en un entorno familiar adecuado para su desarrollo, por lo que esta ley primará la permanencia en su entorno familiar, salvo que esta permanencia sea contraria al interés superior de la persona menor. El art. 45 recoge el derecho al desarrollo y crecimiento en el seno de la familia. En este sentido, se estipula que los menores tienen derecho a ser cuidados y a desarrollarse, de forma sana y positiva, en su familia de origen, para lo que ésta debe recibir el apoyo y los recursos profesionales necesarios que le permitan ejercer sus funciones parentales, con especial atención a las familias en situaciones de dependencia, discapacidad, vulnerabilidad, alta adversidad o exclusión social.

Por último, en los criterios de actuación establece, entre otros, que se promoverán actuaciones preventivas y reparadoras que potencien los factores protectores de las familias, procurando la permanencia de las niñas, niños y adolescentes en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su desarrollo personal, en cuyo caso se les proporcionará la alternativa familiar más adecuada. Además, se procurarán intervenciones mínimas, conforme a las cuales se otorgará prioridad a la actuación en su entorno familiar, se priorizará la adopción de medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, y las consensuadas frente a las impuestas, garantizando la continuidad de las relaciones personales con su familia de origen y su familia extensa, siempre que no vaya en contra de su interés superior, perjudique su desarrollo integral, ni la adopción de una medida estable.

¹³⁶ La Ley 26/2018 incluye entre sus principios rectores la consideración de las familias como el entorno más adecuado para el desarrollo infantil y adolescente, primando el mantenimiento o la reincorporación a la familia de origen, salvo que sea contrario a su interés. Igualmente, la normativa valenciana incluye en su art. 23 el derecho de relación y convivencia. En tal sentido, se establece que los menores tienen derecho a crecer y vivir con las personas que son

País Vasco¹³⁷ y Aragón¹³⁸ desarrollan ampliamente criterios de actuación relacionados con el principio de prioridad de la intervención en la familia. Cataluña¹³⁹, Cantabria¹⁴⁰,

sus progenitores y a mantener relación con el resto de ascendientes, sus hermanos/as y otros parientes o personas allegadas, siempre que no sea contrario a su interés, con los límites establecidos en las resoluciones judiciales. Por último, en el art. 11 recoge la prioridad de la permanencia en el propio entorno familiar, libre de violencia.

¹³⁷ En el art. 29 de la Ley 2/2024, la normativa vasca desarrolla el derecho a la crianza, a la convivencia y a las relaciones familiares. Entre estos derechos, especifica que las administraciones públicas velarán por que se garantice que las medidas contempladas en la Ley sean de aplicación a todo tipo de familias, independientemente de sus dificultades o necesidades de apoyo, y articularán las adaptaciones precisas para la remoción de los obstáculos que impidan que dichas familias puedan acceder a las medidas en igualdad de condiciones con el resto de las familias. Además, estipula que las personas menores tienen derecho, a su vez, a que su padre y madre participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses, con los límites estipulados en las resoluciones judiciales, y que tendrán derecho a convivir con su padre y su madre, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte necesaria de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente. También es relevante el art. 55 que establece los apoyos a las familias en el ejercicio de sus deberes de crianza. Igualmente, el art. 130 de la Ley 2/2024 recoge el principio de prioridad a la permanencia en el entorno familiar adecuado y libre de violencia.

¹³⁸ La Ley 12/2001 de Aragón establece, entre los principios de actuación recogidos en su art. 3, la promoción de la integración familiar y social de los niños y adolescentes, garantizando la permanencia, reinserción y restitución en su entorno familiar y social, siempre que no les sea perjudicial. Igualmente, entre los principios de actuación relativos a la protección social y jurídica de los menores dispone que se adecuarán las medidas a las distintas problemáticas de las familias y a su posibilidad de garantizar en ese momento y en un futuro el desarrollo de los menores. A este fin, se promoverán medidas para sostener o recuperar la convivencia en el entorno familiar del menor y se actuará de forma prioritaria a través de medidas de alternativa familiar.

¹³⁹ El art. 38 de la Ley 14/2010 recoge los derechos de relación y convivencia. Establece en este precepto que los menores tienen derecho a vivir con sus progenitores salvo en los casos en los que la separación sea necesaria. Igualmente, afirma que las AA. PP deben garantizar el ejercicio adecuado de los derechos regulados por este precepto y de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral en lo que concierne a su ejercicio, especialmente si existe una situación de conflicto familiar, a través de los servicios de punto de encuentro u otros que cumplan la misma finalidad. También recoge los derechos de relación personal del menor en el art. 10 del Decreto 63/2022, de 5 de abril y como principio general de la actividad administrativa integra el mantenimiento del niño o adolescente en su núcleo familiar, si la situación lo permite.

¹⁴⁰ El art. 12 de la Ley 8/2010 afirma la subsidiariedad de la actuación administrativa respecto de la que corresponde a los padres, madres y a las personas que ejerzan la tutela o guarda como responsables de asegurar, dentro de las posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de las personas menores. Entre los criterios generales para la aplicación de las medidas de protección, la ley cántabra establece que la primera alternativa a valorar por los Servicios Sociales en casos de desprotección infantil debe ser el mantenimiento de la persona menor en su familia, capacitando a los padres y madres o personas que ejerzan la tutela o guarda en el rol parental de forma que pueda proporcionar un cuidado adecuado. En el mismo sentido, la norma prevé que, cuando sea necesario proceder a la separación de una persona menor de edad de su familia de origen, los Servicios Sociales deberán dirigir sus esfuerzos a intentar la reunificación familiar, siempre que eso se considere beneficioso para aquella. Por otro lado, el art. 40 de la norma autonómica recoge como derecho específico de las personas menores protegidas el de permanecer en su familia siempre que sea posible y, caso de haber sido separados de ella, a que se considere su retorno a aquella en cuanto las circunstancias lo permitan.

Navarra¹⁴¹, Castilla-La Mancha¹⁴² e Islas Baleares¹⁴³ también desarrollan detalladamente las implicaciones prácticas de este principio de actuación.

¹⁴¹ La Ley Foral 12/2022 recoge entre sus principios rectores la búsqueda de la integración familiar y social de las personas menores, garantizando su permanencia en su entorno familiar y social, siempre que ello no suponga un perjuicio para sus intereses. Igualmente, se dispone que será un principio rector el reconocimiento y el apoyo a las familias, como entorno de protección en el que los menores se tienen que desarrollar normalmente. En el mismo sentido, la normativa afirma que las AA. PP en sus relaciones con menores y sus familias, y con las entidades públicas o privadas que actúan en el ámbito de la atención o protección de menores se ajustarán al principio de priorización de las actuaciones preventivas que permitan preservar el arraigo familiar y la atención temprana. Igualmente, entre los criterios de intervención de las AA. PP incluye igualmente la prioridad de intervención en el entorno familiar del menor o la menor. La normativa navarra también incluye el derecho del menor a permanecer en su familia como un derecho específico de las personas menores protegidas.

¹⁴² La Ley 7/2023 incluye entre los principios rectores el principio de mínima injerencia en la aplicación de las medidas de protección y judiciales a la infancia y la adolescencia, con objeto de interferir lo menos posible en su vida y la de su familia. Igualmente, hace referencia al carácter subsidiario de las AA. PP relativas a la protección de la infancia y la adolescencia respecto de las que corresponden a los progenitores y a las personas que ejerzan la tutela o la guarda como responsables de asegurar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de las personas menores de edad. El art. 27 dispone que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha desarrollará actuaciones en aplicación de favorecer la permanencia en el entorno familiar, a través del desarrollo de las acciones necesarias de apoyo y soporte, para facilitar el adecuado ejercicio de la parentalidad de manera protectora

En cuanto a los criterios de actuación, la normativa recuerda que la separación de la persona menor de edad de su familia debe ser el último recurso, y en caso de que sea necesaria, establece que: (i) será prioritaria la intervención dirigida a posibilitar el retorno a su núcleo familiar, (ii) se procurará que el menor permanezca lo más próximo posible a su entorno socio-familiar, (iii) cualquiera que sea la medida protectora que se adopte se procurará que los hermanos se confíen a un mismo contexto de convivencia, especialmente si ya han desarrollado un vínculo fraternal. Además, la Ley establece que, con el fin de favorecer que la vida de la persona menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial, especialmente para los menores de seis años

¹⁴³ La normativa de las Islas Baleares recoge en el art. 26 de su Ley 9/2019 los derechos de relación y convivencia. En este precepto se dispone que las personas menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres salvo en los casos en que la separación sea necesaria para asegurar la integridad y seguridad del menor. Baleares integra esta garantía entre los criterios de actuación de las Administraciones, estableciendo la prioridad de la intervención en el entorno familiar para facilitar el mantenimiento del menor en su medio socio-familiar, el mantenimiento en la familia de origen, a menos que no sea conveniente para el interés del menor, y la disposición de recursos alternativos cuando el menor haya sido separado de su núcleo familiar. Por último, se recoge entre los derechos específicos con una medida de protección, el derecho a permanecer en su familia siempre que sea posible, para lo cual la administración tiene el deber de aplicar todos los recursos disponibles para garantizar este derecho. La normativa balear recoge esta garantía en los derechos específicos del menor con una medida de protección, estableciendo que los menores tienen derecho a permanecer en su familia, siempre que sea posible, para lo cual la administración tiene el deber de aplicar todos los recursos disponibles para garantizar este derecho.

174. Asturias¹⁴⁴, La Rioja¹⁴⁵, Galicia¹⁴⁶, Murcia¹⁴⁷, Extremadura¹⁴⁸ y Canarias¹⁴⁹ plantean la aplicación del principio de forma menos detallada.

Los procedimientos de valoración y declaración de riesgo

175. La regulación autonómica de la actuación de las autoridades competentes cuando reciben información que podría calificarse como situación de riesgo también es diversa.
176. Pueden diferenciarse cuatro grandes grupos de comunidades autónomas: (i) las que no regulan ningún aspecto procesal o lo regulan exclusivamente en manuales; (ii) las que abordan un sistema en dos fases concatenadas (valoración – declaración); (iii) las que regulan solo una fase de valoración o una fase de declaración; y (iv) las que regulan un sistema conceptualmente diferente al planteado en la LOPJM.
177. El primer grupo lo forman las comunidades que no regulan ningún aspecto procesal relacionado con la tramitación administrativa de la información recibida¹⁵⁰.
178. El segundo¹⁵¹, aquellas que regulan un sistema esencialmente dividido en dos partes, con la participación de órganos diferentes, pareciendo interpretar las obligaciones

¹⁴⁴ La normativa de Asturias incluye en el art. 6 f) de la Ley 1/1995 como uno de sus principios rectores el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que ello no resultara conveniente para el interés primordial del menor. Igualmente, establece en el art. 15 que las actuaciones preventivas se encaminarán a evitar las causas que originen un deterioro en el entorno sociofamiliar del menor, así como sus repercusiones sobre su desarrollo personal, a garantizar los derechos que le asisten y a disminuir los factores de riesgo de marginación en que se encuentre.

¹⁴⁵ En cuanto a la Ley 1/2006 de La Rioja, esta incluye entre los principios rectores de la actuación administrativa la integración de los menores en su medio familiar y social, evitando situaciones de desarraigo que perjudiquen su desarrollo integral.

¹⁴⁶ Galicia incluye entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos el mantenimiento del menor en el núcleo o medio familiar o entorno de origen, salvo que no sea conveniente para su interés. Igualmente, recoge en el art. 42 de la Ley 3/2011 los derechos de especial protección de la infancia y la adolescencia, y entre ellos, el derecho a que se respete su vida privada, familiar y social, y a que se proteja la misma de toda injerencia arbitraria o ilegal, así como de todo ataque a su honor o a su imagen.

¹⁴⁷ Arts. 4, 5 y 12 Ley 3/1995.

¹⁴⁸ Extremadura incluye en el art. 3 b) de su Ley 4/1994, entre sus principios rectores el principio de facilitar el mantenimiento del entorno familiar del menor, siempre que fuera posible y las circunstancias no lo desaconsejen.

¹⁴⁹ Canarias, en su Ley 1/1997 recoge, entre los principios rectores de la actuación administrativa la integración familiar y social de los menores, garantizando la permanencia en su entorno familiar y social, salvo que no resultase conveniente para sus intereses primordiales.

¹⁵⁰ Murcia y Extremadura. Asturias lo regula exclusivamente en los manuales operativos citados previamente.

¹⁵¹ Castilla La-Mancha (art. 41 Ley 7/2023), Islas Baleares, Aragón (Cap. II Decreto 190/2008), Cataluña (art. 103 Ley 14/2010 y Secciones 2 y 3 Decreto 63/2022), la Comunidad Valenciana (arts. 101 y 102 Ley 26/2018), Comunidad de Madrid (art. 74 Ley 4/2023), Andalucía (Capítulo II Sección 1.ª Ley 4/2021).

procesales marcadas por la LOPJM en relación con la “valoración” y la “declaración” de situación de riesgo como dos fases concatenadas, llegándose a la última solo en caso de que la fase de valoración haya fracasado. Esta interpretación sería coherente con la planteada por el art. 17 de la LOPJM, tras la modificación operada por la Ley 26/2015, en cuyo preámbulo se declara:

“La regulación prevé que el proyecto de actuación pueda ser consensuado con los progenitores u otros responsables legales, respondiendo así al principio ya aludido de primar las soluciones consensuadas frente a las impuestas. En caso de que se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en el mismo, se declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo.”

179. En el tercer grupo se encontrarían (i) la ley de infancia de Castilla y León, en la que se regula exclusivamente la fase de valoración de la situación de riesgo, sin referencia al procedimiento de declaración de la misma ni a ninguna de las garantías mínimas contenidas en la LOPJM. El decreto de desarrollo tampoco hace referencia a dicho procedimiento; (ii) La Rioja, que, en contraste, regula pormenorizadamente el procedimiento de declaración de situación de riesgo, que da lugar a la propuesta de medidas de apoyo; y (iii) la normativa de las Islas Canarias, que regula de forma semejante el procedimiento declarativo.
180. Por último, en Navarra, el País Vasco y Cantabria, el modelo opera con parámetros distintos, conforme a la gravedad de la situación de desprotección del menor, no regulándose como tal un procedimiento de declaración de situación de riesgo autónomo.

7.3. [Análisis jurisprudencial sobre la aplicación del desamparo como medida de último recurso en contextos de pobreza](#)

Sentencias del Tribunal Supremo

181. La precitada STS 565/2009, de 31 de julio¹⁵², incluye entre los elementos examinados si la Administración había agotado la prestación de apoyos necesaria para procurar el mantenimiento de la unidad familiar.

¹⁵² STS 565/2009 de 31 de julio.

182. La Audiencia Provincial se había apoyado en un informe del Ayuntamiento de Toledo que describía la existencia de dificultades económicas y domésticas desde el nacimiento de la menor, señalando que la pareja recibió ayudas puntuales, por ejemplo, para la compra de leche infantil, y que, pese a ello, los cuidados iniciales eran adecuados. El informe recomendaba además la asistencia al Centro de Atención a la Infancia (CAI) para reforzar las pautas de crianza, destacando la presencia constante de la abuela paterna, que supervisaba las comidas y el cuidado del hogar.
183. La Audiencia Provincial reprochó a la Administración haber optado por la separación inmediata de la menor sin intentar corregir una situación que no era irreversible, al no haberse utilizado los medios materiales y personales disponibles para apoyar a la madre. Dice la Audiencia Provincial: *"En tan sólo un mes y medio, **sin intentar por todos los medios a su alcance la Administración, como impone el art. 12 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, conseguir que sean los padres quienes desarrollen adecuadamente sus responsabilidades paternofiliales, se decide separar definitivamente a una hija de su madre biológica** (el padre ya había fallecido), prohibirle todo contacto con ella y gestionar un acogimiento preadoptivo. La Sala entiende que la intervención de la Administración, aun cuando la asunción de la tutela automática estuviera justificada, que no lo ponemos en duda, desde ese preciso instante, **en lugar de buscar una familia para la niña, lo que debió procurar por todos los medios a su alcance era favorecer en la madre la adquisición de habilidades adecuadas para la correcta educación y cuidado de la menor, con la intervención de cuantos medios materiales y personales tuviera a su alcance,** fomentando desde el primer día de separación el contacto entre madre e hija para evitar que se produjera en la segunda una ruptura total, a la espera de que la situación de la madre evolucionara favorablemente para poder restablecer la convivencia entre ambas. Ni los problemas económicos eran tan acuciantes, ni la desatención de la menor tan grave como para justificar tan drástica decisión. Como señalábamos en nuestro auto de 2 de marzo de 2000, **la pobreza en sí misma no implica desatención, como tampoco las desavenencias conyugales, la poca capacidad para gestionar los ingresos ni la supuesta minusvalía psíquica no grave de uno de los progenitores.**"*
184. El informe pericial aportado en el procedimiento reflejaba que la madre, pese a pertenecer a una familia humilde y con escasos recursos, se encontraba adaptada al entorno social, gozaba de estabilidad emocional y económica, y requería

principalmente apoyo formativo en educación infantil. Se indicaba además que contaba con el apoyo de su pareja actual y que los servicios sociales debían desempeñar una labor formativa y de acompañamiento para fortalecer sus competencias parentales.

185. A la vista de lo anterior, la Audiencia Provincial concluyó, como se menciona en la sección anterior, que no existían razones suficientemente graves para justificar la separación.
186. En su resolución, el Tribunal Supremo revocó el criterio de la Audiencia Provincial. Consideró que, para valorar la procedencia de la declaración de desamparo, debía atenderse la evolución de la madre biológica, independientemente del *“mayor o menor acierto de la Administración en las medidas adoptadas”*. De este modo, relega la evaluación de la corrección de la actuación administrativa, ignorando los reproches que incluía la sentencia de la Audiencia Provincial respecto a la falta de agotamiento de las medidas de apoyo. El Tribunal concluye que procede mantener el desamparo porque la madre necesitaría apoyo para suplir sus carencias, tanto económicas como de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, estimando que el retorno no era una opción segura. Además, valora que el interés superior del menor aconseja que se quede con la familia de acogida, por haber transcurrido tiempo en ella y por la falta de vínculo de la menor con su madre biológica. La decisión, sin embargo, no aborda la posible relación entre la falta de apoyos iniciales y la desvinculación posterior, ni considera el impacto de la mala praxis administrativa que propició la ruptura del vínculo familiar.
187. En la STS 720/2022, de 2 de noviembre¹⁵³, el Tribunal Supremo reitera la subsidiariedad del desamparo, señalando que *“en la actualidad, la declaración de desamparo, eje de la primera regulación sobre la materia, ha pasado a ser subsidiaria, **y la intervención administrativa prioritaria debe dirigirse a eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor y evitar su desamparo.**”*¹⁵⁴ Añade la constatación de que la *“falta de asistencia moral o material”* debe realizarse tras una valoración detallada de la situación, idealmente durante una fase de riesgo o guarda temporal¹⁵⁵. Este pronunciamiento refuerza la obligación de la Administración de documentar su actuación preventiva antes de declarar el desamparo.

¹⁵³ STS 720/2022, de 2 de noviembre (Tribunal Supremo Sala primera).

¹⁵⁴ Ibid. FJ3

¹⁵⁵ Ibid. FJ3

188. Sin embargo, en otras decisiones la exigencia de valorar alternativas menos gravosas se diluye. En la precitada STS 540/2015, de 15 de octubre, el Tribunal Supremo reafirma teóricamente la naturaleza subsidiaria del desamparo, pero no analiza detalladamente la actuación concreta de la Administración¹⁵⁶. Aunque uno de los motivos de casación planteados era la falta de valoración sobre la posibilidad de que el padre asumiera la custodia, la Sala no evalúa si se ofrecieron o no medidas de apoyo alternativas suficientes, limitándose a aceptar la motivación administrativa. Afirmar que el desamparo no se ha declarado únicamente por la situación de pobreza de los progenitores y la discapacidad de la madre, sino por la desatención moral y material.
189. En la STS 281/2023, de 21 de febrero, el Tribunal Supremo estima el recurso de la Administración y revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, que había considerado viable el retorno del menor con sus padres si se implementaba un programa eficaz de apoyo y seguimiento. El Tribunal Supremo centra su decisión en la situación actual del menor y en la estabilidad alcanzada en la familia acogedora, dejando en un segundo plano la evaluación de la actuación administrativa previa y su obligación de ofrecer alternativas. Los informes de servicios sociales en que se basa la sentencia se apoyan en valoraciones genéricas sobre *"carencias de habilidades parentales"* sin especificar su contenido ni justificar por qué los programas de apoyo resultaron insuficientes: *"su capacidad parental [de los progenitores] es cuestionable y limitada por la ausencia de hábitos. Y porque Serafina [la madre] va a continuar reproduciendo el modelo que ha vivido y aprendido de sus padres y con su pareja carece de motivación para realizar el cambio. Serafina continúa presentando escasez de habilidades educativas e incapaz para la función socializadora. Baldomero pasa gran cantidad del día trabajando"*. Otros informes refieren que los progenitores *"siguen presentando carencias importantes y mostrando ignorancia de la responsabilidad parental en el desarrollo de los hijos"* y que *"los padres se muestran cariñosos con el bebé, pero se aprecia carencia de habilidades parentales"*. La sentencia no especifica a qué habilidades parentales se hace referencia. El Tribunal reconoce que los progenitores presentaban precariedad y antecedentes sociales adversos, pero confirma el desamparo porque *"se ha constatado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo"*. Se menciona que se inició un programa de competencias parentales pero no se analiza si dicha intervención por parte de la administración se considera o no

¹⁵⁶ STS 540/2015 de 15 de octubre.

suficiente para satisfacer la obligación de ofrecer apoyos antes de recurrir al desamparo.

Decisiones de otros órganos jurisdiccionales

190. Algunos Tribunales Superiores de Justicia han mostrado una exigencia de motivación reforzada de haber considerado alternativas en la actuación administrativa previa al desamparo.
191. El TSJ de Cataluña, en la precitada sentencia 16/2011, de 31 de marzo, insiste en la obligación de priorizar la permanencia del menor en su entorno familiar mediante medidas preventivas de apoyo: *"la asistencia y la protección del menor en situación de riesgo o de desamparo deben acometerse prioritariamente sin extraerlo de su ámbito familiar (principio de la mínima injerencia en la vida familiar), ya que forma parte del elenco de derechos esenciales o fundamentales de los menores el de permanecer junto a sus padres y en el seno de su familia de origen"*¹⁵⁷. Añade: *"En consecuencia, **en estos supuestos [de falta de recursos económicos de la familia] -si no concurre ninguna otra causa- se parte del entendimiento de que prioritariamente debe mantenerse al menor en su entorno familiar y subvenir a la satisfacción de su interés mediante medidas preventivas de apoyo al mismo.**"*. En este caso el TSJ consideró que la declaración de desamparo era adecuada *"máxime cuando la misma se revela necesaria a la vista del fracaso de otras opciones menos invasivas que fueron intentadas con anterioridad y a las que los demandantes no prestaron ni la atención ni el cumplimiento requeridos por el interés superior de los dos menores afectados."*¹⁵⁸ En este sentido, toma como elemento de valoración de la corrección de la actuación administrativa el hecho de haber intentado opciones menos lesivas antes de declarar el desamparo. Este enfoque refuerza el criterio de que la existencia de alternativas intentadas y documentadas constituye un elemento determinante para valorar la corrección de la actuación administrativa.
192. En la posterior 57/2022, de 7 de noviembre, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revisa un caso en el que uno de tres hermanos fue puesto en acogida preadoptiva, mientras los demás hermanos habían vuelto a convivir con los progenitores: *"no había ninguna razón de peso para la diferencia de trato que había supuesto la separación drástica de los hermanos consanguíneos y la imposibilidad de que los progenitores*

¹⁵⁷ STSJ Cataluña 16/2011 de 31 de marzo. FJ 4.

¹⁵⁸ Ibid. FJ 4.

podieran seguir visitando y teniendo contacto regular con el menor preadoptado (Casiano), **sin ponderar adecuadamente las administraciones demandadas otras medidas menos radicales, como las aplicadas a sus hermanos**"¹⁵⁹. La sentencia de la Audiencia Provincial que el TSJ confirma establecía que los servicios sociales "admitiendo que la situación familiar no era la idónea"- no tuvieron en cuenta que dicha situación "más allá del estado de deficiencia de la vivienda que ocupaban... podría haber dado lugar a otras medidas de atención y apoyo, sin necesidad de acudir a la más drástica y rupturista de desamparo con retención". Concluye el TSJ que "las administraciones demandadas **incumplieron gravemente su obligación de enfocar desde un principio la protección de los menores, especialmente la de Casiano, hacia la reunificación familiar impulsando de manera proactiva y eficaz el cumplimiento de los planes de mejora de sus progenitores de la forma más adecuada para permitir que surgieran naturalmente dichos vínculos de la manera más sana posible entre el niño y sus progenitores biológicos**, por lo que la decisión de que Casiano fuera acogido preadoptivamente, adoptada en marzo de 2016 y constituida en mayo de 2016, fue absolutamente injustificada y no respondió razonablemente a los fines previstos en el art. 5 LDOIA, en relación con el art. 4 LDOIA, con el art. 2 LOPJM y con el art. 147.1 a) LDOIA, suponiendo además una vulneración del art. 8.1 CEDH."¹⁶⁰

193. En la STSJ de Galicia 15/2015, de 6 de marzo, el tribunal confirma la medida de desamparo de cuatro menores. Los informes de servicios sociales destacaban la precaria situación económica de la familia, su rechazo a las medidas de apoyo adoptadas el hecho de carecer de trabajo y vivienda estable y el haberse tenido que mudar en varias ocasiones consecuencia de su precariedad y de la falta de apoyo familiar¹⁶¹. La Sentencia destaca que la Administración intentó programas de trabajo y visitas con los padres, cumpliendo formalmente con su deber de ofrecer alternativas: "A lo largo del expediente se estima queda claramente reflejado el cumplimiento por parte de la Administración de los deberes que tiene legalmente impuestos, el de intentar la reintegración del menor con sus padres estableciendo programas de trabajo con los padres y sistema de visitas amplio con estos."¹⁶² No menciona qué planes de intervención se realizaron, su eficacia, ni en qué circunstancias se rechazaron por los progenitores. Concluye que "la resolución que se

¹⁵⁹ STSJ de Cataluña 57/2022 de 7 de noviembre, (Tribunal de Justicia de Cataluña). Antecedente de hecho 1º.

¹⁶⁰ Ibid. FJ 3.

¹⁶¹ STSJ de Galicia 15/2015, de 6 de marzo.

¹⁶² STSJ de Galicia 15/2015 de 6 de marzo FJ3.

impugna resulta ajustada a derecho pues la convivencia del menor con su familia natural no se revela conveniente toda vez que ha quedado acreditado que la penosa situación de los padres (sin ingresos, sin vivienda, sin apoyo familiar)". La sentencia confirma la declaración de desamparo pero revoca la suspensión de las visitas con los progenitores recordando que la tutela pública no puede implicar la ruptura definitiva del vínculo familiar sin razones poderosas y sin intervención judicial.

194. En la STSJ Galicia 34/2011, de 27 de octubre, el tribunal revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, que había confirmado el desamparo y la suspensión de visitas, centrándose principalmente en el apego desarrollado con la familia de acogida. El TSJ reprocha la falta de valoración de la mejora de la familia biológica (el padre había sido absuelto penalmente y había completado un programa de deshabituación del alcohol) u la omisión de la posibilidad de que las hermanas mayores de edad se hicieran cargo de la menor, a pesar de que éstas habían manifestado su voluntad de hacerlo y vivían en una vivienda independiente del resto de la familia. Uno de los informes técnicos de la Xunta en los que se basaba la declaración de desamparo y suspensión de las visitas decía: *"...valoramos por tanto que es muy improbable que se produzcan cambios en los progenitores por lo que decidimos no elaborar un Plan de trabajo, sino que ellos mismos buscasen los recursos y alternativas para hacerse cargo de su hija..."*. Los informes del centro donde vivía la niña hacían las siguientes observaciones: con respecto al padre que viene *"mejor que la madre, muchas veces ha venido bien arreglado pero hay otras que olía bastante mal. Sobre todo se notaba el olor cuando se iba después de la Sala de la visita. Está más pendiente de la niña..."*. El TSJ de Galicia valoró que no se había tomado en cuenta el interés del menor de reintegración en su propia familia y el mantenimiento de la relación con el núcleo familiar de origen, por lo que estimó el recurso.
195. La STSJ de Aragón 1/2010, de 4 de enero¹⁶³ conoce el recurso de una madre contra la declaración de desamparo de su hijo recién nacido. La sentencia de la Audiencia Provincial objeto de recurso confirmaba el desamparo del menor haciendo clara referencia a la situación de pobreza y discapacidad de la madre: *"[la madre] ha sido diagnosticada de inteligencia límite e hipoacusia severa de origen degenerativo, teniendo reconocida una minusvalía del 66%. Le fue retirado su hijo del que se desconoce el padre, nada más nacer, en septiembre de 2007, ante su incapacidad para cuidar al niño y al carecer de apoyos familiares y sociales. Cobra una pensión*

¹⁶³ STSJ de Aragón 1/2010, de 4 de enero (Tribunal Superior de Justicia de Aragón).

no contributiva de 300,- euros; al mes y sus trabajos son muy esporádicos en tareas de limpieza, en las que constan bajas voluntarias tras pocos días de trabajo, presentando escasa estabilidad emocional. Convive desde finales de 2007 con una nueva pareja". La sentencia reconoce que "una simple minusvalía no incapacita radicalmente a quien la padece para ejercer la función de padres. Sin embargo, también lo es que en este caso concreto no solo pesó su particular minusvalía sino y además, su inestabilidad emocional, falta de aptitudes para cuidar a un niño, y sus medios y modos de vida dado que al tiempo del parto convivía con su pareja (anteriormente tuvo otra) en una casa abandonada sin agua ni luz, rechazando apoyos sociales que se le ofrecieron por la Administración". La sentencia del TSJ subraya que el rechazo o ineficacia de las medidas de apoyo constituye el elemento determinante que legitima la adopción del desamparo.

7.4. [Conclusiones](#)

196. La CDN impone a los Estados la obligación de (i) garantizar que la separación de un niño o niña de su familia se produzca únicamente cuando sea necesaria en su interés superior (art. 9) y (ii) prestar asistencia material y apoyo a los progenitores para el cumplimiento de sus obligaciones parentales (art. 18).
197. Complementariamente, el art. 27 reconoce el derecho del menor a un nivel de vida adecuado y establece que, cuando la familia carezca de recursos suficientes, el Estado debe intervenir para subsanar esa carencia.
198. La interpretación dada por el TEDH al artículo 8 del CEDH, el CEDS a los artículos 16 y 17 de la CSE y una interpretación sistemática del artículo 10.1 del PIDESC, apuntan a los mismos ámbitos obligacionales, desde las distintas perspectivas de cada uno de los tratados.
199. Si las Administraciones competentes no ofrecen todas las medidas efectivas necesarias para mejorar la situación material de la familia conectada con la situación de desatención evaluada por las autoridades de infancia, la actuación administrativa resultará *prima facie* desproporcionada.
200. En el ordenamiento estatal, esta exigencia se recoge en el art. 18.2 LOPJM, que impone el principio de intervención mínima y de necesidad y obliga a priorizar la permanencia del menor en su familia de origen; así como en el art. 17 LOPJM, que regula la fase de riesgo como un espacio de intervención preventiva y de

acompañamiento familiar.

201. La LOPJM no regula sin embargo requisitos expresos en la comunicación de las alternativas existentes para los progenitores y sus derechos que permitan asegurar que se han ofrecido dichas alternativas o apoyos y que, en su caso, de forma informada, los progenitores las han rechazado. La normativa autonómica es igualmente limitada al respecto.
202. La escasa exigencia normativa respecto a la acreditación de los apoyos y alternativas previas se ve reflejada en la baja intensidad del control judicial sobre el cumplimiento del deber de la Administración de haber proporcionado los apoyos y alternativas adecuados, particularmente en lo que respecta a las condiciones materiales.
203. La práctica decisoria de los tribunales confirma el carácter excepcional del desamparo, pero en su aplicación práctica se revela una fiscalización desigual del cumplimiento de la obligación de ofrecer todas las alternativas posibles y, en particular, la calidad y efectividad de las medidas propuestas.
204. Un primer obstáculo identificado es que, aun cuando los informes de los servicios sociales hagan referencia a situaciones de pobreza o exclusión, los tribunales rara vez examinan sistemáticamente si la actuación administrativa se abordó desde esa perspectiva o si las medidas de apoyo propuestas eran adecuadas y efectivas para paliar la vulnerabilidad económica de la familia. De este modo, la pobreza continúa apareciendo en la práctica como un factor contextual que condiciona la decisión.
205. En ocasiones, la mera existencia de planes de intervención familiar o de informes sociales se considera suficiente para presumir el agotamiento de los apoyos, sin evaluar la idoneidad, calidad ni duración de las medidas adoptadas.
206. Solo en algunos casos, los tribunales exigen que se explique de forma detallada qué apoyos se ofrecieron, por qué fracasaron y por qué no existían otras alternativas más eficaces.

8. LAS GARANTÍAS PROCESALES PREVISTAS EN EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE DESAMPARO

8.1. Marco jurídico

Previa: las garantías de los procedimientos de valoración y declaración del riesgo en el artículo 17 de la LOPJM

207. El artículo 17 de la LOPJM regula las siguientes garantías en los procedimientos de valoración y declaración de riesgo:

- La intervención de la **autoridad competente** en aplicación de la legislación estatal y autonómica en cooperación con los servicios sociales y sanitarios, centros educativos y entidades colaboradoras en su caso.
- Una **valoración** de la situación que debe conllevar la preparación de un proyecto de intervención social y educativo familiar, con un contenido mínimo, y en cuya preparación se intentará involucrar a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, que en todo caso deben ser consultados y que deben firmar el proyecto resultante (para lo que deben haber recibido el mismo en un formato comprensible y adecuado). Igualmente, el menor será oído siempre que tenga madurez suficiente y, en todo caso, a partir de los 12 años.
- Una obligación de **colaboración** por parte de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, según su capacidad, en la ejecución de las medidas definidas en el proyecto de intervención social, educativo y familiar. La falta de colaboración implicará la declaración de situación de riesgo.
- Una exigencia de que la declaración de situación de riesgo sea emitida por la autoridad competente mediante **resolución administrativa motivada**, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución deberá incluir, en todo caso, las medidas tendentes a corregir la situación declarada, incluidos los deberes de los progenitores.
- La **recurribilidad** de la resolución de declaración de situación de riesgo conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Garantías en los procedimientos de declaración de situación de desamparo

El deber de información a las personas potencialmente afectadas por una decisión

de desamparo

208. La LOPJM no regula específicamente el deber de información en el procedimiento de declaración de desamparo. No obstante, con carácter general, dispone que toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida adoptada en el interés superior del menor debe respetar las garantías del proceso; entre ellas, garantizar los derechos del menor a ser informado.
209. El deber de información en las legislaciones autonómicas suele dividirse en tres fases: la notificación de la incoación del expediente, el deber de información durante la instrucción y la notificación de la resolución final.
210. No se regulan requisitos expresos en la comunicación de las alternativas existentes para los progenitores y sus derechos que permitan asegurar que, en su caso, el consentimiento que estos puedan otorgar para la separación del menor sea auténtico y válido conforme con los estándares internacionales aplicables.

La participación del menor durante el procedimiento de declaración de desamparo

211. En línea con el derecho de información precitado, el art. 2 de la LOPJM establece en su apartado 5º que toda resolución de cualquier orden jurisdiccional debe garantizar el derecho del menor a ser oído y escuchado y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
212. Igualmente, el art. 9 LOPJM dispone al efecto el derecho a ser escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social.
213. Para ello se deberán tener debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, y deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.
214. Igualmente, se dispone que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad.

215. La LOPJM dispone que, siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de la persona que los represente, esta será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, al representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como de su valoración.
216. A pesar de la regulación general detallada en los párrafos previos, en el caso específico de las declaraciones de desamparo, la LOPJM no contiene ninguna previsión específica respecto a la participación del menor en el procedimiento.
217. A nivel autonómico, la mayoría de legislaciones autonómicas reconocen el derecho del menor a ser oído en los procedimientos de desamparo, pero la forma, el momento y la intensidad de esa participación son desiguales, y en muchos casos se limitan a una formalidad sin mecanismos claros que aseguren una participación efectiva y adaptada a la edad y madurez del menor¹⁶⁴.

Ausencia de asistencia letrada

218. A pesar de la importancia de estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico y de su reconocimiento legal en los preceptos anteriormente señalados, en el caso específico de la tramitación de los expedientes de declaración de riesgo o de desamparo, el marco jurídico no prevé la asistencia jurídica o el acompañamiento individualizado al menor. Esta ausencia puede resultar un obstáculo importante para garantizar que el menor pueda entender en toda su amplitud las consecuencias de su participación en el procedimiento y manifestar adecuadamente su parecer a lo largo del mismo.

La participación de los padres y otras personas interesadas durante el procedimiento

219. La LOPJM, en su art. 2.5 c) dispone que toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida tomada con base en el interés superior del menor ha de contar con la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en la defensa de sus intereses¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Gentium para la POI, *Informe sobre las garantías del procedimiento de declaración de desamparo de menores en España. Análisis jurídico e identificación de áreas de mejora*.

¹⁶⁵ Se presume, según el art. 2 LOPJM, que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de

220. La mayoría de las comunidades prevén una fase de audiencia a los padres, tutores o guardadores¹⁶⁶. Hay algunas comunidades que prevén una fase de alegaciones a las partes, algunas de ellas prevén la posibilidad de formular alegaciones al acuerdo de incoación y otras a la propuesta de resolución¹⁶⁷.

La motivación de la resolución de declaración de desamparo

221. Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales de motivación de las decisiones administrativas, si bien la LOPJM establece que la situación de riesgo será declarada mediante una resolución administrativa motivada (art. 17.6), no existe una disposición semejante expresa en relación con la declaración de situación de desamparo.
222. Las comunidades autónomas suelen exigir que las resoluciones administrativas de declaración de desamparo estén motivadas; entre ellas Cataluña, País Vasco, Extremadura, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Asturias, Andalucía, Aragón, La Rioja, Galicia, Navarra, Murcia, Castilla-La Mancha, Cantabria, Canarias y Baleares. Sin embargo, no se prevé generalmente un deber de motivación reforzado, salvo en casos como Baleares y Navarra, donde se detallan más los aspectos que debe contener la resolución. Además, algunas comunidades también regulan la obligación de motivar las resoluciones de riesgo, y otras, como Castilla y León, Comunidad Valenciana, Cataluña, Aragón, La Rioja y Canarias, exigen motivación incluso en los procedimientos urgentes, siendo el País Vasco el único que establece que la resolución solo puede dictarse si los hechos están debidamente acreditados¹⁶⁸.
223. En todo caso, en ninguna se prevé la necesidad de motivar expresamente la inexistencia de alternativa al desamparo, la obligación de conectar el razonamiento decisorio con la evidencia disponible o la motivación reforzada sobre la pertinencia de la medida en caso de que la decisión sea contraria a la voluntad del menor.

edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.

¹⁶⁶ Comunidad de Madrid (art. 86.2 c) Ley 4/2023), Cataluña (art. 106.4 Ley 14/2010), Castilla y León (art. 64.2 Ley 14/2002), Comunidad Valenciana (art. 27 Decreto 93/2001), La Rioja (art. 50.3 Ley 1/2006), Aragón (art. 33 Decreto 190/2008), Navarra (art. 91.2 Ley 12/2022 y art. 30 Decreto Foral 7/2009), Galicia (art. 13.2 Decreto 169/1999), Castilla-La-Mancha (art. 49.2 Ley 7/2023), Cantabria (art. 65 Ley 8/2010), País Vasco (arts. 190.3 c) y 191 Ley 2/2024), Murcia (Art. 24 Ley 3/1995), Extremadura (art. 8 Ley 4/1994), Andalucía (art. 26 Decreto 42/2002) y Canarias (art. 48.3 Ley 1/1997).

¹⁶⁷ Gentium para la POI, *Informe sobre las garantías del procedimiento de declaración de desamparo de menores en España. Análisis jurídico e identificación de áreas de mejora*.

¹⁶⁸ Gentium para la POI, *Informe sobre las garantías del procedimiento de declaración de desamparo de menores en España. Análisis jurídico e identificación de áreas de mejora*.

8.2. [Análisis de la jurisprudencia](#)

224. La jurisprudencia reconoce que el procedimiento de declaración de desamparo constituye una actuación administrativa de gran trascendencia, por lo que debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas afectadas, especialmente del menor y de sus progenitores.
225. Destaca la STC 75/2005 de 4 de abril, en la que el Tribunal Constitucional afirma en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, acogimiento y adopción, que *"en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] **son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen**"* (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que *"**dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones** atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado"*.
226. El análisis conjunto de las sentencias muestra que, si bien los tribunales reiteran formalmente la exigencia de garantías procedimentales (información, audiencia, notificación, motivación y revisión judicial), la revisión efectiva de su cumplimiento es desigual.
227. En la STS 720/2022, de 2 de noviembre, el Tribunal Supremo admite que *"es cierto que, como dice la recurrente, la Entidad pública no ha seguido ninguno de los procedimientos que establece la ley autonómica para la declaración de desamparo. En el caso, la resolución administrativa de declaración de desamparo no se ha dictado tras la tramitación de un expediente específico conforme a los hitos de actuación previstos en la norma autonómica (solicitud de informes, oír a la madre y a cuantas personas puedan dar información sobre la situación de la niña)"*. No obstante, valora que la Administración adoptó varios PIFs y lo considera suficiente para *"constatar la falta de capacidad y motivación de la madre para satisfacer las necesidades materiales y afectivas de la niña, el fracaso de la ayuda especializada*

para superar sus limitaciones y, en definitiva, la situación de desamparo de Encarnacion". Con ello concluye que la Administración ha sido respetuosa con los principios rectores del sistema de protección de menores y ha cumplido con las garantías exigibles para separar a la niña de su familia, a pesar de no haber cumplido "ninguno de los procedimientos".

228. En la STSJ de Cataluña 57/2022, de 7 de noviembre, el TSJ hace hincapié en la importancia de las garantías procedimentales dada la relevancia del proceso. Dice lo siguiente: *"en supuestos como el presente en el que se plantea la aplicación de una medida que habrá de suponer la ruptura total de cualquier vínculo del menor con su familia biológica -art. 147.3 LDOIA- y habrá de comportar unos graves perjuicios para el menor en el caso de que la medida sea desautorizada judicialmente, lo razonable sería advertir a los progenitores con la suficiente antelación a la adopción de dicha medida de que el incumplimiento del plan de mejora de las capacidades parentales podrá comportar tamaña consecuencia"*. Reprocha a la Administración que no diese vista del informe íntegro a los progenitores para que formularan alegaciones y que éstas no fueron recogidas ni contestadas expresamente. También hace referencia a que las integrantes de servicios sociales que realizaron los informes sobre los que se basó la declaración de desamparo admitieron en el juicio que solo realizaron una visita al domicilio, que nunca se entrevistaron con el padre y que no pudieron hacer una valoración adecuada, entre otros motivos, porque la madre no se mostró colaboradora, lo que no les impidió proponer la retención hospitalaria del niño recién nacido. Ello en base a que *"se valoraba que el recién nacido no contaría en el núcleo familiar con un entorno estable y protector que garantizase la cobertura de sus necesidades básicas y unos referentes afectivos que favoreciesen su correcto desarrollo."*
229. Los informes sociales sobre el domicilio de los progenitores destacaban que, aunque la casa estaba limpia y ordenada, era vieja, deteriorada, con pocos muebles y utensilios y que todas las habitaciones tenían las paredes muy sucias, con golpes, despintadas y con humedades.
230. Esta misma sentencia resalta la importancia de la motivación de la decisión adoptada por la autoridad administrativa, la cual debe contener la expresión precisa y suficiente del juicio de proporcionalidad realizado por la Administración de forma que permita

su revisión y control por los tribunales¹⁶⁹.

231. En otro caso ante el TSJ de Cataluña (TSJC 30/2015 de 4 de mayo), éste reprocha que la Administración no informara adecuadamente a los progenitores de que la falta de progreso dentro del PIF podría comportar que se decidiera el acogimiento preadoptivo de su hijo. Reprocha que *"toda advertencia quedó reducida a poner en su conocimiento la propuesta de acogimiento preadoptivo del ETCA una vez presentada -sin que conste que se les diese vista del informe íntegro de 03/02/2016- para que formularan alegaciones, las cuales ni siquiera fueron recogidas ni contestadas expresamente en la resolución de 17 marzo 2016 de la Cap del STAIAG por delegación de la DGAIA, ni tampoco en la de 17 mayo 2016 de la Directora del ICAA, que disponía la constitución el acogimiento preadoptivo con la correspondiente familia acogedora, resolución ésta en la que tampoco se hizo constar la oposición de los progenitores biológicos a la medida ni se salió al paso de sus alegaciones."*
232. Destaca positivamente la sentencia del TSJ de Castilla y León 4933/2022, de 29 de noviembre, en la que se pronuncia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por una declaración de desamparo contraria a la normativa vigente. En la sentencia, el TSJ estima la demanda, al confirmar que, entre otras, (i) los Servicios Sociales no informaron a la madre ni a las hijas de la posibilidad de declarar el desamparo, (ii) no se atendió a nueva información recabada, (iii) no se permitió a estas designar un abogado propio, y (iv) se escogió directamente las medidas más gravosas (acogimiento residencial y régimen de visitas una vez al mes), todo ello sin abrir un expediente nuevo para declarar el desamparo sino reproduciendo los hechos de un primer informe de Servicios Sociales.
233. En general, la tendencia jurisprudencial se resume en que la irregularidad en el procedimiento no invalida la medida si se considera que el interés del menor ha sido protegido. En este sentido es ilustrativa la STS 281/2023, de 21 de febrero, en cuyo caso, aunque la madre alegó falta de motivación y automatismo en la actuación de la Administración, el TS centró su examen en la situación de fondo del menor, no en la regularidad del procedimiento.
234. En ninguna de las sentencias analizadas la inobservancia de garantías procesales ha

¹⁶⁹ STSJ Cataluña 57/2022 de 7 de noviembre p.18

determinado **la nulidad del acto administrativo de declaración de desamparo.**

8.3. [Conclusiones](#)

235. En contextos de pobreza, el respeto estricto de las garantías procedimentales se convierte en la única salvaguarda efectiva de las partes afectadas. Solo a través de un procedimiento debidamente instruido, en el que se garantice la información completa a las familias, la audiencia a todas las partes implicadas, la participación del menor y la motivación detallada de la resolución, puede asegurarse que la declaración de desamparo no se basa directa o indirectamente en la pobreza y que la Administración haya explorado y ofrecido todas las medidas de apoyo exigibles antes de adoptar la medida más gravosa.
236. La observancia de estas garantías no constituye un mero formalismo, sino una condición esencial para que la actuación administrativa no sea arbitraria, y para que los tribunales puedan ejercer un control real sobre la proporcionalidad y necesidad de la intervención.
237. El art. 9 CDN exige que toda separación sea decidida por una autoridad competente conforme a la ley y sea revisable judicialmente, garantizando la participación de todas las partes interesadas, incluido el niño o niña. El Comité ha subrayado que la participación del menor y de sus progenitores no puede reducirse a un mero trámite formal, sino que deben ser escuchados de forma efectiva, debidamente informados, y la resolución debe motivar expresamente las razones que justifican apartarse de sus opiniones, en su caso.
238. La LOPJM establece que toda actuación administrativa que afecte al interés superior del menor, debe respetar las garantías del proceso. Entre ellas, se incluyen el derecho a la información tanto de los progenitores como del menor, en lenguaje comprensible; el derecho a ser oído y escuchado; la participación de las partes interesadas en el procedimiento; y la motivación de la resolución, la cual debe justificar los criterios aplicados y las razones de la medida.
239. Las legislaciones autonómicas desarrollan estas garantías con distinto nivel de precisión, con alto nivel de heterogeneidad entre comunidades autónomas.
240. La inobservancia de las garantías procesales, aunque sean las más fundamentales, no determina ni la anulabilidad ni la nulidad de la decisión.

9. PUNTO DE APRECIACIÓN: LA REVISIÓN JUDICIAL ACTUALIZADA CONFORME A LAS CONDICIONES EXISTENTES EN EL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA

241. Los procedimientos sobre desamparo no constituyen meros conflictos privados, sino que se enmarcan en el ámbito del orden público, lo que amplía las facultades del juez para actuar de oficio y adoptar las medidas más adecuadas al interés del menor. Como consecuencia, la normativa aplicable exige a los órganos judiciales un deber activo de protección que trasciende los límites formales del proceso y obliga a tener en cuenta la situación de la niña o el niño en el momento de emisión de la sentencia.
242. Partiendo de esta doctrina, en aplicación de lo dispuesto en la LEC, la STS 565/2009, de 31 de julio, clarifica este principio, explicitando que los órganos judiciales deben contemplar el cambio de circunstancias producido tras la declaración de desamparo, a fin de determinar si los progenitores se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.
243. La misma sentencia detalla los criterios que deben guiar esa valoración: *"el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico."*
244. Estos criterios presentan una dificultad práctica relevante: cuando el menor fue declarado en desamparo a una edad temprana o ha transcurrido un tiempo prolongado en acogimiento, resulta muy probable la consolidación de vínculos afectivos con la familia acogedora, de modo que el retorno a su entorno biológico se percibe en líneas generales como una alteración perjudicial para su estabilidad emocional. En consecuencia, aun en casos en que la declaración de desamparo se adoptó indebidamente, sin las garantías debidas o sin agotar las medidas de apoyo, existe una línea jurisprudencial que aconseja mantener al menor en la nueva situación en su propio interés.
245. Así ocurre en la STS 1671/2024, de 13 de diciembre, donde el Tribunal Supremo revoca la decisión de la Audiencia Provincial de Almería, que había considerado injustificada la retirada del menor por no haberse agotado las alternativas menos gravosas, y confirma el desamparo por estimar que una nueva alteración de su guarda sería perjudicial para su bienestar.

246. En el mismo sentido, la STS 687/2015, de 2 diciembre, confirma la decisión de mantener el acogimiento familiar y denegar la restitución a la madre biológica: *"Ante ese interés de los menores debe ceder el de la madre biológica, no por motivos de pobreza, que sería contrario al artículo 18 de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la modificación ya citada, si fuese el único factor valorado, sino en atención a los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores y circunstancias que rodean tal relación según el informe anteriormente transcrito."* Este razonamiento reproduce una lógica de comparación entre entornos familiares que interpreta de forma cuestionable el derecho del menor a crecer en su familia biológica.
247. La valoración actualizada del interés superior del menor es, sin duda, un avance legislativo necesario para preservar el bien a proteger, el desarrollo de el niño o la niña. La consolidación de este avance, no obstante, debe impulsar la aplicación particularmente rigurosa de las garantías procesales y de los principios que deben regir los procesos de declaración de situación de riesgo y de situación de desamparo para evitar, en la medida de lo posible, tener que convalidar decisiones erróneas tomadas en asuntos de la máxima relevancia civil.

10. CONCLUSIONES FINALES

248. La diversidad normativa existente entre las distintas comunidades autónomas en materia de declaración de desamparo dificulta la formulación de conclusiones generales plenamente aplicables al conjunto del Estado. No obstante, el análisis de las disposiciones relativas a las obligaciones de las Administraciones competentes en contextos de pobreza, así como de las garantías procesales previstas tanto en los procedimientos de valoración de riesgo como en los de declaración de desamparo, y su correspondiente fiscalización judicial, pone de manifiesto la existencia de un amplio margen de mejora con el objetivo de reforzar la protección del interés superior del menor.
249. En particular, en lo relativo a la exclusión de la pobreza como causa de desamparo, el punto de partida normativo es sólido. El artículo 18.2 de la LOPJM establece una prohibición expresa de considerar la pobreza en la valoración de la declaración del desamparo de un menor. Esta formulación resulta incluso más estricta que los criterios establecidos por el Comité de los Derechos del Niño y el TEDH, en aplicación de los artículos 9 de la CDN y 8 del CEDH, respectivamente. Mientras estos organismos establecen que la pobreza no puede ser la única causa de separación, el legislador

español fue más allá al señalar que no puede ser tomada en consideración.

250. La normativa autonómica aporta poca claridad al respecto, no existiendo una referencia expresa a la exclusión como causa en gran parte de las comunidades autónomas.
251. No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha reducido la interpretación literal del precepto y, en línea con la jurisprudencia del TEDH, mantiene como criterio aplicable que la pobreza no sea el único factor que motiva una declaración de desamparo.
252. En particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha enunciado de forma consistentemente clara que la pobreza no puede ser el único motivo de la declaración de desamparo, si bien analiza escasamente su interrelación con el concepto de la "desatención material" del menor, propio de la definición de situación de desamparo y utilizado en contextos en los que indiciariamente parecen estar presentes elementos vinculados a contextos de pobreza.
253. Al respecto, la amplitud e indeterminación del concepto de desatención moral o material implica que éste sea interpretado de forma muy diversa en los diferentes tribunales, careciendo algunas sentencias de un análisis suficientemente profundo sobre la conexión entre la situación de pobreza y los factores que inciden en la desatención material. Esta carencia afecta tanto a los supuestos en los que los factores son atribuibles de forma directa y exclusiva a la pobreza, como a aquellos de carácter multifactorial, en los que la pobreza constituye un elemento claramente subyacente en la génesis de las circunstancias valoradas.
254. Otro aspecto fundamental en los procedimientos de declaración de situación de riesgo y de desamparo en contextos de pobreza es el cumplimiento por las autoridades competentes de la obligación de facilitar los medios y recursos necesarios para evitar la retirada de la tutela.
255. Esta obligación ha sido reiterada, con distintos matices y grados de intensidad, por todos los órganos que interpretan los tratados internacionales y regionales aplicables (CDN, CEDH, PIDCP, PIDESC y CSE).
256. Esta exigencia se encuentra formalmente regulada a través del principio de intervención mínima, de necesidad y de proporcionalidad y, expresamente en la regulación de la fase de riesgo como un espacio de intervención preventiva y de

acompañamiento familiar, regulada de forma diversa por las distintas comunidades autónomas.

257. En este sentido, la dispar exigencia normativa respecto al estudio y proceso aplicable a los apoyos y alternativas previas a la declaración de desamparo viene aparejada de una variable intensidad del control judicial sobre el cumplimiento del deber de la Administración de haber proporcionado los apoyos y alternativas adecuados.
258. Así, aunque el principio de subsidiariedad de la declaración de desamparo es reiterado formalmente, en la práctica no siempre se exige una justificación detallada sobre las medidas de apoyo previamente adoptadas ni sobre las razones concretas que motivaron su ineficacia o su descarte. La mera existencia de planes de intervención familiar o de informes sociales se considera en repetidas ocasiones indicio suficiente del agotamiento de las alternativas, sin que se evalúe de manera efectiva la idoneidad, calidad o duración de las medidas implementadas.
259. Esta realidad entronca con unas garantías procesales particularmente necesarias teniendo en cuenta que la decisión no es tomada ni revisada por ningún órgano judicial y que se reflejan en la normativa aplicable de forma desigual.
260. En lo que respecta a la participación del menor en el procedimiento, el marco jurídico no prevé la asistencia jurídica o el acompañamiento individualizado al menor durante la tramitación de los expedientes de declaración de riesgo o de desamparo. Esta ausencia puede resultar un obstáculo importante para garantizar que el menor pueda entender en toda su amplitud las consecuencias de su participación en el procedimiento y manifestar adecuadamente su parecer a lo largo del mismo. Destaca en este sentido como excepción la referencia del art. 24 del Decreto 42/2002 de Andalucía, en el que se especifica la obligación de informar al menor sobre la posibilidad de intervenir por medio de representante y sobre los requisitos y trámites a cumplir para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con el fin de que puedan actuar durante el procedimiento asistidos de letrado en defensa de sus intereses.
261. En lo que respecta a la participación de los progenitores, tutores o guardadores, se regula también tanto en las fases de situación de riesgo como en el procedimiento de declaración de desamparo en la práctica totalidad de las legislaciones autonómicas. A pesar de ello, la mayor parte de ellas no incorporan una obligación de dar audiencia a otros familiares o personas cercanas cuya opinión puede ser importante

para determinar la situación de desprotección y la existencia de alternativas a la separación.

262. En la revisión jurisprudencial preparatoria se han detectado, sin embargo, múltiples casos en los que las decisiones relevantes en los expedientes no han sido debidamente notificadas a los familiares, ni estos han sido informados en tiempo de sus consecuencias y posibilidades de alegación.
263. Las obligaciones de motivación se regulan también con un nivel de detalle diverso según la comunidad autónoma. En todo caso, en ninguna se prevé expresamente la necesidad de motivar la inexistencia de alternativa al desamparo, la obligación de conectar el razonamiento decisorio con la evidencia disponible o la motivación reforzada sobre la pertinencia de la medida en caso de que la decisión sea contraria a la voluntad del menor.
264. En todo caso, independientemente del detalle con el que se regulan las garantías procesales en los procedimientos de declaración de riesgo y de desamparo en las correspondientes legislaciones autonómicas, el incumplimiento no se penaliza.
265. Así, incluso en las sentencias en las que se explicita la ausencia de las garantías de participación de las familias y de los menores, los órganos judiciales no lo consideran una causa de nulidad o anulabilidad de la decisión, reconduciendo el análisis a la valoración de los elementos existentes que deben llevar o no a la declaración de la situación de desamparo.
266. Al respecto, las sentencias, en aplicación del principio de revisión sobre la base de la situación existente en el momento de la resolución judicial, valoran si, en ese momento, procede o no el mantenimiento de la medida de protección, no pronunciándose expresamente sobre la validez jurídica del acto administrativo impugnado ni sobre las consecuencias derivadas de una eventual infracción previa.
267. En conjunto, el análisis evidencia múltiples áreas de mejora en el ámbito normativo y, fundamentalmente, en su aplicación práctica. Las carencias detectadas limitan la efectividad de los principios de necesidad y proporcionalidad que deben regir toda la intervención en los procedimientos de declaración de situación de riesgo y de desamparo, especialmente en contextos de pobreza.

11. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*. A/RES/64/142. s. f.

Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia. Datos 2023, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. No. 26. s. f. https://www.juventudeinfancia.gob.es/sites/default/files/boletines_estadisticos/16122024%20BOLETIN%20PROTECCION%2026%20DATOS%202023.Final.pdf.

Conclusiones 2011 - Interpretación del artículo 17§2 (Comité Europeo de Derechos Sociales). https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2011_163_04/Ob/EN.

Conclusiones XV-2, Declaración interpretativa del art. 17§1 (Comité Europeo de Derechos Sociales 2001).

Constitución Española de 1978.

Convención de Derechos del Niño, Resolución 44/25, Asamblea General de la ONU (1989).

Decret 63/2022, de 5 d'abril, dels drets i deures dels infants i els adolescents en el sistema de protecció, i del procediment i les mesures de protecció a la infància i l'adolescència.

Directores de Servicios Sociales. *La situación de los Servicios Sociales en España*. s. f. <https://directoressociales.com/wp-content/uploads/2025/09/INFORME-2025.pdf>.

EAPN España. *15º Informe sobre el Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030*. 2025. <https://www.eapn.es/estadodepobreza/index.php>.

Eriksson c. Suecia, No. 11373/85 (TEDH 1989).

Espirales Consultoría de Infancia. *Llegar a tiempo: Niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo en España. Aldeas Infantiles SOS España*, 2020. <https://cms.aldeasinfantiles.es/uploads/2020/09/Llegar-a-tiempo-Informe-Extenso.pdf>.

Fiscalía General del Estado. *Memoria 2025. Capítulo III. Fiscales coordinadores/as y delegados/as para materias específicas. Actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección jurídica de los menores*. 2025. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/capitulo_III/cap_III_6_3.html.

Gentium para la POI. *Informe sobre las garantías del procedimiento de declaración de desamparo de menores en España. Análisis jurídico e identificación de áreas de mejora*. s. f.

INE. *Nota de prensa sobre la ECV-2014, resultados definitivos*. s. f. <https://www.ine.es/prensa/np908.pdf?com>.

Instituto Nacional de Estadística (INE). *Población en riesgo de pobreza relativa según situación laboral y en las personas con trabajo*. 2025. https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925455948&p=%2F&page name=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888.

Instituto Nacional de Estadística (INE). *Tasa AROPE de riesgo de pobreza o exclusión social*. s. f. Accedido 10 de octubre de 2025. https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259941637944&p=1254735110

672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout.

John Tobin, Judy Cashmere. «Art.9 The Right Not to be Separated from Parents». *Oxford Public International Law*, s. f., 6.

K. y T c. Finlandia, No. 25702/94 (TEDH 2001).

Keegan c. Irlanda (TEDH 1994).

Koldo Casla, Lyle Barker. *Protection and Assistance to the Family: Interpreting and Applying Article 10 ICESCR from Learnt and Lived Experiences*. 17, n.º 2 (2024): 489-511.

Kutzner c. Alemania, No. 46544/99 (TEDH 2002).

Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias.

Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de las Islas Canarias.

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja.

Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de Extremadura.

Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía.

Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha.

Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria.

Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears.

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León.

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña.

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

Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad de Navarra.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ministerio de Juventud e Infancia. *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia*. No. 25. 2024. [https://www.juventudeinfancia.gob.es/sites/default/files/boletines_estadisticos/16122024%20BOLETIN%20PROTECCION%2026%20DATOS%202023%20\(PROVISIONAL\).pdf](https://www.juventudeinfancia.gob.es/sites/default/files/boletines_estadisticos/16122024%20BOLETIN%20PROTECCION%2026%20DATOS%202023%20(PROVISIONAL).pdf).

Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, CRC/C/GC/14 (Comité de Derechos del Niño 29 de mayo de 2013).

Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (Comité de Derechos del Niño 2018).

Olsson c. Suecia, No. 10465/83 (TEDH 1988). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164757>.

Piechowicz c. Polonia, No. 20071/07 (TEDH 2012).

Plataforma de Infancia. *Análisis de la Encuesta de Condiciones de Vida con enfoque de infancia* 2025. 2025. https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2025/04/ANALISIS-DE-LA-ENCUESTA-DE-CONDICIONES-DE-VIDA_2025_POI_compressed.pdf.

POI. *La falta de garantías en las retiradas de tutela preocupa a las organizaciones de infancia*. 2023. <https://www.plataformadeinfancia.org/falta-de-garantias-en-retiradas-de-tutela-preocupa-a-organizaciones-de-infancia>.

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

Remmo y Uzunkaya v. Alemania, No. 5496/04 (TEDH 2007).

R.M.S c. España, No. 28775/12 (TEDH 2013).

SAP 214/2023, de 23 de marzo (Audiencia Provincial de Huelva).

SAP 455/2024 de 26 de junio (Audiencia Provincial de Huelva).

SAP 11246/2020 (Audiencia Provincial de Barcelona 20 de octubre).

Saviny c. Ucrania, No. 39948/06 (TEDH 2009).

Soares de Melo c. Portugal, No. 72850/14 (TEDH 2016).

STS 540/2015, de 15 de octubre (Tribunal Supremo Sala primera).

STS 565/2009, de 31 de julio (Tribunal Supremo Sala primera).

STS 720/2022, de 2 de noviembre (Tribunal Supremo Sala primera).

STS 1275/2023, de 20 de septiembre (Tribunal Supremo Sala primera).

STS 1671/2024, de 13 de diciembre (Tribunal Supremo Sala primera).

STSJ Cataluña 16/2011 de 31 de marzo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Civil y Penal).

STSJ de Aragón 1/2010, de 4 de enero (Tribunal Superior de Justicia de Aragón).

STSJ de Cataluña 30/2015 de 4 de mayo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

STSJ de Cataluña 57/2022 de 7 de noviembre, (Tribunal de Justicia de Cataluña).

STSJ de Galicia 15/2015, de 6 de marzo (Tribunal Superior de Justicia de Galicia).

Tobin, J. y Eekelaar, J. «Commentary on Article 3 of the Convention. The best interest of the child.» En *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*. Oxford Commentaries on International Law. Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL]., 2019.

U. c. República Federal de Alemania, No. 8059/77 (Comisión Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa 1978).

UNICEF. *España: pobreza infantil en medio de la abundancia*. s. f.

Wallová y Walla c. República Checa, No. 23848/04 (TEDH 2006).